

Universidad de Costa Rica

Facultad de Derecho

Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho

**El principio de presunción contra la detención: Análisis de su desarrollo en
el Derecho migratorio costarricense**

Yuliana Camacho Piedra
Mariana Chaves Fernández

2016



15 de enero de 2016
FD-AI-059-2016

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de las estudiantes: Yuliana Camacho Piedra, carné A81219 y Mariana Chaves Fernández, carné B01773 denominado: "El principio de presunción contra la detención: Análisis de su desarrollo en el derecho migratorio costarricense" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: "EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABILES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA".

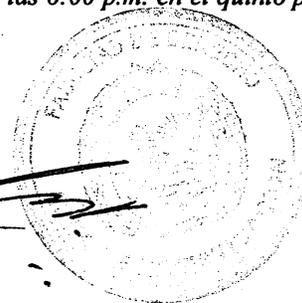
Tribunal Examinador

Informante	Dr. Haideer Miranda Bonilla
Presidenta	Licda. Rita Maxera Herrera
Secretaria	Dra. Ariana Macaya Lizano
Miembro	Dr. Gonzalo Monge Núñez
Miembro	MSc. Gioconda Ubeda Rivera

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el 09 de febrero del 2016, a las 6:00 p.m. en el quinto piso de la Facultad.

Atentamente,

Ricardo Salas Porras
Director



lcv
Cc: arch. expediente

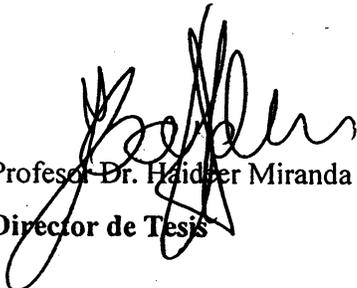
17 de diciembre del 2015

Dr. Ricardo Salas Porras
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica

Estimado señor Director:

Por este medio, hago constar en mi calidad de Director, que he revisado y aprobado el trabajo final de investigación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho por la Universidad de Costa Rica de las estudiantes Yuliana Camacho Piedra, cédula de identidad 1-1437-0654, carné universitario No. A81219 y Mariana Chaves Fernández, cédula de identidad 1-1522-0785, carné universitario No. B01773 denominada "El principio de presunción contra la detención: Análisis de su desarrollo en el derecho migratorio costarricense". El presente trabajo cumple con los requisitos formales exigidos por el Área de Investigación, todo de conformidad con el Reglamento de Trabajos Finales de Graduación de la Universidad de Costa Rica.

Las estudiantes presentan un trabajo de investigación serio y novedoso, el cual representa un valioso aporte al Derecho Migratorio Costarricense. Lo anterior por cuanto se realiza un estudio de la problemática planteada a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Constitucional el cual permite demostrar que la presunción contra la detención, como principio garante del uso prioritario de medidas alternativas a la detención administrativa en los procedimientos de expulsión y deportación de personas, no encuentra una regulación adecuada. Además investigación plantea una propuesta de reforma a la Ley General de Migración. Por lo anterior, solicito que se les permita continuar con los trámites para la defensa de la tesis.


Profesor Dr. Haider Miranda Bonilla

Director de Tesis

13 de enero de 2016

Doctor
Ricardo Salas Porras
Director
Área de Investigación

Estimado señor Director:

Quien suscribe, en mi condición de Lectora, he procedido a una revisión en detalle de la Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho denominada *"El principio de presunción contra la detención: Análisis de su desarrollo en el derecho migratorio costarricense"*, la cual presentan las sustentantes, Yuliana Camacho Piedra, cédula de identidad 1-1437-0654, carné universitario n° A81219; y Mariana Chaves Fernández, cédula de identidad 1-1522-0785, carné universitario n° B01773. Me permito informarle que la investigación realizada aborda con un enfoque actual y comprensivo el tema en estudio y cuenta con los requisitos formales y de fondo requeridos.

Por lo anterior, y en cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales que la normativa interna de la Universidad exige, le comunico mi aprobación a la Tesis indicada.

Atentamente,



Licenciada Gioconda Ubeda Rivera

Lectora de Tesis

Gonzalo Monge Núñez

Montes de Oca, 17 de diciembre del 2015

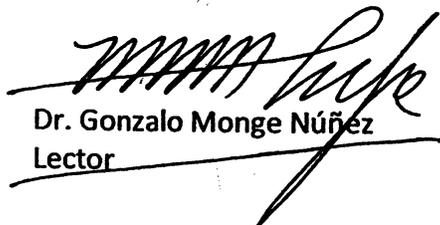
Señor
Dr. Ricardo Salas Porras
Director- Área de Investigación
FACULTAD DE DERECHO
Universidad de Costa Rica
Presente

De mi atenta consideración:

He fungido como lector del trabajo final de graduación titulado *"EL PRINCIPIO DE PRESUNCION CONTRA LA DETENCION: ANALISIS DE SU DESARROLLO EN EL DERECHO MIGRATORIO COSTARRICENSE"*, elaborado por las estudiantes YULIANA CAMACHO PIEDRA, portadora de la cédula de identidad número 1-1437-0654, carné universitario A81219 y MARIANA CHAVES FERNANDEZ, portadora de la cédula de identidad número 1-1522-0785, carné universitario B01773

Se trata de una investigación seria, sobre un tema relevante y actual. Se analiza un aspecto específico del Derecho Migratorio, en el que confluyen diversas disciplinas. Por reunir los requisitos de forma y de fondo exigidos, la apruebo.

Aprovecho la ocasión para saludarlo:


Dr. Gonzalo Monge Núñez
Lector

San Rafael de Heredia, 14 de enero de 2016

Señores
Universidad de Costa Rica

Estimados señores:

En mi calidad de filóloga, hago constar que he revisado el trabajo para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, bajo el título:

El principio de presunción contra la Detención: Análisis de su desarrollo en el Derecho migratorio costarricense, elaborado por las estudiantes Yuliana Camacho Piedra, carné A81219, y Mariana Chaves Fernández, carné B01773.

La revisión se hizo en la parte morfosintáctica, forma, estilo, redacción, puntuación y ortografía; por lo cual este trabajo está listo en tales aspectos para ser presentado ante la Universidad.

Atentamente,


Alejandra Hernández Arguedas
Filóloga
Cédula 4 193 626
Carné 66820 del Colegio de
Licenciados y Profesores en Letras,
Filosofía, Ciencias y Artes
Teléfono: 22 37 61 66

DEDICATORIAS

A mis padres, Nydia Piedra y Yehudi Camacho. Les agradezco por su motivación y amor incondicional. Celebro en su compañía la culminación de este proyecto, que también es un resultado de su trabajo, esfuerzo y ejemplo de superación.

A mi hermano, Andrés Camacho y a mis abuelos, Nydia Ramírez y Arnoldo Piedra. Gracias por su inmenso cariño. Agradezco poder contar con una familia tan hermosa, ejemplo de fortaleza, que ha creído mí, impulsándome a lograr todo lo que me proponga, sin importar los obstáculos que se presenten.

A Gabriel Rojas, por su apoyo incondicional. Gracias por los valiosos consejos y guía durante el desarrollo de esta investigación.

A Mariana Chaves, mi amiga y compañera de tesis. Gracias por todo el trabajo realizado. Agradezco la oportunidad de haber asumido juntas este reto y poder compartir el resultado de nuestro esfuerzo.

A Dios, por ser mi fuente de esperanza y fortaleza.

Con cariño,

Yuliana Camacho Piedra

A mis amados padres, Lorena Fernández Quesada y Rodrigo Chaves Castillo, ejemplos de fortaleza, entrega y servicio a los demás. Gracias por su amor incondicional y motivación constante. Sobre todo, gracias por enseñarme a trabajar con pasión por mis sueños, a no acostumbrarme a las injusticias, y a vivir cada etapa de mi vida con amor.

A mis hermanitos, Rodrigo y Sofía, a quienes amo con todo el corazón. Gracias por sus muestras de cariño, por sus palabras de ánimo y por ser ejemplos de disciplina y entrega.

A mi abuelita, Herminia Quesada Rodríguez, ejemplo de tenacidad, valentía y superación. Gracias por tu gran apoyo, cariño, palabras de ánimo y consejos.

A mi prima, Patricia Chavarría Quesada, quien me cuidó con amor desde que era una niña, mientras mis padres trabajaban. Gracias, Patri, por tanto cariño y complicidad; por apoyarme y quererme como a una hija.

A Yuliana Camacho, querida amiga y compañera de tesis, por todo su amor, paciencia y esfuerzo para que ambas lográramos culminar de la mejor manera este proyecto. Gracias por las risas, las conversadas, por cada momento compartido en este proceso. Agradezco también a tu maravillosa familia, por recibirme siempre de manera atenta y amable.

A todas las personas que, por distintos motivos, han tenido que partir de sus hogares y dejado a su gente y tierras queridas. Augurándoles felices llegadas y regresos, este trabajo es para ustedes.

Con amor,

Mariana Chaves Fernández

AGRADECIMIENTOS

A nuestro director de tesis, el Dr. Haideer Miranda Bonilla, por su interés, disposición y amabilidad durante todo el proceso. Por su paciencia y apoyo constantes, gracias a los cuales logramos culminar de manera satisfactoria este proyecto.

A nuestros lectores, la Licda. Gioconda Ubeda Rivera y el Dr. Gonzalo Monge Núñez, por su ánimo y colaboración.

Al Lic. Eliécer Bustos Boniche, por su constante ayuda. Por facilitarnos valioso material de análisis para nuestra investigación y siempre recibirnos de manera atenta.

A todos los profesores que nos han inspirado a lo largo de nuestra carrera universitaria y nos aportaron sus conocimientos y experiencia.

A todas las personas que, de una u otra forma, nos colaboraron para el desarrollo de la presente investigación y que nos motivaron a continuar trabajando, a pesar de las dificultades que pudieran presentarse.

ÍNDICE

DEDICATORIAS	i
AGRADECIMIENTOS	iii
ÍNDICE	iv
INTRODUCCIÓN	1
Justificación	9
Objetivos	10
Objetivo general	10
Objetivos específicos	11
Planteamiento del problema e hipótesis	11
Metodología	12
MARCO TEÓRICO	13
CAPÍTULO PRIMERO: Presunción contra la detención y su correspondencia con los principios de debido proceso, legalidad, proporcionalidad, necesidad y razonabilidad	26
Sección I: Presunción contra la detención y el debido proceso	26
A. Garantías procesales en el marco de cualquier procedimiento de índole migratorio	26
B. Garantías mínimas que deben procurarse en la aplicación de la detención administrativa	37
C. Detención administrativa y debido proceso en la legislación migratoria costarricense	43
D. Principios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad en la aplicación de la detención administrativa	46
Sección II: El derecho humano a la libertad personal como contrapeso a la detención migratoria	50
A. El derecho a la libertad personal según estándares internacionales	50
B. El derecho a la libertad personal en la normativa costarricense	59

CAPÍTULO SEGUNDO: Análisis crítico de la evolución de la figura de la detención administrativa en el Derecho migratorio costarricense	69
Sección I: Ley General de Migración y Extranjería, N° 7033	69
A. Cuestionamientos a la Ley N°7033.....	69
B. Criterio jurisprudencial.....	78
Sección II: Ley General de Migración y Extranjería, N° 8487	85
A. Cuestionamientos a la Ley N° 8487	85
B. Criterio jurisprudencial.....	97
Sección III: Ley General de Migración y Extranjería, N° 8764	103
A. Cuestionamientos a la ley vigente.....	103
B. Criterio jurisprudencial.....	119
CAPÍTULO TERCERO: Aplicación de la detención administrativa en la práctica	136
A. Resoluciones administrativas	136
B. Informe mensual de labores CATECI, marzo 2015	142
C. Informes del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura.....	145
CAPÍTULO CUARTO: Propuesta legislativa, buenas prácticas y recomendaciones en torno a la aplicación de la detención administrativa	158
Sección I: Detención administrativa y buenas prácticas a nivel internacional.....	158
Sección II: Propuesta legislativa y recomendaciones	175
A. Propuesta legislativa	175
B. Recomendaciones	184
CONCLUSIONES	194
BIBLIOGRAFÍA.....	202

RESUMEN

La detención administrativa, como herramienta de gestión de personas en un procedimiento migratorio, resulta muy controvertida. Su uso indiscriminado se convierte en una medida de carácter punitivo, lo cual resulta contrario a los estándares internacionales de derechos humanos, así como al principio de presunción contra la detención.

Dicho principio establece que la detención administrativa debe aplicarse únicamente en los casos contemplados en la legislación nacional, en proporción a los objetivos subyacentes a la razón de la detención, como último recurso, cuando sea estrictamente necesaria en el caso particular y bajo ningún supuesto discriminatorio.

En Costa Rica, la Ley General de Migración y Extranjería N° 8764, contempla a la detención administrativa como una de las medidas cautelares aplicables mientras se gestiona la ejecución de un proceso de deportación o expulsión. Sin embargo, omite enfatizar el carácter prioritario de las medidas cautelares alternas al confinamiento. Asimismo, a nivel reglamentario y administrativo, tampoco se desarrolla de manera apropiada el empleo de dichas medidas.

Ante este panorama, como hipótesis de la presente investigación se plantea la necesidad de un mayor desarrollo de la presunción contra la detención en el Derecho migratorio costarricense, para impulsar el empleo prioritario de las medidas cautelares alternas al encierro, según el caso concreto, en los procedimientos de expulsión y deportación. En razón de lo anterior, se formula la propuesta de una nueva sección en la Ley N° 8764, la cual regule de forma más clara y concreta la figura de la detención migratoria.

Como objetivo general de la presenta investigación, se pretende demostrar que la presunción contra la detención, como garante de uso prioritario de las alternativas a la detención administrativa en los procedimientos de expulsión y deportación, no está desarrollada de manera adecuada en el Derecho Migratorio costarricense.

El desarrollo de este trabajo se basa en un enfoque cualitativo, el cual se fundamenta en un proceso inductivo. Se consultaron distintas fuentes bibliográficas: libros, tesis de graduación, artículos de revista, *journals*, informes y documentos varios. Asimismo, se revisó jurisprudencia del Sistema Interamericano y normativa nacional e internacional.

De esta forma, se busca exponer que, a pesar de la existencia de una serie de esfuerzos legislativos, los cuales abogan por el respeto por los derechos humanos de las personas extranjeras, así como por la excepcionalidad de la detención administrativa, se encuentran aún vacíos y contradicciones que no permiten un desarrollo efectivo de la presunción contra la detención, tanto a nivel normativo como jurisprudencial nacional.

Se considera que es menester reformular la normativa migratoria vigente, con la finalidad de regular de mejor manera el actuar de las autoridades migratorias a la hora de aplicar una detención, en concordancia con los estándares internacionales de derechos humanos. Se promueve un mayor desarrollo de la presunción contra la detención en el Derecho migratorio costarricense. En este sentido, la propuesta de una nueva sección normativa elaborada, responde a la necesidad de una regulación más clara y concreta de la figura de la detención administrativa.

Ficha bibliográfica

Camacho Piedra, Yuliana; Chaves Fernández, Mariana. El principio de presunción contra la detención: Análisis de su desarrollo en el Derecho migratorio costarricense. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2016. vij; 218.

Director: Haideer Miranda Bonilla

Palabras clave: detención administrativa, presunción contra la detención, aprehensión cautelar, derecho a la libertad personal, deportación, expulsión, medidas cautelares, medidas alternativas a la detención.

INTRODUCCIÓN

La migración, como característica inherente de la especie humana, es un fenómeno que se ha presentado desde el inicio de la historia. El flujo de personas, grupos y comunidades, que en un principio se trasladaron de un lugar a otro en búsqueda de protección ante climas severos y para obtener mayores medios de subsistencia, provocó la fundación de asentamientos en los pueblos, los cuales, a su vez, constituyeron la base de lo que hoy se conoce como las ciudades modernas.

El nacimiento de nuevas formas de vida social, tales como lengua, costumbres, uso de tecnologías, entre otras; ha generado una amalgama sociocultural y económica diversa en cada época de la historia de la humanidad.

Con el inicio de la época moderna y la creación del Estado nación, se agregaron elementos importantes al fenómeno migratorio, tales como el concepto de fronteras y el surgimiento de nacionalismos, que siglos después desembocarían en guerras mundiales. Las consecuencias funestas de dichos conflictos derivaron en la construcción y desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos humanos y su legitimación en el ordenamiento jurídico nacional de distintos Estados de derecho.

Producto de lo anterior, se da el reconocimiento y la adaptación del Derecho internacional a las distintas modalidades de movimiento de personas a través de las fronteras, distinguiéndose entre desplazamientos forzados y voluntarios. Así mismo, se originaron figuras como el refugio, protección a migrantes y desplazados internos, y la categorización de grupos vulnerables.¹

¹ Carolina Jiménez, "Migración y Derechos Humanos: Un vínculo necesario", *Revista Dfensor*, México, N° 7, Año XII, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (2014): 5-6.

Datos recientes ofrecidos por la Organización de las Naciones Unidas demuestran que el número de personas migrantes internacionales en el mundo ha alcanzado 232 millones, lo que representa un 3,2 % de la población mundial y muestra un incremento de 57 millones de personas respecto de lo reportado en el año 2000.²

Por su parte, la globalización ha traído cambios importantes en los flujos migratorios con la aceleración de las transacciones económicas, culturales y sociales a nivel translocal y transnacional, y a la reconfiguración de espacios geográficos.³

En este contexto, las migraciones internacionales ocurridas en los últimos cuarenta años deben entenderse en el marco de algunos rasgos esenciales del contexto de la economía mundial, tales como la internacionalización del capital, el financiamiento, la degradación ambiental, la reestructuración de los sistemas de innovación y la precarización laboral; lo que ha generado la búsqueda de una mejor situación económica y calidad de vida de las personas migrantes.

A las causas mencionadas, deben agregarse aquellas provocadas por conflictos nacionales o guerras, que motivan a miles de personas a solicitar refugio fuera de su país de origen con la finalidad de salvaguardar su vida.⁴

Un análisis del panorama migratorio internacional permite comprender que existe un marco amplio en el cual ubicar la migración que ocurre desde, a través

² Organización de las Naciones Unidas, “232 millones de migrantes internacionales viven fuera de su país en todo el mundo”, Comunicado de Prensa (2013): 1, http://www.un.org/es/ga/68/meetings/migration/pdf/press_el_sept%202013_spa.pdf, consultado el 24 de mayo de 2015.

³ Jiménez, 5-6.

⁴ Consejo Nacional de Migración, “Política Migratoria Integral para Costa Rica”, Costa Rica (2013): 21, www.migracion.go.cr/.../leyes%20migratorias/Politica%20Migratoria.pdf, consultado el 21 de mayo de 2015.

de y hacia Costa Rica. El fenómeno migratorio en el país está vinculado a los grandes movimientos humanos en el mundo y en la región centroamericana.

La posición estratégica que posee Costa Rica ha permitido a lo largo de la historia un movimiento migratorio constante⁵:

En la época prehispánica, el territorio nacional era un espacio de gran interacción cultural entre los grupos del área norte suramericana y de la región norte del istmo centroamericano.

En la época colonial, la presencia de población esclava proveniente de África constituyó un factor importante del sistema económico y social de Costa Rica. Su empleo se dirigió principalmente a plantaciones agrícolas ubicadas en la zona atlántica.

Consolidada la independencia nacional, se inició un proceso de reconversión productiva, principalmente agraria. Esto generó una creciente demanda de mano de obra para la producción de café y banano.

La población esclava de origen africano, a pesar de haber sido una fuente importante de mano de obra, no tuvo el reconocimiento social del que sí gozaron otros grupos de extranjeros que llegaron al país, tales como los migrantes de origen europeo. Estos se vincularon desde la primera parte del siglo XIX a la actividad cafetalera y llegaron individualmente, atraídos por la posibilidad de enriquecimiento a partir de dicha actividad.

El auge en la producción y exportación de café, así como la necesidad de establecer una vía hacia el Atlántico que facilitara el comercio, impulsó la

⁵ Consejo Nacional de Migración, “Política Migratoria Integral para Costa Rica”, 24.

construcción del ferrocarril. En razón de lo anterior, a partir de 1860 sucedió la inmigración de trabajadores de origen chino, italiano y jamaicano.

A pesar de que durante varias décadas el flujo de población migrante por motivos laborales se enfocaba en la actividad agrícola, a partir de la primera parte del siglo XX comenzó a llegar gran número de personas de origen judío, quienes se involucraron en actividades comerciales varias y su presencia perdura hasta la actualidad. En este mismo periodo, ocurre la llegada de gran cantidad de personas trabajadoras migrantes nicaragüenses para laborar en actividades relacionadas con la producción de café y banano.

En la década de 1980 se identifica un mayor flujo de personas en los países de la región, producto de las guerras civiles en Centroamérica. A partir de este incremento masivo de las migraciones, comenzó a generarse una perspectiva negativa de este fenómeno, lo cual desembocó en la criminalización de las personas migrantes. Dicha percepción se intensificó producto de los atentados terroristas del día once de setiembre del año dos mil uno en Estados Unidos. Esta criminalización se traduce en *“leyes y políticas que se encuentran en la intersección de la legislación penal y la legislación migratoria”*.⁶

Actualmente, Costa Rica se constituye como un importante destino de población migrante, refugiada, solicitante de refugio, etc. Este fenómeno se enmarca en las tendencias demográficas, sociales, ambientales, económicas y estructurales o de largo plazo experimentadas en Centroamérica.⁷

A pesar de que la migración es una realidad en aumento, y de los beneficios que esta genera a nivel económico, social y cultural, no todos los Estados se encuentran preparados para articular políticas públicas, a nivel local,

⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a personas migrantes y sujetas de protección internacional”, México (2013): 11.

⁷ Consejo Nacional de Migración, 21-25.

nacional y regional, que procuren el respeto de los derechos humanos de las personas migrantes.⁸

Debido a lo anterior, en ciertas poblaciones se ha desarrollado la percepción de que dicho fenómeno no se encuentra regulado de manera adecuada. A esto se asocian temáticas como la inseguridad y la delincuencia, relación que ha reforzado la criminalización de personas por su mero estatus migratorio.

Una de sus manifestaciones es la utilización del término “migrante ilegal”, mismo que atenta contra la dignidad humana y, en particular, contra el principio de igualdad. En este sentido *“la utilización del adjetivo “ilegal” sirve de fundamento para que los Estados apliquen normas penales o de carácter sancionatorio a las personas migrantes o sujetas de protección internacional cuya situación migratoria es irregular, ya sea porque no cuentan con una autorización para ingresar o porque se excedieron del tiempo para el cual estaban autorizados a permanecer en un determinado país. Sin embargo, la legalidad o ilegalidad no son atributos inherentes a las personas, sino a sus actos”*.⁹

En razón de lo anterior, se ha acrecentado el uso de la detención migratoria por parte de los diferentes Estados, como medio de control del ingreso y la estadía de personas en situación migratoria irregular. Dicha medida es utilizada en distintas etapas del proceso, incluso desde la llegada, durante el procedimiento de las solicitudes y en el trámite de la deportación y expulsión.¹⁰

⁸ María Edith López Hernández, “Diagnóstico regional de las vulneraciones de los Derechos Humanos de las personas migrantes”, *Revista Dfensor*, México, N° 7, Año XII, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (2014): 11.

⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a personas migrantes y sujetas de protección internacional”, 11.

¹⁰ International Detention Coalition, “Existen Alternativas: Manual para la prevención de la detención innecesaria de migrantes”, Centro de Investigación sobre Refugiados de La Trobe, Australia (2011): 10, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8861.pdf?view=1>, consultado el 17 de marzo de 2015.

En Costa Rica dicha figura se ha regulado normativamente en las siguientes leyes: Ley N° 7033 del 4 de agosto de 1986; Ley N° 8487 del 12 de agosto de 2006 y la actual Ley N° 8764 del 1° de marzo de 2010.

El artículo 5 de la actual Ley General de Migración y Extranjería establece, como obligación del Poder Ejecutivo, el dictado de la política migratoria nacional y la regulación de los flujos migratorios que favorezcan el desarrollo social, económico y cultural del país.

Los artículos 211 y 219 de la ley citada señalan que, durante la tramitación de los procedimientos de deportación y expulsión, respectivamente, con la finalidad garantizar su ejecución, podrán dictarse una serie de medidas cautelares, dentro de las cuales se contempla la detención administrativa.

La Dirección General de Migración y Extranjería cuenta con el Centro de Aprehensión Temporal para Extranjeros en Condición Irregular (CATECI), ubicado en Hatillo, San José, el cual cumple un rol primordial dentro del proceso de control migratorio, centrandó su obligación institucional en la custodia y supervisión del ingreso y la permanencia de las personas extranjeras en condición irregular, previo a concretar su deportación, garantizando el respeto a sus derechos y su seguridad.¹¹

¹¹ “Gestión Centros de Aprehensión”, Dirección General de Migración y Extranjería, , http://www.migracion.go.cr/control_policia/index.html#HERMES_TABS_1_2, consultado el 11 de octubre de 2015.

Según datos estadísticos¹², en dicho lugar se ha registrado la siguiente cantidad de aprehensiones en el período 2012-2014:

- **Año 2012:** un total de 645 aprehensiones. Personas provenientes de Nicaragua, Perú, Colombia, Estados Unidos, Bulgaria, Panamá, México, El Salvador, Jamaica, Lituania, Francia, Venezuela, República Dominicana, Chile, Alemania, Cuba, Estados Unidos, Honduras, Guatemala, República Checa, Suecia, China, Turquía, Bangladesh, Somalia, Guyana, Nepal, Camerún, Nigeria, Holanda, España e Irán.
- **Año 2013:** un total de 674 aprehensiones. Personas provenientes de Nicaragua, Colombia, Estados Unidos, Cuba, Francia, Israel, México, China, El Salvador, Italia, Jamaica, República Dominicana, Honduras, Bulgaria, Argentina, Francia, Portugal, Belice, Austria, Ghana, Moldavia, Sudáfrica, Sri Lanka, Eslovaquia, Bangladesh, España, Holanda, Guatemala, Venezuela, Irak, Panamá, Estados Unidos, Inglaterra, Perú, Nigeria, Alemania, Bélgica, Letonia, Irán, Suecia, Nepal, Uruguay, Montenegro, Brasil, Guinea, Rumania, Hungría y Ecuador.
- **Año 2014 (primer semestre):** 346 aprehensiones. Personas provenientes de Nicaragua, Bolivia, Colombia, China, España, Bulgaria, Nepal, Bangladesh, USA, Jamaica, República Dominicana, Holanda, Yugoslavia, Guatemala, Noruega, Rusia, Italia, Brasil, Hungría, Panamá, Israel, Lituania y Argentina.

¹² Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública, Dirección General de Migración y Extranjería, Centro de Aprehensión Temporal para Extranjeros en Condición Irregular, Informe Anual 2012-2013-2014, Datos estadísticos.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, se puede observar que existe un número significativo de aprehensiones cada año, las cuales se llevan a cabo con la finalidad de verificar la condición migratoria de las personas extranjeras involucradas o de garantizar la ejecución de procedimientos de deportación o expulsión en su contra.

Resulta importante determinar que la detención migratoria no es necesaria cuando se resuelve la condición migratoria de un individuo, a menos que haya evidencia de que ninguna otra medida será adecuada. Tal “presunción contra la detención”, como se indica en las normas internacionales,¹³ puede ayudar a proteger el derecho de cada individuo a la libertad de movimiento y, así, evitar que los funcionarios de migración recurran al encierro cuando existen otras medidas alternativas a su disposición.¹⁴

La presunción contra la detención es el resultado de una síntesis de diversos instrumentos internacionales que establecen el uso de la detención migratoria como el último recurso, con la finalidad de evitar que se criminalice a las personas migrantes por su mero estatus migratorio.

¹³ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, artículo 31; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 37(b); Asamblea General de las Naciones Unidas, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, párr. 1; y ACNUR, Directrices revisadas del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables en relación con la detención de solicitantes de asilo, párr. 1, directrices 2 y 3. La Coalición Internacional contra la Detención tiene un documento complementario que describe las normas internacionales pertinentes relativas a la detención: ver cita n° 10, Coalición Internacional contra la Detención (2011). Además Detención relacionada con la migración: Una guía de investigación de las normas de derechos humanos referentes a la detención de personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas: www.unhcr.org/refworld/docid/476b7d322.html, consultado el 24 de mayo de 2015.

¹⁴ International Detention Coalition, “Existen Alternativas: Manual para la prevención de la detención innecesaria de migrantes”, 20-21.

Justificación

El encierro, como herramienta de gestión de personas en un procedimiento administrativo, resulta muy controvertido debido a sus consecuencias negativas sobre la salud, el bienestar y los derechos humanos. Dadas las implicaciones tan serias que conlleva su empleo, la normativa internacional indica que solo debe llevarse a cabo como último recurso, es decir, cuando se constate que las demás opciones no fueren suficientes para el caso concreto.¹⁵

La presunción contra la detención establece que la detención migratoria debe aplicarse únicamente en los casos contemplados en la legislación nacional, en proporción a los objetivos subyacentes a la razón de la detención, cuando sea estrictamente necesaria en el caso particular y sin discriminación de ningún tipo. Asimismo, es menester demostrar que no existen medidas menos restrictivas que resulten más apropiadas para el caso concreto.

El uso indiscriminado de la detención administrativa se convierte en una medida meramente punitiva, que criminaliza a las personas migrantes por su mero estatus, lo cual es contrario a los instrumentos nacionales e internacionales en materia de derechos humanos, así como al principio de presunción contra la detención, el cual vela porque la libertad de movimiento se limite toda vez que sea estrictamente necesario, de acuerdo a lo descrito.

En el caso de Costa Rica, la Ley General de Migración y Extranjería N° 8764, a pesar de que presenta enunciados generales donde se determina el respeto por los derechos humanos de las personas migrantes, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, entre otras poblaciones, así como la aplicación de la detención administrativa cuando no quepa medida menos gravosa, omite enfatizar el carácter prioritario de las medidas cautelares alternas al confinamiento,

¹⁵ International Detention Coalition, “Existen Alternativas: Manual para la prevención de la detención innecesaria de migrantes”, 9.

aplicables en el trámite de los procedimientos de expulsión y deportación. Debido a esto, a la hora de escoger entre las opciones, se equipara una limitación a la libertad con otras medidas alternativas como la caución o la firma periódica.

Los únicos instrumentos que detallan una de estas medidas son el Manual Administrativo y de Procedimientos de los Centros de Aprehensión Temporal para Extranjeros en Condiciones Irregulares, y el actual Reglamento de Control Migratorio, los cuales contemplan la aplicación de la figura de la firma periódica. Sin embargo dichos instrumentos se encuentran desactualizados ya que responden a los presupuestos planteados en la antigua ley. (Ley N° 8487).

La falta de un desarrollo adecuado de una presunción contra la detención podría generar que, en la práctica, de no hacerse una interpretación integral y razonada de la legislación vigente, en concordancia con los estándares e instrumentos internacionales suscritos por el país, se lleguen a implementar una serie de detenciones administrativas de forma arbitraria.

Objetivos

Objetivo general

Demostrar que la presunción contra la detención, como garante de uso prioritario de las medidas alternativas a la detención administrativa en los procedimientos de expulsión y deportación, no está desarrollada de forma adecuada en la actual normativa migratoria y jurisprudencia.

Objetivos específicos

- Describir las implicaciones de la presunción contra la detención y su correspondencia con los principios de debido proceso, legalidad, proporcionalidad, necesidad y razonabilidad.
- Realizar un análisis crítico de la evolución legislativa y jurisprudencial de la figura de la detención administrativa en el Derecho migratorio costarricense, a partir de las siguientes leyes: Ley N° 7033 del 4 de agosto de 1986, Ley N° 8487 del 12 de agosto de 2006 y Ley N° 8764 del 1° de marzo de 2010.
- Estudiar una serie de resoluciones administrativas emitidas por la Dirección General de Migración y Extranjería, así como informes emitidos por el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura de la Defensoría de los Habitantes, con la finalidad de evaluar la aplicación de la detención migratoria en la práctica.
- Formular una propuesta, a título de recomendación, de una nueva sección en la Ley General de Migración y Extranjería actual, donde se regule de forma más clara y concreta la aplicación de la detención migratoria.

Planteamiento del problema e hipótesis

El problema de la investigación radica en que no existe un desarrollo adecuado del Principio de presunción contra la detención en el Derecho Migratorio costarricense, el cual permita regular de forma debida la aplicación prioritaria de las medidas cautelares alternas a la detención administrativa.

Es por lo anterior que como hipótesis se plantea la necesidad de un mayor desarrollo de la presunción contra la detención en el Derecho migratorio costarricense, para impulsar el empleo prioritario de las medidas cautelares

alternas al encierro, según el caso concreto, en los procedimientos de expulsión y deportación. En razón de lo anterior, se formula una propuesta, a título de recomendación, de una nueva sección en la Ley General de Migración y Extranjería actual, donde se regule de forma más clara y concreta la figura de la detención administrativa.

Metodología

Este trabajo se basa en un enfoque cualitativo, el cual se fundamenta en un proceso inductivo (explorar y describir, con el objetivo de luego generar perspectivas teóricas).¹⁶

Para su realización, se consultaron distintas fuentes bibliográficas, entre ellas: libros, tesis de graduación, artículos de revista, *journals*, informes y documentos varios. Asimismo, se revisó jurisprudencia del Sistema Interamericano y normativa nacional e internacional.

Como plan de trabajo, en el primer capítulo, se exponen las implicaciones del principio de presunción contra la detención y su correspondencia con los principios de debido proceso, legalidad, proporcionalidad, necesidad y razonabilidad. Asimismo, se realiza un análisis de la afectación del derecho a la libertad personal al aplicarse la detención migratoria.

En el segundo capítulo, se efectúa un análisis crítico de la evolución legislativa y jurisprudencial de la figura de la detención administrativa en el Derecho migratorio costarricense, a partir de distintas resoluciones judiciales, administrativas y de las siguientes leyes: Ley N° 7033 del 4 de agosto de 1986, Ley N° 8487 del 12 de agosto de 2006 y Ley N° 8764 del 1° de marzo de 2010.

¹⁶ Roberto Hernández Sampieri, Carlos Collado-Fernández y Pilar Baptista Lucio, *Metodología de la Investigación* (México: McGraw-Hill/INTERAMERICANA EDITORES S.A., 2006), 8.

En el tercer capítulo, se evalúa, a través del estudio de una serie de resoluciones administrativas emitidas por la Dirección General de Migración y Extranjería, así como informes emitidos por el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura de la Defensoría de los Habitantes, la aplicación de la detención migratoria en la práctica.

Finalmente, en el cuarto capítulo se exponen una serie de buenas prácticas a nivel legislativo de distintos países, para luego formular una propuesta, a título de recomendación, de una nueva sección en la Ley General de Migración y Extranjería actual, donde se regule de forma más clara y concreta la aplicación de la detención migratoria. Por último, se proponen algunas recomendaciones para impulsar la realización de un reglamento que regule detalladamente la aplicación de la figura de la detención administrativa y las medidas alternativas a la misma.

MARCO TEÓRICO

El fenómeno migratorio ha incrementado en las últimas décadas debido al aumento de la población mundial, la independencia que han alcanzado diversos países y el establecimiento de nuevas fronteras. La Organización Internacional para las Migraciones define el concepto de migración como un *“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 sus causas. Incluye la migración de personas desplazadas, apátridas, personas desarraigadas, migrantes económicos y refugiados”*.¹⁷

Como se puede observar, esta noción abarca una categorización diversa de personas que se explicará a continuación. En primer lugar, las personas desplazadas son aquellas que huyen de su Estado o comunidad por temor o

¹⁷ Organización Internacional para las Migraciones, Derecho Internacional de Migración. Glosario sobre Migración, 38, <http://www.oim.org.co/Portals/0/Documentos/spangloss.pdf>, consultado el 26 de abril de 2015.

peligros distintos a los que originan el estatus de refugiado. Una persona desplazada generalmente se ve obligada a huir por un conflicto interno, desastres naturales, entre otros.¹⁸

Por su parte, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas define que las personas apátridas son aquellas a quienes ningún Estado considera como nacional suyo, conforme a su legislación.¹⁹

En cuanto a las personas desarraigadas, son aquellas que han sido forzadas a dejar sus comunidades, ya sea a causa de persecución y guerras, desastres naturales o para buscar sustento en una ciudad o en el exterior, porque no pueden subsistir en sus comunidades.²⁰

Así mismo, el concepto de migrante económico se refiere a las personas que, habiendo dejado su lugar de residencia o domicilio habitual, pretenden mejorar su nivel de vida en un país distinto al de origen. Este término se distingue del de “refugiado” que huye por persecución o del “refugiado de facto” que huye por violencia generalizada o violación masiva de los derechos humanos.²¹

Finalmente, la Convención sobre el Estatuto de Refugiados establece que una persona refugiada es quien con *“fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no*

¹⁸ Organización Internacional para las Migraciones, 53.

¹⁹ Artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, de 1954.

²⁰ Organización Internacional para las Migraciones, 54.

²¹ Organización Internacional para las Migraciones, 42.

pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él".²² Cabe aclarar que las personas solicitantes de asilo están sujetas a un proceso previo en el cual se determinará si califican o no como refugiadas.

Como se puede observar, el fenómeno migratorio abarca el movimiento de un gran flujo de individuos con aspiraciones y motivos distintos por los cuales decidieron migrar a otro país o desplazarse a una zona diversa dentro de su territorio. Por ejemplo, mientras los migrantes económicos dejan su Estado de origen para luchar por una mejor calidad de vida, los refugiados huyen de su país en búsqueda de protección internacional para salvaguardar su vida, la cual consideran que corre peligro.

No existe una definición que sea universalmente aceptada del término de "migrante". Por lo general, abarca todos los casos en que la decisión de migrar es tomada libremente por el individuo, debido a "razones de conveniencia personal" y sin intervención de factores externos que le obliguen a ello.²³

Ahora bien, es importante establecer quién es un migrante en situación irregular. Esta noción se refiere a la *"persona que, habiendo ingresado ilegalmente a un Estado o tras el vencimiento de su visado, deja de tener estatus regular en el país receptor o de tránsito. El término se aplica a los migrantes que infringen normas de admisión de país o cualquier otra persona no autorizada a permanecer en el país receptor (también llamado clandestino/ ilegal/ migrante indocumentado o migrante en situación irregular)"*.²⁴

Para evitar que tienda a criminalizarse a una persona por su mera condición de migrante en situación irregular, es recomendable que se propugne el uso de los

²² Artículo 1, A, y artículo 2 de la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951, modificada por el Protocolo de 1967.

²³ Organización Internacional para las Migraciones, 41.

²⁴ Organización Internacional para las Migraciones, 43.

términos “irregular” o “estatus irregular”, en lugar de “ilegal” o “estatus ilegal”. En todo caso, lo que podría calificarse como legal o ilegal es el modo de ingreso al Estado receptor, esto en razón del cumplimiento o incumplimiento de las normas que establecen la forma de ingreso al país ajustada a derecho.

La intrínseca relación entre desarrollo y migración, y el enfoque de derechos humanos asociado a los procesos migratorios, se comprenden como criterios fundamentales para la lectura, interpretación, comprensión y acción de la migración desde la gestión pública.

La noción de desarrollo se entiende como el proceso mediante el cual todas las personas integrantes de una sociedad aseguran las condiciones para vivir dignamente. La aspiración de alcanzar un tipo de desarrollo, como país emisor y receptor de población migrante y refugiada, requiere de acciones que promuevan equidad e inclusión social para todos los habitantes del país.²⁵

Al respecto, la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo, en su artículo 2, establece que:

“1. La persona humana es el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y el beneficiario del derecho al desarrollo.

*3. Los Estados tienen el derecho y el deber de formular políticas de desarrollo nacional adecuadas con el fin de mejorar constantemente el bienestar de la población entera y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la equitativa distribución de los beneficios resultantes de éste”.*²⁶

²⁵ Consejo Nacional de Migración, 22.

²⁶ Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 41/128 (1986).

Así mismo, para lograr una mejor comprensión del fenómeno migratorio desde la gestión pública, resulta necesario que se aplique un enfoque de derechos humanos, como un marco ético aceptado por la comunidad internacional que oriente el actuar de los Estados.

La doctrina no ha acordado un concepto unívoco para referirse a la noción de derechos humanos, al existir diversas corrientes que han tratado de darles fundamento. Para esta investigación, interesa enfatizar el enfoque que los estructura a partir de la concepción de dignidad humana:

*“(...) la dignidad humana es la base del ordenamiento político, jurídico y social de una comunidad, y se asegura su vigencia mediante la defensa y protección de los derechos humanos de la más diversa naturaleza, reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales que ese Estado ha ratificado. Así mismo, la dignidad humana es el fundamento del derecho internacional de los derechos humanos”.*²⁷

Entonces, los derechos humanos (universales, interdependientes e indivisibles) pueden definirse como *“el conjunto de atribuciones reconocidas en los instrumentos internacionales y en las Constituciones para hacer efectiva la idea de la dignidad de todas las personas y, en consecuencia, que puedan conducir una existencia realmente humana desde los ámbitos más diversos, los que se imbrican, como el individual, el social, el político, el económico y el cultural”.*²⁸

Este enfoque promueve que se garanticen los derechos humanos de las personas migrantes, independientemente de si su estatus es regular o no. Es relevante que todo Estado de derecho oriente sus políticas migratorias en este sentido, para que no se vulneren los derechos de esta población.

²⁷ Jorge Carpizo, “Los Derechos Humanos: Naturaleza, denominación y características”, *Revista mexicana de Derecho constitucional* (2011): 12, www.juridicas.unam.mx, consultado el 20 de abril de 2015.

²⁸ Carpizo, 13.

Costa Rica cuenta con un marco jurídico cuyo enfoque tutela los derechos y obligaciones de las personas extranjeras que habitan en el país, tales como los instrumentos de protección internacional ratificados por el Estado, las distintas leyes nacionales y la jurisprudencia. Al respecto la Sala Constitucional, en su Resolución N° 1312-99, 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 o normas constitucionales, para garantizar al extranjero un trato objetivo, fundado en la dignidad del ser humano y en el respeto de los derechos fundamentales”.*²⁹

No se cuenta con una definición universalmente aceptada que se refiera a política migratoria, ya que se considera un concepto en construcción. De forma general, se puede indicar que *“está constituida por todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, etc.) que versan sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio”.*³⁰

Al no existir un concepto unívoco de política migratoria, es necesario que cada Estado conozca el fenómeno migratorio de forma integral, con el fin de que las políticas adoptadas sean efectivas y se adapten al constante flujo de personas migrantes en su territorio. La Ley General de Migración y Extranjería vigente tampoco define concretamente qué se entiende por política migratoria, no obstante, establece una serie de principios y objetivos, los cuales se orientan a la integración de la población migrante en el territorio costarricense.

²⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 1312 de las dieciséis horas con cuarenta y cinco minutos del veintitrés de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (2003): párr. 131.

Es relevante mencionar que “(...) 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”.³¹

La actual Ley General de Migración y Extranjería señala en su artículo 6 que la política migratoria deberá estar orientada a:

“1) Promover, regular, orientar y ordenar las dinámicas de inmigración y emigración, en forma tal que contribuyan al desarrollo nacional por medio del enriquecimiento económico social y cultural de la sociedad costarricense. Con ese propósito, se promoverá la regularización e integración de las comunidades inmigrantes en la sociedad costarricense, así como el establecimiento de mecanismos que permitan mantener y estimular el vínculo permanente entre la sociedad nacional y sus comunidades de emigrantes.

2) Facilitar el retorno de las personas nacionales ubicadas en el exterior, que vean afectado su derecho de retorno al país, por causas humanitarias previamente constatadas, o motivo de muerte, siempre y cuando los familiares no puedan sufragar, por necesidad extrema, los costos de traslado del cuerpo.

3) Controlar el ingreso, la permanencia y el egreso de personas extranjeras al país en concordancia con las políticas de desarrollo nacional y seguridad pública.

4) Orientar la inmigración a las áreas cuyo desarrollo se considere prioritario, hacia actividades y ramas económicas que resulten de interés para el Estado, de conformidad con el Plan Nacional de Desarrollo.

5) Garantizar la protección, atención y defensa de las personas víctimas de la trata de personas y coordinar con las instituciones competentes tales garantías.

³¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 10734-08 de las dieciocho horas del veintiséis de junio del año dos mil ocho.

6) *Garantizar que el territorio nacional será asilo para toda persona con fundados temores de ser perseguida, enfrente un peligro de ser sometida a tortura o no pueda regresar a otro país, sea o no de origen, donde su vida esté en riesgo, de conformidad con los instrumentos Internacionales y regionales debidamente ratificados.*

7) *Garantizar el cumplimiento de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes migrantes, de conformidad con las convenciones internacionales en esta materia. Se tendrá especialmente en cuenta el interés superior de estas personas.*

Así mismo, en el artículo 7 de la ley se indican otros factores que tienden a la implementación de una política migratoria integral:

“La política migratoria se orientará a la implementación de acciones conjuntas, por medio de la coordinación interinstitucional, a fin de brindar una respuesta efectiva a la situación migratoria. Asimismo, buscará impulsar acciones binacionales o multinacionales con los países expulsores de población migrante tendientes a conseguir:

1) *La búsqueda de la complementariedad entre la mano de obra nacional y la migrante, en forma tal que no exista un desplazamiento de la mano de obra nacional por la incorporación de trabajadores inmigrantes.*

2) *El respeto a los derechos humanos y las garantías constitucionales de toda persona extranjera que ingrese y permanezca en el país.*

3) *La integración de las personas extranjeras en procesos económicos, científicos, sociales, laborales, educativos, culturales y deportivos.*

4) *El respeto a las costumbres, la convivencia pacífica y la diversidad de los habitantes*

5) *La adopción de medidas necesarias para garantizar la seguridad y el orden públicos.*

6) *La facilitación necesaria de procesos de regularización de las personas que se encuentren en el territorio nacional, de conformidad con las políticas de desarrollo.*

- 7) La tramitación de toda gestión migratoria deberá garantizar el aseguramiento a la seguridad social por parte de las personas migrantes. Tal garantía obligará a que todo trámite migratorio deba contemplar, como uno de sus requisitos básicos, contar con los seguros que brinda la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS).*
- 8) El pleno respeto de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y la protección internacional de los refugiados.*
- 9) La incorporación de medios tecnológicos que garanticen una prestación eficiente y transparente de los servicios que brinda la Dirección General de Migración y Extranjería, así como la descentralización y simplificación de estos, en función del usuario y sus necesidades.*
- 10) El reconocimiento de la riqueza multicultural existente en el país y del desarrollo de las potencialidades de todas las personas.*
- 11) Las acciones que promuevan el retorno de las personas costarricenses que han migrado”.*

Como se puede observar, la definición de una política migratoria va más allá de los intereses estatales a la hora de controlar el flujo migratorio en su área territorial, pues es fundamental propugnar la integración de los migrantes en los distintos ámbitos. Además, como bien indica la Sala Constitucional, deben tomarse en cuenta los instrumentos de carácter universal como los de derechos humanos, los cuales deben garantizarse a todas las personas, independientemente de su estatus migratorio.

A pesar de que la política migratoria presente en la normativa nacional busca que se garanticen los derechos humanos de las personas migrantes, como se ha indicado, se contempla, como una de las herramienta de gestión de personas, en los procesos de deportación y expulsión, la aplicación como medida cautelar de la detención administrativa.

A efectos de este trabajo, las medidas cautelares se entienden como aquellas que se adoptan preventiva y temporalmente, al tramitarse los

procedimientos de expulsión y deportación, con el fin de asegurar la comparecencia de los individuos en calidad migratoria irregular ante las autoridades migratorias.³²

Es importante que se establezcan diferentes medidas alternas y los mecanismos para hacer efectiva su implementación. La escogencia entre dichas opciones dependerá del caso concreto y no será imperativo el uso de la detención para garantizar la presencia de los individuos durante el trámite de los procedimientos mencionados.

La Ley General de Migración y Extranjería actual contempla como sanción administrativa la deportación. Esta se define como el *“acto del Estado en el ejercicio de su soberanía mediante el cual se traslada a una persona extranjera fuera de su territorio, al país de origen o a un tercer país que lo admita cuando: haya ingresado clandestinamente al país o sin cumplir las normas que reglamentan su ingreso o permanencia, haya obtenido el ingreso al país o su permanencia en él, por medio de declaraciones o por la presentación de visas o documentos sobre los cuales existan indicios claros y precisos que hagan presumir su falsedad o alteración, permanezca en el país, y no lo haga en el plazo autorizado, haya sido conminada a abandonar el país y no lo haga en el plazo dispuesto por la Dirección General de Migración y Extranjería”*.³³

En ejercicio de su potestad soberana, los Estados tienen la facultad de establecer sanciones administrativas a quienes incumplen la normativa migratoria que regula su ingreso al territorio. La deportación es la sanción por excelencia para los migrantes en calidad irregular, debido a que, generalmente, su ingreso al

³² Definición propia, la cual se basa en la funcionalidad práctica que cumplen dichas medidas en los procedimientos de deportación y expulsión. Los artículos 211 y 219 de la *Ley General de Migración y Extranjería* de Costa Rica se refieren a las medidas cautelares que pueden aplicarse en estos casos.

³³ Dirección General de Migración y Extranjería, Manual Administrativo y de Procedimientos de los Centros de Aprehensión Temporal para Extranjeros en Condiciones Irregulares (2008): 7, <http://www.unhcr.org/50a605d29.pdf>

país se lleva a cabo de forma irregular o no poseen los documentos necesarios para garantizar su estancia legal en el territorio. La mayoría de los migrantes económicos encajan en los supuestos anteriores.

Por su parte, la expulsión es la *“orden emanada del Ministerio de Gobernación y Policía, en resolución razonada, por medio de la cual la persona extranjera que goce de permanencia legal bajo cualquier categoría migratoria, deberá abandonar el territorio nacional, en el plazo fijado para tal efecto, cuando se considere que sus actividades comprometen la paz, seguridad pública, la tranquilidad o el orden público”*.³⁴

Esta sanción se fundamenta en supuestos mucho más gravosos que los establecidos en el caso de la deportación, ya que para expulsar a una persona del territorio nacional, esta debe haber cometido un acto que atentare contra la seguridad pública y la paz del país. En este caso, es posible que se utilice la detención migratoria con mayor frecuencia debido a las conductas peligrosas de los individuos involucrados.

Como medio para garantizar la presencia de las personas migrantes ante las autoridades migratorias, al ordenarse un proceso de deportación o expulsión, tal y como se indicó anteriormente, la detención administrativa es una de las medidas cautelares aplicables. El artículo 41 del Reglamento de Personas Refugiadas, capítulo octavo, el cual se titula *“Del Régimen de Aprehesión”*, la define como *“el confinamiento dentro de un sitio estrechamente delimitado o restringido, incluyendo prisiones, campamentos cerrados, instalaciones de detención o zonas de tránsito de los aeropuertos donde la libertad de movimiento está sustancialmente limitada”*.³⁵

³⁴ Manual Administrativo, 9.

³⁵ Decreto N° 36831-G del 28 de setiembre del 2011. Publicado en la Gaceta de 01 de noviembre de 2011.

Por su parte, el Manual Administrativo y de Procedimientos de los Centros de Aprehensión Temporal para Extranjeros en Condiciones Irregulares la establece como la *“restricción de libertad que aplica administrativamente la Dirección General de Migración y Extranjería a un extranjero que ingresa o permanece irregularmente en el país, durante el tiempo racionalmente indispensable o estrictamente necesario para hacer efectivo su rechazo, expulsión, deportación y/o regularización de su estatus migratorio”*.³⁶

Debe aclararse que esta definición respondía a la antigua Ley General de Migración y Extranjería (2006), la cual carecía de plazos específicos a la hora de aplicar una detención administrativa. La ley vigente sí determina plazos y lineamientos concretos que limitan la privación de libertad temporal, aunque, de considerarse necesario, pueden ampliarse mediante resolución motivada de la autoridad administrativa. El hecho de que el confinamiento pueda ser ampliado de forma justificada por una autoridad administrativa y no judicial, representa un conflicto que no es pertinente tratar en el presente trabajo, pero es relevante destacar.

La carencia de plazos definidos a la hora de aplicar una detención abre paso para que se vulneren los derechos fundamentales de los individuos involucrados, de ahí la importancia de su restricción expresa en la normativa.

Ante las consecuencias gravosas que implica el confinamiento, las alternativas a la detención se configuran como *“toda legislación, política o práctica, que permita que los solicitantes de asilo, refugiados y migrantes, residan en la comunidad con libertad de movimiento mientras su situación migratoria se resuelve o mientras esperan la deportación o expulsión del país”*.³⁷

³⁶ Manual Administrativo, 7.

³⁷ International Detention Coalition, “Existen Alternativas: Manual para la prevención de la detención innecesaria de migrantes”, 12.

El uso indiscriminado de la detención administrativa va en contra del Derecho internacional de los derechos humanos, por lo que resulta esencial que los diferentes Estados no dependan de esta medida, sino que propongan opciones alternas y los mecanismos para garantizar su efectividad en la práctica. Asimismo, los Gobiernos deben evaluar sus políticas y programas de gestión migratoria constantemente, para lograr que se cumpla con el objetivo esbozado.

Con la finalidad de que se utilice la detención migratoria como último recurso, surge el principio de presunción contra la detención, el cual busca que se garantice el derecho a la libertad y la protección contra la detención arbitraria en primera instancia. Se debe procurar a estos efectos, un análisis individualizado del caso concreto, que contemple las condiciones particulares y vulnerabilidades de las personas extranjeras involucradas, con la finalidad de determinar si no cabe medida menos gravosa.

CAPÍTULO PRIMERO: Presunción contra la detención y su correspondencia con los principios de debido proceso, legalidad, proporcionalidad, necesidad y razonabilidad

Sección I: Presunción contra la detención y el debido proceso

A. Garantías procesales en el marco de cualquier procedimiento de índole migratorio

Los diferentes Estados, a la hora de fijar sus políticas migratorias, tienen la facultad de establecer mecanismos de control para regular el ingreso y egreso de personas extranjeras a su territorio. En caso de que estas incurrieren en alguna infracción administrativa al ordenamiento jurídico nacional, pueden adoptarse medidas a nivel estatal para procurar la resolución de los conflictos generados.

A pesar de lo anterior, en la ejecución de tales medidas no deben contravenirse los derechos humanos de las personas involucradas, sino garantizarse su ejercicio y goce, sin discriminación alguna.

El artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos -en adelante Convención Americana o CADH- indica que los Estados partes “*se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción³⁸, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.*

³⁸ Es decir, que se encuentre en su territorio o que de cualquier forma sea sometida a su autoridad, responsabilidad o control, en este caso, al intentar ingresar al mismo, y ello sin discriminación alguna por cualquier motivo de los estipulados en la citada norma.

El segundo párrafo del Preámbulo de la CADH expresa:

“Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

En esta misma línea, los Estados deben respetar las obligaciones internacionales conexas resultantes de los instrumentos internacionales del derecho humanitario y del derecho de los refugiados.³⁹

Es importante mencionar, para el caso de personas que requieran protección internacional, que el derecho a solicitar asilo se encuentra configurado como un derecho humano individual, el cual procura que se pueda buscar y recibir esta protección en territorio extranjero, según los instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas⁴⁰, las correspondientes leyes nacionales, y el asilo conforme a los diversos instrumentos regionales sobre la materia⁴¹ y convenciones interamericanas.

Se considera que la piedra angular de la protección internacional a personas solicitantes de asilo y refugiadas es el principio de no devolución (o non refoulment), norma de derecho consuetudinario internacional.⁴²

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (2003): párr. 168.

⁴⁰ Ver Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951, Protocolo sobre el Estatuto de Refugiados de 1967, Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 y la Convención para Reducir los Casos de Apátridas de 1961.

⁴¹ Ver Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984 y Declaración y Plan de Acción Brasil de 2014.

⁴² Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a personas migrantes y sujetas de protección internacional”, 53-54.

Según dicho principio, en el marco de la protección internacional de las personas refugiadas, se debe garantizar a dicha población su recibimiento en un país de asilo y el respeto por sus derechos humanos, incluyendo el derecho a no ser regresado de manera forzosa a un país donde su seguridad o supervivencia estén amenazadas.

Este principio ha sido desarrollado de manera más amplia en la CADH, pues el artículo 22. 8 prohíbe la expulsión o devolución de una persona extranjera (refugiada o no) a otro país (sea o no el de origen) cuando su derecho a la vida o a la libertad personal estén en riesgo de ser violentados por motivos de nacionalidad, raza, religión, condición social u opiniones políticas.

En síntesis, este principio implica:

- *“No devolver a las personas solicitantes de asilo, refugiadas o beneficiarias de protección complementaria a un lugar donde su vida o libertad corran peligro.*
- *Permitir que las personas busquen protección mediante la solicitud del reconocimiento de la condición de refugiado, ante la posibilidad de que sean devueltas a un país donde su vida o libertad corran peligro.*
- *No negar el acceso al territorio a personas que huyen de la persecución y permitir el acceso a solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado”.*⁴³

En el marco de cualquier proceso de índole migratorio, con el objetivo de procurar un efectivo acceso a la justicia, el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos -en

⁴³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a personas migrantes y sujetas de protección internacional”, 54.

adelante Corte IDH- ha manifestado⁴⁴ que para que exista el “debido proceso legal” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses de forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Cabe recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida de lo posible, la solución justa de la controversia.

De la misma forma, la Corte IDH ha señalado que la aplicación de las garantías judiciales no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, con la finalidad de que las personas puedan defender sus derechos ante cualquier tipo de actuación estatal que pueda afectarles.⁴⁵

El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Es así como se ha establecido, progresivamente, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva sobre el Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, (1999): párr. 117.

⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, (2 de febrero de 2001): párr. 124.

especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) a ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) a ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

Por su parte, en la CADH, en su artículo 8, titulado “garantías judiciales”, así como en los numerales 4, 5, 7, 9, 19, 25 y 27 del mismo instrumento, se regulan los componentes sustantivos y procesales del debido proceso. Asimismo, este se contempla en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁴⁶ en los arts. XVIII (“Derecho a la justicia”); XXV (“Derecho de protección contra la detención arbitraria”) y XXVI (“Derecho a proceso regular”). Dichas garantías deben ser interpretadas en conjunto con el art. 19 de la CADH⁴⁷ y el VII de la Declaración Americana⁴⁸, todas aplicables a los procesos migratorios.

Es necesario recalcar la importancia de velar por el cumplimiento de estas garantías a la hora de llevarse a cabo este tipo de procesos, ya que a través de los mismos, se definen controversias respecto al estatus migratorio de una persona, las cuales pueden resultar en una orden de expulsión o deportación en su contra.

⁴⁶ En adelante Declaración Americana.

⁴⁷ “Artículo 19. Derechos del Niño: Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

⁴⁸ “Artículo VII. Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”.

En procesos que puedan desembocar en la expulsión o deportación de extranjeros, el Estado no puede dictar actos administrativos o adoptar decisiones judiciales sin respetar determinadas garantías mínimas, cuyo contenido es sustancialmente coincidente con las establecidas en el inciso 2 del artículo 8 de la CADH:

“2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;*
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;*
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;*
- d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;*
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;*
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;*
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable,*
y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.*

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

Tal y como lo ha sostenido anteriormente la Corte IDH⁴⁹, si bien el debido proceso y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de las niñas y niños migrantes, el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de asegurar un acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido proceso y velar por que el interés superior del niño(a) se erija en una consideración primordial en todas las decisiones administrativas o judiciales que se adopten.

Los cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño que deben inspirar de forma transversal e implementarse en todo sistema de protección integral son: el principio de no discriminación, el principio del interés superior del niño(a), el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y el principio de respeto a la opinión del niño(a) en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación.⁵⁰

En virtud del artículo 22.7 de la CADH y del numeral XXVII de la Declaración Americana, los Estados se encuentran obligados a identificar a las niñas y niños extranjeros que requieren de protección internacional dentro de sus jurisdicciones, ya sea como refugiados o de algún otro tipo, a través de una evaluación inicial con garantías de seguridad y privacidad, con el fin de proporcionarles el tratamiento adecuado e individualizado que sea necesario mediante la adopción de medidas de protección especial.

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva sobre Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, OC-21/14, (2014): párr. 96-98.

⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva sobre Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párr. 67-69.

El interés superior del niño debe primar en todos los casos, especialmente si se trata de niños(as) y adolescentes no acompañados o separados. Ante este escenario, se requiere encontrar soluciones duraderas, tales como la regularización del menor en el país receptor, reasentamiento en un tercer país donde tengan familiares o la repatriación voluntaria.

De la misma forma, se debe garantizar que cualquier menor de edad extranjero tenga acceso al procedimiento para el reconocimiento de la protección de refugiado:

*“La determinación del interés superior del niño, niña o adolescente migrante exige una evaluación clara y a fondo sobre su identidad; esto es su nacionalidad, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, crianza, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección (como el que sean solicitantes de asilo o del reconocimiento de la condición de apátrida)”.*⁵¹

En cuanto a buenas prácticas, a modo de referencia, el Estado costarricense ha asumido a través de la ratificación de diversos instrumentos internacionales la obligación de garantizarle a los niños, niñas y adolescentes migrantes con necesidades de protección internacional, solicitantes de la condición de refugiado, refugiados, apátridas, sean éstas acompañadas, no acompañadas, separadas, víctimas de trata de personas o tráfico ilícito de migrantes, una adecuada protección y el disfrute de sus derechos fundamentales.

Muchos de estos compromisos se encuentran plasmados en el Código de Niñez y Adolescencia de Costa Rica, promulgado en 1998, y en la Política

⁵¹ Observación General No. 6, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, CDN, 39° período de sesiones 2005.

Nacional de Niñez y Adolescencia (2009-2021)⁵²; además de otros Protocolos de actuación, a los que se hará referencia.

Concretamente, en diciembre del 2010, se creó la comisión denominada Comisión Bipartita PANI-Migración -en adelante Comisión-, conformada por funcionarios y funcionarias de la Dirección General de Migración y Extranjería -en adelante DGME- y del Patronato Nacional de la Infancia -en adelante PANI-, en aras de aunar esfuerzos para brindar una protección integral a las personas menores de edad, y cumplir con los preceptos tutelados en los instrumentos internacionales y nacionales de protección de derechos humanos.

La Comisión fue concebida con el objetivo de crear mecanismos de coordinación, así como herramientas, que dentro del marco del desarrollo del plan de trabajo conjunto permitieren, tanto a los y las funcionarias de la DGME como del PANI, atender y proteger de una forma eficiente y eficaz a las personas menores de edad extranjeras en diferentes situaciones de índole migratorio, velando en todo momento por el cumplimiento del Principio del Interés Superior de los niños, niñas y adolescentes.

⁵² Fue aprobada por la Corte Plena, órgano máximo de jerarquía, en el artículo XVII, de la sesión número 34-10, del 29 de noviembre de 2010. Texto completo disponible en: http://www.unicef.org/costarica/docs/cr_pub_Politica_Acceso_Justicia_NNA_Costa_Rica.pdf, consultado el 10 noviembre de 2015.

En el marco de su funcionamiento, se han elaborado tres protocolos, los cuáles fueron validados por personal de ambas instituciones y encuentran sustento jurídico en la normativa nacional e internacional debidamente ratificada por Costa Rica:⁵³

- Protocolo para la atención de las personas menores de edad extranjeras, cuyos padres, madres, familiares o personas responsables se encuentran sometidos a un proceso de deportación⁵⁴.
- Protocolo para la atención y protección de las personas menores de edad extranjeras, no acompañadas o separadas de su familia fuera de su país de origen⁵⁵.
- Protocolo de regularización de la permanencia de las personas menores de edad extranjeras, bajo la protección del Patronato Nacional de la Infancia.⁵⁶

En síntesis, conforme al Derecho internacional de los derechos humanos, las garantías del debido proceso aplicables a los distintos procesos migratorios son las siguientes: (i) el derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio; (ii) el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado; (iii) el derecho a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales; (iv) el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor e/o

⁵³ Cabe destacar la Convención sobre los Derechos del Niño, la Observación General # 6 del 2005 del Comité de los Derechos del Niño, el Código de Niñez y Adolescencia, la Política Nacional de Niñez y Adolescencia, y la Ley General de Migración y Extranjería y su Reglamento.

⁵⁴ Consultar texto completo en: http://www.unicef.org/costarica/docs/cr_pub_Protocolo_atencion_menores_extranjeros_responsables_proceso_deportacion.pdf, consultado el 10 de noviembre de 2015.

⁵⁵ Consultar texto completo en: [http://www.unicef.org/lac/cr_pub_Protocolo_menores_extranjeros_solos_o_separados_fuera_pais_origen\(1\).pdf](http://www.unicef.org/lac/cr_pub_Protocolo_menores_extranjeros_solos_o_separados_fuera_pais_origen(1).pdf), consultado el 10 de noviembre de 2015.

⁵⁶ Consultar texto completo en: http://www.unicef.org/costarica/docs/cr_pub_Protocolo_permanencia_menores_extranjeros_proteccion_PANI.pdf, consultado el 10 de noviembre de 2015.

intérprete; (v) el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; (vi) el derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante; (vii) el deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados; (viii) el derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada; (ix) el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos; y (x) el plazo razonable de duración del proceso.⁵⁷

B. Garantías mínimas que deben procurarse en la aplicación de la detención administrativa

Dentro de las medidas cautelares aplicables a una persona involucrada en un proceso de deportación o expulsión, se encuentra la detención administrativa. Al limitar una serie de derechos fundamentales, esta debe emplearse únicamente en las circunstancias descritas en la normativa nacional, en proporción a los objetivos subyacentes a la razón de dicha medida y solo cuando sea estrictamente necesaria en un caso en particular.

En razón de lo anterior, no debe aplicarse de forma masiva, tal y como sucede cuando esta se utiliza para transmitir un mensaje disuasivo a los posibles migrantes en condición irregular y un mensaje de control de las fronteras a los ciudadanos⁵⁸.

Si se opta por aplicar una detención administrativa, esta debe darse en un marco de legalidad concordante con las normas internacionales de derechos humanos, para proteger a los individuos contra una detención arbitraria o ilegal.

⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva sobre Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párr. 116.

⁵⁸ International Detention Coalition, “Existen Alternativas: Manual para la prevención de la detención innecesaria de migrantes”, 11.

El empleo de esta medida debe ser justificado y razonable, de ninguna manera se debe designar desproporcionadamente y de forma indiscriminada.

Al examinar el caso de un individuo en riesgo de detención migratoria, las autoridades tienen la posibilidad de elegir conscientemente la forma más adecuada de gestionar y apoyar a la persona cuando intentan resolver su situación migratoria. Esta valoración debe ser individualizada, diferenciada y acorde a los criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, con el propósito de que las autoridades puedan identificar y evaluar los niveles de riesgo y vulnerabilidad, así como las fortalezas y necesidades de cada individuo.⁵⁹

En virtud de lo anterior, la detención administrativa debe usarse de la manera más restrictiva posible y cuando sea el único recurso óptimo para garantizar la presencia de las personas involucradas ante las autoridades migratorias, mientras se regulariza su situación o se les aplica la sanción administrativa correspondiente. Para llegar a esta conclusión es fundamental la práctica de un análisis previo que valore la situación integral de la persona en cuestión y determine la necesidad imperante de ejecutar esta medida temporalmente.

A continuación, se retoman algunas de las garantías del debido proceso mencionadas en la sección anterior, ahora enfocadas específicamente en la aplicación de la detención migratoria:

a. Derecho a ser informado de los motivos del arresto o detención en un idioma que comprenda.

La información de los “*motivos y razones*” del arresto o de la detención debe darse “cuando ésta se produce”, lo cual “*constituye un mecanismo para*

⁵⁹ International Detention Coalition, “Existen Alternativas: Manual para la prevención de la detención innecesaria de migrantes”, 20-22.

*evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo de la privación de libertad y, a su vez, garantiza el derecho de defensa del individuo*⁶⁰. Asimismo, la observancia del derecho a ser informado de los motivos del arresto o de la detención *“permite al detenido impugnar la legalidad de la misma, haciendo uso de los mecanismos legales que todo Estado debe ofrecer”*.⁶¹

La Corte IDH resalta la importancia de que la persona sea informada de los procedimientos disponibles para cuestionar la restricción o privación de la libertad. Al respecto, tratándose de personas extranjeras, la Corte considera relevante establecer que el idioma utilizado debe ser uno que la persona comprenda. Al tratarse de niñas o niños, debe emplearse un lenguaje adecuado a su desarrollo y edad. La niña o el niño debe tener a su disposición toda la información necesaria y que sea comunicada de acuerdo a su edad y madurez, en cuanto a sus derechos, servicios de los cuales dispone y procedimientos de los que se puede hacer valer.⁶²

b. Derecho a ser llevado, sin demora, ante un juez u otro funcionario competente.

De conformidad con lo prescrito en los artículos 7.5 de la Convención Americana y XXV de la Declaración Americana, toda persona detenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley con el propósito de ejercer funciones judiciales.⁶³

⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, (7 de junio de 2003): párr. 82.

⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador*, (21 de noviembre de 2007): párr. 70.

⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva sobre Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párr. 197.

⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva sobre Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párr. 198.

Para que constituya un verdadero mecanismo de control frente a detenciones ilegales o arbitrarias, la revisión judicial debe realizarse sin demora y en forma tal que garantice el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido, tomando en cuenta sus posibles vulnerabilidades⁶⁴. A estos efectos, la legislación interna debe asegurar que el funcionario autorizado por la ley cumpla con las características de imparcialidad e independencia que deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas⁶⁵.

c. Derecho a notificar a un familiar, tutor o representante legal y a comunicarse con el exterior y, en particular, con los organismos internacionales especializados.

La persona detenida tiene el derecho a notificar a una tercera persona. Esta notificación se hará, por ejemplo, a un familiar, tutor o representante legal, según corresponda⁶⁶.

El derecho de establecer contacto con un familiar, tutor o representante legal cobra especial importancia cuando se trata de niñas o niños, principalmente cuando estos se encuentran separados o no acompañados. La notificación sobre el derecho a establecer contacto con un familiar, tutor o representante legal, debe ser hecha al momento de la retención o detención, pero cuando se trata de menores de edad deben adoptarse, además, las providencias necesarias para que efectivamente se haga la notificación, considerando el interés superior del menor.⁶⁷

⁶⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Vélez Loor vs. Panamá* (23 de noviembre de 2010): párr. 107.

⁶⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, párr. 108.

⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Tibi vs. Ecuador* (7 de setiembre de 2004): párr. 112.

⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bulacio vs. Argentina* (18 de setiembre de 2003): párr. 130.

En los casos en que resulte procedente, toda persona debe tener la posibilidad de contactarse con organismos internacionales como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) o la Organización Internacional para las Migraciones (OIM).⁶⁸

d. Derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular.

Se reconoce el derecho a asistencia consular a toda persona extranjera detenida fuera de su país de origen. La vigencia de este derecho implica, para la persona detenida, cualquiera que sea la modalidad, que sea notificada al momento de ser privada de la libertad de su derecho de establecer contacto con una tercera persona, tal como el funcionario consular, para informarle que se halla bajo custodia del Estado.⁶⁹

La posibilidad de comunicarse con un funcionario consular de su país, salvedad hecha en el caso de las personas solicitantes de asilo, refugiadas u otras personas beneficiarias de protección internacional, se constituye también en una garantía fundamental de acceso a la justicia y permite el ejercicio efectivo del derecho de defensa, pues el cónsul puede asistir al detenido en diversos actos de defensa, tales como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación de privación de libertad⁷⁰.

⁶⁸ Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, Anexo II, Deliberación No. 5, "Situación relativa a los inmigrantes o a los solicitantes de asilo", UN Doc. E/CN.4/2000/4, Principio 10 (1999).

⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, párr. 154.

⁷⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, párr. 154.

- e. Derecho a la asistencia jurídica a través de un representante legal y, en caso de niñas y niños no acompañados o separados, a que se nombre un tutor.**

Es fundamental que los Estados brinden a las niñas y niños privados de libertad acceso rápido y gratuito a un representante legal que les proporcione asistencia jurídica, la cual debe ser ejercida por un profesional del derecho para poder satisfacer los requisitos de una defensa técnica a través de la cual se asesore a la persona sometida al proceso sobre la posibilidad de ejercer recursos contra actos que afecten derechos⁷¹.

- f. Derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención.**

El artículo 7.6 de la Convención Americana señala que *“toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales”*.

La Corte IDH ha indicado que *“los procedimientos jurídicos consagrados en los artículos 25.1 y 7.6 de la Convención Americana, no pueden ser suspendidos conforme al artículo 27.2 de la misma, porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición”*.⁷²

⁷¹ Artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del niño:

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

⁷² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva sobre El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), (1987): párr. 44.

Al respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ya ha referido que estos recursos no solo deben existir formalmente en la legislación, sino que deben ser efectivos, es decir, cumplir con el propósito de obtener sin demora una decisión sobre la legalidad del arresto o de la detención.⁷³

La presunción contra la detención se articula de mayor forma cuando se establece normativamente. Estas leyes pueden garantizar que los encargados de tomar decisiones y los funcionarios de migración revisen las medidas menos restrictivas para cada caso y demuestren las razones particulares por las cuales el encierro se considera necesario para aquellas personas que la enfrentan.

C. Detención administrativa y debido proceso en la legislación migratoria costarricense

En el caso de la legislación migratoria costarricense, la actual Ley General de Migración y Extranjería determina plazos máximos de aprehensión, en primer lugar, para la verificación de la condición migratoria de una persona extranjera (24 horas), así como de la duración de la detención administrativa cuando se utiliza como medida cautelar aplicable ante una orden de deportación o expulsión (30 días); en ambas se contempla la posibilidad de ampliar el plazo mediante una resolución debidamente autorizada por el director(a) general.

Asimismo, la ley establece que a una persona en detención migratoria debe garantizársele: el derecho a la protección consular; a ser informada de los motivos de la detención; a la asistencia letrada por cuenta propia; a la comunicación; acceso a su expediente administrativo; a intérprete; a un lugar que cuente con las condiciones necesarias para garantizar un trato digno, respetuoso y adecuado tomando en cuenta las especificidades en razón de edad, género y discapacidad (art. 31, inciso 7).

⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, párr. 129.

En cuanto al Reglamento de Control Migratorio, N° 36769-G, el art. 247 señala expresamente:

“En caso de aprehensión, se deberá permitir la comunicación de la persona aprehendida con sus familiares y representantes y su representación consular acreditada en el país, cuando así lo solicite la persona extranjera o de oficio se le debe informar a su representante consular. De toda visita que el extranjero aprehendido reciba, se dejará constancia.

Por su parte, el Reglamento de personas Refugiadas se refiere al Régimen de Aprehensión en su capítulo octavo. El artículo 43 establece que de conformidad con la Convención de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados -en adelante Convención de 1951- y el art. 31 inciso 5) de la LGME, “no se aplicarán a las personas refugiadas otras restricciones de circulación que las necesarias y únicamente será aplicable la aprehensión cautelar por un máximo de veinticuatro horas para efectos de verificar su situación migratoria. Este plazo podrá ser ampliado en situaciones especiales y bajo resolución justificada y emitida por el o la Directora General”.

El artículo 33 del mismo instrumento indica que toda persona solicitante de la condición de refugio que sea aprehendida, deberá tener derecho a una serie de garantías procesales mínimas: *“a) Recibir pronta y completa comunicación sobre cualquier orden de detención, junto con las razones que la motivan y sus derechos en relación a dicha orden. b) Estar informados de su derecho a tener asesoramiento legal. c) Revisar la decisión de aprehensión administrativa ante la instancia judicial o instancia administrativa. Tal derecho se extendería a todos los aspectos de la aprehensión y no simplemente a la discrecionalidad administrativa para detener. d) Contactar y ser contactado por el Subproceso de Refugiados de la Dirección General y la Oficina del ACNUR. Debe facilitársele el derecho a comunicarse en privado con estos representantes, como así también los medios para hacer tales contactos. e) Respetar el principio de confidencialidad contenido*

en el artículo 61 de la Ley. f) *Facilitar a las personas extranjeras detenidas cuyo idioma sea distinto al español o requieran para comunicarse un sistema de lenguaje alternativo, un intérprete. Para tales efectos la Administración de los Centros deberá contactar intérpretes oficiales o en caso de imposibilidad, se contactará un intérprete que tanto la Dirección General como la persona detenida acuerden. De tal acuerdo deberá dejarse constancia en el expediente administrativo.* g) *Garantizar el acceso del directorio telefónico nacional a las personas aprehendidas y un listado de instancias especializadas en la atención de la población migrante y refugiada”.*

Asimismo, se establece que si una persona que se encuentra en el Centro manifiesta su voluntad de solicitar la condición de refugiado, los funcionarios del Centro de Aprehensión deberán comunicarse lo más pronto posible con el subproceso para coordinar el acceso al procedimiento de dicha solicitud y luego se extenderá la documentación provisional correspondiente (arts. 45 y 46).

En el caso de las personas menores de edad, se determina que bajo ninguna circunstancia procederá su aprehensión, ya sea que se encuentren acompañadas, no acompañadas o separadas. Asimismo, debe darse notificación inmediata al PANI para la identificación de soluciones alternativas, con la finalidad de que reciban un alojamiento y supervisión adecuados. En caso de que sean menores de edad acompañados de sus padres, se deberán procurar todas las alternativas a la detención que resultaren adecuadas. El mismo procedimiento de coordinación se aplicará cuando se identifiquen personas adultas mayores o con problemas de discapacidad (art. 47).

Al verificarse la condición migratoria de la persona aprehendida, en caso de concluirse que se trata de un solicitante de la condición de persona refugiada, deberá ser puesta en libertad, con excepción de las siguientes circunstancias: “a) *Que la persona se encuentre bajo investigación judicial. En este caso la persona será puesta a la orden del cuerpo judicial correspondiente para su detención.* b)

Que la solicitud de la condición de persona refugiada es manifiestamente infundada o abusiva. En este supuesto la aprehensión administrativa podrá extenderse bajo los supuestos del artículo 31 de la Ley. c) Cuando la Dirección General tenga motivos fundados de carácter de orden público y de seguridad nacional. d) Que se trate de una persona que inició proceso y no fue concluido o se le reconoció el estatus de la condición de persona refugiada en otro país, para lo cual se realizarán las coordinaciones necesarias para su retorno, permaneciendo en el centro en calidad de albergado, el tiempo estrictamente necesario por razones humanitarias” (arts. 48 y 49).

Si al verificarse la condición migratoria de la persona involucrada, se concluye que se trata de una persona refugiada reconocida en el país, esta será puesta en libertad, siempre que no se encuentre en las circunstancias descritas. En caso de que sea una persona refugiada declarada en otro país, se realizarán las coordinaciones para su retorno, permaneciendo en el Centro “en calidad de albergado”, el tiempo estrictamente necesario, por razones humanitarias (art. 50).

Finalmente, se establece, de acuerdo a lo estipulado en la actual LGME, que las medidas alternativas a la aprehensión de una persona refugiada o solicitante de dicha condición son las siguientes: presentación y firma periódica ante las autoridades competentes, caución, detención domiciliaria y decomiso temporal del documento de identificación (art. 51).

D. Principios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad en la aplicación de la detención administrativa

En el caso Vélez Loor vs. Panamá, la Corte IDH fue enfática al indicar que, tratándose de detención migratoria, la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad deben ser compatibles con la convención e idóneas para cumplir el fin perseguido por el Estado. Asimismo, deben considerarse necesarias, es decir, absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no

exista medida menos gravosa respecto al derecho intervenido; razón por la cual el Tribunal ha señalado que de limitarse el derecho a la libertad personal, dicho acto debe darse de forma excepcional. Finalmente, que sean medidas estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante su uso y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier reserva a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la convención.⁷⁴

En el caso *Peirano Basso vs Uruguay*, se indica que *“el principio rector para establecer la legalidad de la prisión preventiva es el de “excepcionalidad”, en virtud del cual se intenta que la prisión preventiva no se convierta en regla y, así, evitar que se desvirtúe su fin”*.⁷⁵

Se reconoce y destaca la importancia de una presunción contra la detención, estipulando el confinamiento como medida cautelar indeseable y de carácter excepcional en todos los casos. Esto con el objetivo de que no se conciba dicha medida como un fin en sí mismo, sino como medio para garantizar la comparecencia ante los tribunales.

En los casos *López Álvarez vs Honduras*⁷⁶ y *García Asto y Ramírez Rojas vs Perú*, se establece que la detención como última ratio depende del caso

⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, párr. 166.

⁷⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 86/09, Caso 12.553, *Peirano Basso vs. Uruguay* (6 de agosto de 2009): párr. 93.

⁷⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso López Álvarez contra vs. Honduras*, Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas), (2006): párrafos 67-68: “67. La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Al constituir la medida más severa debe aplicarse excepcionalmente (...). 68. La legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad ente aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria”.

concreto y de los principios de legalidad, necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, acordes a un fin perseguido por el Estado e indispensables en una sociedad democrática. El uso del encierro requiere un juicio de proporcionalidad para evitar que tal medida se convierta en arbitraria y sancionatoria.

La Corte IDH opina que la privación de libertad de niñas(os) por razones exclusivas de índole migratoria excede el requisito de necesidad⁷⁷, toda vez que tal medida no resulta absolutamente indispensable a los fines de asegurar su comparecencia al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación. Existen medidas menos gravosas que podrían ser idóneas para alcanzar tal fin y, al mismo tiempo, responder al interés superior de la niña o del niño.

Cuando el interés superior de la niña o del niño exige el mantenimiento de la unidad familiar, el imperativo de no privación de libertad se extiende a sus progenitores y obliga a las autoridades a optar por medidas alternativas a la detención para la familia y que a su vez sean adecuadas a las necesidades de los menores⁷⁸.

El Sistema Interamericano sostiene que la detención migratoria puede usarse como una medida preventiva y excepcional para que los Estados logren cumplir un fin legítimo, siempre y cuando esta se ajuste a los principios que se han analizado anteriormente y haya sido debidamente fundamentada. De no cumplirse con lo anterior, la libertad del individuo, a merced del Estado receptor, sería limitada de forma ilegal y desproporcionada.

⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, párr. 166.

⁷⁸ Sr. François Crépeau, Cfr. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, "Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo", UN Doc. A/HRC/20/24, (2012): párr. 40.

La revisión jurisprudencial permite visualizar un profundo análisis por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la libertad como derecho fundamental de toda persona, independientemente de su estatus migratorio, y el menoscabo que puede sufrir este derecho si se implementare una medida cautelar que lo restrinja de forma arbitraria. Se resalta que, en caso de emplear dicha medida, debe hacerse de la manera más restrictiva posible y justificada, según el caso concreto. Asimismo, deben respetarse los principios de necesidad, razonabilidad, proporcionalidad y presunción de inocencia, los cuales se establecen de forma analógica partiendo de la prisión preventiva como medida cautelar limitante del derecho a la libertad de tránsito.

Sección II: El derecho humano a la libertad personal como contrapeso a la detención migratoria

A. El derecho a la libertad personal según estándares internacionales

En la sección anterior, se analizó la importancia del respeto de las garantías del debido proceso en la tramitación de la detención migratoria. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos -en adelante CIDH- recalca esta idea al indicar que, en todo procedimiento judicial o administrativo en cual puedan verse afectados derechos humanos, se deben respetar dichas premisas procesales. Lo anterior con el objetivo de que las personas puedan defenderse ante actos estatales, independientemente de su condición migratoria regular o irregular.⁷⁹

En el caso concreto, la detención administrativa vulnera en mayor grado la libertad personal, la cual ha sido establecida en el contexto internacional como un derecho humano por el cual las personas no pueden ser detenidas o presas ilegalmente, sea por delito o por otro tipo de razones, como los procedimientos migratorios.⁸⁰

Las autoridades, al examinar la situación de un individuo en riesgo de detención migratoria, tienen la posibilidad de elegir conscientemente la forma más

⁷⁹ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, “Directrices sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención”, Directriz 2 (2012): párr. 12: “En todos los más importantes instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos se expresan los derechos fundamentales a la libertad y la seguridad de la persona y a la libertad de circulación y ellos son componentes esenciales de los sistemas jurídicos basados en el Estado de derecho (...) Estos derechos se aplican en principio a todos los seres humanos, independientemente de su condición migratoria, de refugiado, solicitante de asilo u otra”. En el mismo sentido ver Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Observaciones a la Opinión consultiva: Niños, niñas y adolescentes migrantes”, Washington, D.C. (2012): párr. 709, <http://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/6/6.pdf>, consultado el 16 de agosto de 2015.

⁸⁰ Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos, “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, Versión Comentada (2011): 21, www.corteidh.or.cr/tablas/28145.pdf, consultado el 17 de agosto de 2015.

adecuada de gestionar y apoyar a la persona cuando intentan resolver su situación migratoria, pero pudiéndolo privar inclusive de su libertad.

Esta valoración debe ser individualizada, diferenciada y acorde a los criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad antes expuestos, con el fin de que las autoridades puedan identificar y evaluar los niveles de riesgo y vulnerabilidad, así como las fortalezas y necesidades de cada individuo, y de manera ideal, apelando siempre a la menor afectación de sus derechos fundamentales.⁸¹

Se debe considerar que cada persona extranjera vive situaciones distintas y tiene necesidades específicas que varían según el caso concreto, por lo que no debería emplearse la privación de libertad temporal, cuando existen otras alternativas que podrían ejecutarse en asuntos menos gravosos, como el de un migrante económico sin documentos:

*“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 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 mejor solución”.*⁸²

En esta misma línea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos indica que la detención migratoria causa múltiples afectaciones sobre los derechos

⁸¹ International Detention Coalition, “Existen Alternativas: Manual para la prevención de la detención innecesaria de migrantes”, 20-22.

⁸² Sebastián Alvarado Herrera, *Los derechos humanos de la persona migrante frente a la administración pública en aplicación de la Ley General de Migración y Extranjería*, Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho (Universidad de Costa Rica, 2009): 174.

de las personas, por lo que esta corresponde a una medida de *ultima ratio*, pero a pesar de ello, menciona que:

*“(…) tal como ya lo señalara la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la CIDH hace más de una década, la principal medida con la que países de tránsito y destino, entre los cuales se encuentran países con altos niveles de desarrollo, buscan desalentar la migración irregular es a través de la detención migratoria, la cual representa una forma de criminalización de la migración”.*⁸³

Estados Unidos es ejemplo de un país de alto nivel, ante el cual la CIDH manifestó su preocupación en 2011 debido a la aplicación recurrente de la detención migratoria. Indica que en muchos casos, a pesar de lo establecido en la normativa internacional sobre el derecho a la libertad personal, en la mayoría de los casos se aplica como regla y no como excepción.⁸⁴

El derecho a la libertad personal está regulado de manera general en el artículo I de la Declaración Americana y, de manera específica, en el artículo XXV, el cual se refiere al derecho de protección contra la detención arbitraria:

“Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona.

Artículo I.

Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Derecho de protección contra la detención arbitraria.

⁸³ Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Observaciones a la Opinión consultiva: Niños, niñas y adolescentes migrantes”, párr. 97.

⁸⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe Sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso” (2011): párrafos 101-105, <http://cidh.org/countryrep/USImmigration.esp/Cap.IV.a.htm>, consultado el 18 de agosto de 2015.

Artículo XXV.

Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes (...)”.

La CIDH agrega que el derecho a la libertad física, garantizado por el artículo I de esta declaración, tal y como se ha mencionado, se aplica sin distinción a todo individuo bajo la autoridad y control del Estado. Lo anterior de acuerdo al artículo II del mismo documento en que se establece el derecho de igualdad ante la Ley⁸⁵:

“Derecho de igualdad ante la Ley

Artículo II.

Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”.

Posteriormente, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, se regula la libertad de forma general en el artículo 3 y específicamente en cuanto a la protección frente a detenciones arbitrarias en su artículo 9, los que se citan a continuación:

“Artículo 3.

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo 9.

Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”.

⁸⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 51/01, Caso 9903, *Rafael Ferrer-Mazorra y Otros vs. Estados Unidos de América*, (2001): párrafos 209-210, <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/EEUU9903c.htm>, consultado el 16 de agosto de 2015.

De igual manera el derecho a la libertad personal se encuentra previsto en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual indica:

“Artículo 9.

*1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”.*⁸⁶

La CADH ampara este mismo derecho de manera más amplia en el artículo 7, el cual establece no solo el derecho a libertad personal, sino a las garantías del debido proceso explicadas anteriormente:

“Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal.

- 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.*
- 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.*
- 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios (...).”*

Todos estos documentos de carácter internacional, incorporados en la legislación costarricense de manera constitucional, coinciden en que la libertad personal es un derecho fundamental que solo puede ser restringido en los casos y según las formas establecidas por las Constituciones y leyes preexistentes. Además se establece una serie de garantías procesales, que ante la posibilidad de una privación de libertad, deben ser respetadas y constituyen un límite a la detención arbitraria.

⁸⁶ COPREDEH, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Versión Comentada (2011): 20, www.corteidh.or.cr/tablas/28145.pdf, consultado el 17 de agosto de 2015.

Debe ser entendido de manera ineludible que el derecho a la libertad personal es un derecho fundamental, el cual le pertenece a los individuos por la condición de ser humano, independientemente de su estatus migratorio regular o irregular.⁸⁷ Por ello, a pesar de que el Estado se encuentra en el derecho de plantear su política migratoria, debe someterse bajo las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, evitando prácticas violatorias y promoviendo otras que los garanticen.⁸⁸

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos agrega en este sentido:

*“La Comisión es consciente, tal como lo expresara en el pasado, de que en el diseño de cualquier política de inmigración, los Estados están forzados a reconciliar dos principios fundamentales pero contrapuestos: por un lado, su derecho a regular la entrada de personas a su territorio de acuerdo a sus necesidades, en otras palabras, de ejercer su soberanía; y por otro, respetar la dignidad intrínseca y el derecho de millones de seres humanos que migran de sus países en busca de mejores condiciones de vida para ellos y sus familiares. La condición migratoria de una persona jamás puede servir para que se le excluya de las protecciones básicas que les otorga el derecho internacional de los derechos humanos”.*⁸⁹

⁸⁷ En el mismo sentido ver International Detention Coalition, “Existen Alternativas: Manual para la prevención de la detención innecesaria de migrantes”, 22: *“La Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho a la libertad y a la protección contra la detención arbitraria. Ya que esta interfiere con dichos derechos, cualquier uso de la detención migratoria debe cumplir con las normas que se han establecido en el derecho internacional, incluyendo, entre otras, que se aplique legalmente; que sea razonable y necesaria para el caso individual; que sea proporcional a las razones de la detención; y que se aplique sin discriminación”.*

⁸⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso” (2011): párr. 97, <http://cidh.org/countryrep/USImmigration.esp/Cap.IV.a.htm>, consultado el 18 de agosto de 2015.

⁸⁹ Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Observaciones a la Opinión consultiva: Niños, niñas y adolescentes migrantes”, párr. 9.

La detención abarca cualquier forma de privación de libertad, incluyendo aquella acordada en razón de una infracción a la ley, impuesta por una autoridad administrativa, y haciéndose efectiva en instituciones tales como los centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados.⁹⁰ Dicha figura administrativa, al afectar de manera directa la disposición que la persona migrante tiene sobre su libertad personal, se trata de una detención, la cual se encuentra amparada bajo la regulación internacional de los derechos humanos.

En el caso *Rafael Ferrer-Mazorra y otros vs Estados Unidos*⁹¹, la CIDH fue enfática al indicar que el derecho a la libertad no es absoluto, se permite su limitación por parte de los Estados en el ejercicio de su autoridad, como en los casos en que se detenga a un individuo con el fin de controlar la entrada y salida de extranjeros de su territorio. A pesar de ello, cualquier privación de libertad, incluso de carácter administrativo para definir su condición migratoria, debe ir acorde a las garantías establecidas por el artículo XXV de la Declaración Americana, explicadas anteriormente. Cualquier circunstancia de detención, incluso las establecidas por ley y los mecanismos para determinar su legalidad, debe estar de acuerdo con los artículos I y XXV de dicha declaración. Una legislación que contravenga esta protección, en la cual no prive el derecho a la libertad personal, representa una presunción de detención y no una presunción de libertad⁹².

⁹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>, consultado el 18 de agosto de 2015.

⁹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Rafael Ferrer-Mazorra y otros vs. Estados Unidos*, Informe N° 51/01, Caso 9903 (2011): párr. 209-219, <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/EEUU9903c.htm>, consultado el 19 de agosto de 2015.

⁹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Rafael Ferrer-Mazorra y otros vs. Estados Unidos*, Informe N° 51/01, Caso 9903, párr. 219: *“La Comisión considera que la legislación interna en base a la cual se detuvo a los peticionarios, conforme se ha descrito antes, es en esencia la antítesis de las protecciones prescritas en los artículos I y XXV de la Declaración pues no reconoce ningún derecho a la libertad de parte de los peticionarios pese a su presencia física dentro del territorio del Estado. En efecto, prescribe una*

A pesar de no estar suscrita por Costa Rica, a modo de referencia, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares vela también por la protección de las personas en condición migratoria irregular ante la detención migratoria arbitraria. El artículo 16 de esta convención establece en su primer inciso que *“los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la libertad y la seguridad personales”*. En concordancia con los anteriores documentos citados, el tercer apartado de esta convención indica una serie de derechos fundamentales que le son correspondientes a cualquier trabajador migratorio independientemente de su estatus regular o irregular, por su sola condición de persona individual.⁹³

Bajo este panorama, se concluye que la libertad solo puede ser restringida en virtud de una ley previa y a causa de infracciones penales en una serie de supuestos. Sin embargo, la práctica de las detenciones en materia migratoria es una problemática latente también en Costa Rica, por lo que se debe considerar:

“El internamiento por motivos de irregularidad migratoria, no vinculado a la comisión de ilícitos penales, si bien tiene un cierto marco legitimador en determinadas previsiones de textos internacionales en materia de derechos humanos, está en situación de crisis. Su priorización como medida cautelar en materia migratoria, la excesiva y desproporcionada utilización por algunos países, los altos costos humanitarios y el bajo estándar en la protección de los derechos humanos que supone su uso expansivo y ritualizado, desconectado de las circunstancias concretas del caso, y la ineficacia en el cumplimiento de los fines

presunción de detención y no una presunción de libertad y es, por tanto, incompatible con el objetivo y el propósito de los artículos I y XXV de la Declaración, a saber, garantizar la libertad del individuo, salvo en circunstancias excepcionales justificadas por el Estado como legales y no arbitrarias. En consecuencia, la Comisión considera que el tratamiento de los peticionarios al amparo de la legislación interna es per se incongruente con su derecho a la libertad consagrado en el artículo I de la Declaración y con su derecho a no ser privados arbitrariamente de la libertad, consagrado en el artículo XXV de la Declaración”.

⁹³ Naciones Unidas, *Convención internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares*, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CMW.aspx>, consultado el 19 de agosto de 2015.

*que le deberían ser propios para ser una medida necesaria en una sociedad democrática han menoscabado sus bases legitimadoras hasta convertirla en una medida sospechosamente sancionatoria*⁹⁴.

Como se expone, de acuerdo al Derecho internacional de los derechos humanos, la aplicación de la detención migratoria es el último recurso, respetando los principios garantistas de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. Se deben valorar primero medidas menos invasivas y coercitivas y que se emplee la privación de libertad solo en el caso en que estas sean insuficientes para la protección del objetivo legítimo perseguido por el Estado (seguridad nacional u orden público).⁹⁵

Lo anterior se refuerza con la aplicación del principio *pro homine*, contemplado en el artículo 29 de la CADH, el cual implica no extender más allá de lo permitido el campo de las restricciones ni de las suspensiones de derechos fundamentales. Es decir, debe acudirse a la norma más amplia o interpretación extensiva en pro de la persona cuando se trata de garantizar sus derechos y la interpretación más restrictiva cuando se trata de imponer límites.

Ante este escenario, es importante velar por la no criminalización de las personas en condición migratoria irregular. La infracción a una norma administrativa, como no contar con los documentos migratorios correspondientes, no se puede equiparar con la comisión de un delito penal. Por ello, la respuesta del Estado ante esta situación no puede ser, en primer lugar, la aplicación de una medida privativa de libertad.

⁹⁴ José Miguel Sánchez Tomás, “El mínimo sufrimiento necesario: Alternativas al internamiento de inmigrantes irregulares”, Fundación Ciudadanía y Valores (2012): 17, http://www.funciva.org/uploads/ficheros_documentos/1348050975_minimo_sufrimiento_necesario.pdf, consultado el 17 de marzo de 2015.

⁹⁵ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Mesa Redonda Global sobre alternativas a la detención de solicitantes de asilo, refugiados, migrantes y apátridas, Resumen de Conclusiones, Ginebra (2011): párr. 3.

B. El derecho a la libertad personal en la normativa costarricense

El derecho a la libertad y la prohibición contra la detención arbitraria se contemplan en la Constitución Política de Costa Rica, en los artículos 37 y 39, al establecer:

“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.

“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”.

A pesar de que estos artículos señalan que la libertad solo puede ser restringida en virtud de una ley previa y a causa de infracciones penales en una serie de supuestos, tal y como se expondrá más adelante, la práctica de la detención migratoria es una realidad en el país.

Dicha figura es ejecutada a través de las limitaciones impuestas a los extranjeros en la aplicación de políticas migratorias, que si bien corresponden al ejercicio de la soberanía del Estado, tal como se explica a continuación, deben emplearse bajo el respeto de la libertad y demás derechos fundamentales.

El derecho a la libertad, reconocido por la Constitución, protege a la persona frente al Estado, el cual es el encargado de decidir si se cumplen los

supuestos legales para la aplicación de la detención. A partir de la lectura de los artículos 37 y 39 antes citados, se deduce que dicha función corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales.

La detención a nivel constitucional tiene dos momentos⁹⁶. El primero se refiere a la privación de libertad en la cual no interviene autoridad judicial, por lo que debe ser estrictamente provisional, en espera de la intervención de dicha autoridad. Lo anterior en virtud de la posibilidad de la detención temporal por parte de autoridades administrativas, principalmente las de policía.

Un segundo momento sería la detención como medida cautelar, decretada por la autoridad judicial y la pena de prisión por sentencia firme en su contra. La validez de la detención está condicionada a dos supuestos: debe fundarse en la existencia de indicio comprobado⁹⁷ de la comisión de un delito y debe imponerse por disposición escrita de una autoridad judicial o autoridad administrativa encargada del orden público.

En la normativa costarricense, la condición migratoria irregular no se tipifica como delito, por lo cual no resulta adecuado considerar a personas en esta situación como delincuentes. Por ello, existen cuestionamientos entorno a la figura de la detención administrativa en materia migratoria:

“Al igual que en la mayoría de los países centroamericanos, en el Derecho Penal costarricense la máxima pena impuesta al autor o partícipe de un hecho punible se manifiesta con la prisión o encarcelamiento. La controversia se genera cuando el tema se traslada al ámbito administrativo, donde en el caso

⁹⁶ Rubén Hernández Valle, *Constitución Política de la República de Costa Rica*, Comentada y anotada, (2011): 131.

⁹⁷ Hernández Valle, 132: *“La determinación de in indicio implica el desarrollo de una actividad de investigación mínima que permita verificarlo (...) la norma en examen no autoriza los arrestos genéricos o indiscriminados, sino aquellos claramente definidos y previa comprobación del indicio de la comisión de un ilícito”*.

*costarricense, se da una incongruencia entre la práctica y la legislación, puesto que la normativa migratoria abre las puertas a la detención de las personas extranjeras”.*⁹⁸

En la normativa actual, la privación de libertad en materia migratoria, al igual que la detención regulada a nivel constitucional, se puede distinguir en dos momentos: la aprehensión cautelar y la detención administrativa propiamente dicha.⁹⁹

Primeramente, la Ley General de Migración y Extranjería vigente, N° 8764, contempla la aprehensión cautelar en artículo 31, inciso 5, punto a:

“Artículo 31.

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 esta establezca. Las normas relativas a los derechos fundamentales de las personas extranjeras se interpretarán conforme a los convenios en materia de derechos humanos y a los tratados y acuerdos internacionales ratificados que se encuentren vigentes y, específicamente, por lo siguiente (...)

5) Las personas extranjeras únicamente podrán ser detenidas según lo dispuesto por la Constitución Política, las leyes y las disposiciones contempladas en la presente Ley. Para la aplicación de la legislación migratoria, este derecho podrá ser limitado bajo los siguientes supuestos y condiciones de carácter excepcional, siempre y cuando no exista otra medida menos gravosa:

⁹⁸ Universidad Nacional Autónoma de Honduras, Instituto de Investigación Jurídica, “Análisis Crítico de la Política Migratoria de Costa Rica. Propuesta para la Implementación de Medidas Legales Distintas a la Aprehensión Cautelar y a la Detención Administrativa que Efectivamente Resguarden los Derechos Humanos de las Personas Migrantes” (2014):2, <https://investigacionjuridica.unah.edu.hn/assets/Uploads/Analisis-Critico-de-las-Politicas-Migratorias-de-Costa-Rica1.pdf>, consultado el 23 de agosto de 2015.

⁹⁹ Universidad Nacional Autónoma de Honduras, 2.

a) Aprehensión cautelar por un máximo de veinticuatro horas, para efectos de verificar su condición migratoria. Este plazo podrá ser ampliado en situaciones especiales y bajo resolución justificada y emitida por el director general. Confirmada la infracción migratoria y al descartarse otra medida menos gravosa, la Dirección General deberá dictar el procedimiento de deportación”.

Si bien se ampliará más adelante el estudio de este artículo a partir de su evolución legislativa, se puede indicar en este momento que la aprehensión cautelar es una medida preventiva, impuesta a la persona extranjera, estando dentro del país o al ingresar a él, en el primer encuentro con la autoridad migratoria o, posteriormente, cuando no se logre acreditar su permanencia legal en el territorio nacional. El plazo de esta limitación, en consonancia con el artículo 37 constitucional, no podrá ser mayor de 24 horas, pudiéndose ampliar solo en casos calificados.

Seguidamente, la detención administrativa propiamente dicha, se regula en el artículo 31, inciso 5, punto b, de la ley citada con anterioridad, el cual señala:

“b) Una vez resuelta la identificación de la persona extranjera, por parte del consulado de su país de origen, la detención administrativa no podrá exceder el plazo máximo de treinta días naturales y en dicho término deberá ejecutarse la deportación dictada. Este plazo podrá ser ampliado en situaciones especiales y justificadas por parte de la Dirección General”.

A partir de ello, la detención administrativa se computa como una medida aplicable a aquella persona en situación migratoria irregular que no tiene opciones para documentarse o regularizarse. Ante este supuesto se le detiene, pero debe iniciarse de inmediato la tramitación del procedimiento administrativo correspondiente. El plazo máximo de esta medida es de 30 días naturales, pudiendo ampliarse en situaciones calificadas por el Director General de Migración y Extranjería. Es importante identificar a la autoridad que lleva a cabo estas

medidas, la aprehensión cautelar es realizada por la Policía Profesional Migratoria, y la detención administrativa, por la Dirección General de Migración y Extranjería.¹⁰⁰

A modo de referencia, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria ha expresado que la detención administrativa no es en sí misma arbitraria, tomando en cuenta aquellos casos en que su aplicación se hace necesaria para las autoridades competentes, en el ejercicio de sus funciones, al efectuar evaluaciones y controles de identidad de las personas migrantes que intentan ingresar de manera irregular.

En este caso se puede justificar la privación de libertad temporal de los extranjeros en situación irregular, sobre todo si no están dispuestos a colaborar y existe probabilidad de que huyan. A pesar de ello, cualquier limitación a la libertad debe ser proporcional con los objetivos perseguidos y tener un balance justo entre los intereses contrapuestos: el interés por parte del Estado en aplicar su política migratoria y el derecho a la libertad de las personas migrantes en situación irregular.¹⁰¹

En un Estado de derecho, a la luz del artículo 37 de la Carta Magna, la detención figura como una excepción a la libertad; libertad definida por dos aristas: primeramente, la libertad figura como la regla y el encierro la excepción y, en segundo lugar, el principio de inocencia, como efecto y consecuencia del derecho

¹⁰⁰ Universidad Nacional Autónoma de Honduras, 2.

¹⁰¹ Informe del grupo de trabajo sobre la detención arbitraria, Visita a Australia, E/CN.4/2003/8/Add.2 (2002) párr.2: “(...) to detain unlawful non-citizens is not, in itself, arbitrary. In case of illegal entry the need for the immigration authorities for identity checks and the initial immigration screening may justify temporary detention of unlawful non-citizens, particularly if they are unwilling to cooperate with the authorities and if they are likely to abscond. But any deprivation of liberty must be proportionate to the aims pursued and a fair balance shall be struck between the conflicting interests: the interest of the State to implement its immigration policy and to protect the community against illegal immigration, on the one hand, and the fundamental right to liberty of the unlawful entrants, on the other hand.” <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/5ee11fdfb969b997c1256cc20059bca5?Opendocument>, consultado el 22 de agosto de 2015.

fundamental a la libertad.¹⁰² Por esto, se considera que en materia migratoria los Estados también tienen la obligación de establecer una presunción contra la detención y/o a favor de la libertad.

La Sala Constitucional ha señalado:

*“En el caso del recurrente, el mismo día de su detención a las 17:47 horas del año en curso fue puesto a la orden de la Dirección General de Migración y Extranjería, que dispuso su deportación por resolución dictada dos días después. En consecuencia a la fecha la detención del amparado no es ilegítima, sino que tiene por objeto asegurar la resolución administrativa dictada por la Dirección General de Migración y Extranjería, sin embargo, visto que el amparado tiene ya quince días de estar detenido la Dirección debe proceder a ejecutar la deportación en un plazo razonable, pues de lo contrario puede incurrir en infracción de los derechos fundamentales del amparado”.*¹⁰³

En la misma línea:

*“Señala la Sala que el Estado, en ejercicio de su soberanía, está facultado para regular el ingreso y la permanencia de los extranjeros en el país, disponiendo los casos en los cuales procede su deportación o expulsión -según corresponda- pues en todo momento aquéllos deben someterse a lo que en materia migratoria prescriba la Ley. Claro está que tales medidas deben obedecer a criterios objetivos plasmados en la ley, de conformidad con el principio de legalidad, **y en su aplicación deben respetarse los derechos fundamentales de los no nacionales.** En el caso concreto, consta que **la aprehensión de la amparada se realizó para verificar su situación migratoria, y dar inicio al trámite correspondiente, lo cual no es contrario a sus derechos fundamentales, toda***

¹⁰² Hernández Valle, 133.

¹⁰³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 5885 de las catorce horas con treinta y siete minutos del dieciocho de mayo del dos mil cinco.

vez que las autoridades de migración pueden restringir la libertad de las personas en esa situación, durante el tiempo racionalmente indispensable para hacer efectiva su expulsión o deportación, o comprobar su estatus migratorio".¹⁰⁴

En un Estado respetuoso de la normativa internacional de los derechos humanos, estos les serán aplicables a todos por igual, sin excepciones por razones de nacionalidad, tal y como lo establecen los artículos 19 y 33 de la Constitución Política:

“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 (...)

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

En concordancia con los diferentes instrumentos internacionales antes expuestos, estos artículos procuran, a nivel nacional, la protección de la dignidad y derechos individuales y sociales de las personas, sin discriminación por su condición de extranjeros.

A pesar de lo anterior, es necesario resaltar que el artículo 19 citado permite la aplicación de excepciones y limitaciones a dicho principio. La detención migratoria, por tanto, debe entenderse como una de esas restricciones contempladas en el artículo 19 de la Constitución. Sin embargo, dichas limitaciones deberán ampararse en normas de rango legal o constitucional y fundarse en parámetros de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

¹⁰⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 882 de las quince horas y cuarenta minutos del veinticinco de enero del dos mil once.

En este sentido, la Sala Constitucional ha indicado que:

*“(...) en lo que al conjunto de derechos fundamentales se refiere, **sólo serían válidas las diferencias entre los nacionales quienes no lo sean, si éstas tienen rango constitucional y legal, y en este último caso, siempre en la medida en que la diferenciación se ajuste plenamente a los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad que orientan la función legislativa, y por supuesto en tanto o sea contraria a la dignidad humana.** Esta Sala, en desarrollo del contenido de la norma en análisis ha eliminado por inconstitucionales, una serie de restricciones al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, cuyo único fundamento lo fue el criterio de la nacionalidad, el cual se ha desechado reiteradamente como motivo validante de diferenciaciones entre unos y otros”.*¹⁰⁵

Asimismo, esta cámara agrega:

*“(...) lo que establece el principio de igualdad, es la obligación de igualar a todas las personas afectadas por una medida, dentro de la 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**”.*¹⁰⁶

¹⁰⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 2570 de las quince horas treinta y nueve minutos del trece de mayo de mil novecientos noventa y siete.

¹⁰⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 54 de las catorce horas y cuarenta y cinco minutos del nueve de enero del dos mil ocho.

En cuanto al respeto de los derechos humanos en la aplicación de políticas migratorias, la Sala Constitucional expresa:

*“(…) 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 Derecho de la Constitución, atendiendo principalmente a la dignidad del ser humano y a los derechos fundamentales**”.*¹⁰⁷

Cabe destacar que el énfasis en la protección del derecho a la libertad no es una consideración aislada, el resguardo del mismo previene la afectación de otros derechos humanos:

*“El uso automático, obligatorio o punitivo de la detención de migrantes no sólo viola el derecho de los migrantes a la libertad personal, sino que también afecta otros de sus derechos humanos. La excepcionalidad de la detención administrativa de migrantes también se aplica a los solicitantes de asilo, refugiados, apátridas y otras personas necesitadas de protección internacional”.*¹⁰⁸

En razón de lo anterior, se considera que el uso generalizado de la detención como medida cautelar está en crisis. Con la finalidad de disminuir esta tendencia, tal y como lo ha indicado la Sala Constitucional, es necesario que la

¹⁰⁷ Sala Constitucional de la corte suprema de Justicia, Resolución N° 10734 de las dieciocho horas del veintiséis de junio del año dos mil ocho.

¹⁰⁸ Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH), Declaración conjunta de Expertos de la Naciones Unidas, el Relator sobre los Derechos de los Migrantes de la CIDH y la Relatora Especial sobre los Refugiados, los Solicitantes de Asilo, los Desplazados Internos y los Migrantes de la CADHP, “Los migrantes merecen pleno reconocimiento como sujetos de derecho”, <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12897&LangID=S>, consultado el 17 de marzo de 2015.

legislación migratoria sea coherente con los estándares internacionales de derechos.

CAPÍTULO SEGUNDO: Análisis crítico de la evolución de la figura de la detención administrativa en el Derecho migratorio costarricense

Sección I: Ley General de Migración y Extranjería, N° 7033

A. Cuestionamientos a la Ley N°7033

La Ley General de Migración y Extranjería, N° 7033, fue el primer documento legislativo que contempló la figura de la detención administrativa en materia migratoria. Este cuerpo normativo, con su correspondiente reglamento, N° 19010-G, estuvo vigente desde el cuatro de agosto de 1986, hasta el doce de agosto de 2006, cuando fue derogado por la Ley N° 8487.

Dicha figura se encontraba regulada en los artículos 13, inciso 6; y 130:

“Artículo 13.

Para velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones de esta ley, de su reglamento y de las resoluciones que las autoridades de Migración dicten dentro de su competencia, los miembros de la Policía Especial de Migración, debidamente identificados, deberán practicar los siguientes controles migratorios, para lo cual son hábiles las veinticuatro horas del día:

(...)6) Interrogar y recibir declaración a los presuntos infractores de esta ley y detenerlos en cuanto fuere procedente por el tiempo estrictamente necesario.

Artículo 130.

Cuando por sus antecedentes personales pueda presumirse que el extranjero intentará eludir la orden de expulsión, el Ministro de Gobernación y Policía solicitará a la autoridad de Policía administrativa que proceda a la detención del extranjero, la que durará el tiempo estrictamente indispensable para hacer efectiva la orden de expulsión”.

A continuación se evidencian ciertas contradicciones que se presentan entre los artículos mencionados y algunas normas constitucionales.

Primeramente, esta ley legitimaba a la Policía Especial de Migración para detener a las personas que se presumían infractoras de la ley citada. Esta disposición se contemplaba como una medida para vigilar de manera efectiva el cumplimiento de la ley, el reglamento y las resoluciones de las autoridades migratorias, situación que como se expondrá, se mantiene hasta hoy.

Una de las primeras discusiones, posteriormente fundamentada por la Sala Constitucional, es el hecho de que fuera una autoridad administrativa y no judicial, la que dispusiera de la aplicación de la detención. Esta medida se dictaba con el fin de velar por el cumplimiento de la normativa migratoria por parte de un presunto infractor, que debiera ser deportado o expulsado. En este caso, se obviaba la disposición constitucional que circunscribe la privación de libertad a los casos en que exista indicio comprobado de la comisión de un delito y que asimismo conlleva la necesidad de una investigación mínima que permita verificar su existencia.

En este sentido, mencionó la Sala:

“(...) la detención migratoria sólo es la que se realiza para asegurar una orden de deportación o expulsión, y en ningún otro supuesto, que son las posibilidades que se contemplan en los artículos 113 y 130 de la Ley General de Migración. La detención con fines de investigación a que se refiere el artículo 13 de la citada ley, dependiendo de la infracción que se investiga, o pasa a ser detención de la policía administrativa de migración actuando en funciones de policía judicial, o por otro lado debe ser entendida como medio de iniciar un procedimiento de deportación o expulsión de extranjeros. No se entiende ni se concibe ningún otro sentido de

*detener a alguien para investigarlo que no sea el de conocer la legalidad de su condición migratoria”.*¹⁰⁹

En el fragmento anterior se exponen dos situaciones distintas con relación a la detención administrativa en sentido amplio. Inicialmente, de acuerdo al artículo 13, se realiza un primer abordaje con fines investigativos, o como se explicará más adelante, una aprehensión, con el propósito de verificar la condición migratoria de la persona extranjera. Posterior a esta etapa, luego de dicha investigación y decretada una orden de expulsión, se procede a detener al extranjero con el único objetivo de garantizar la ejecución de dicha orden, cuando se presume por sus antecedentes personales que eludirá este procedimiento. Esta distinción, si bien no es clara, se llega a materializar en las posteriores reformas a la ley migratoria.

Por lo anterior, es importante señalar que la detención es “migratoria” en razón de su finalidad y no del órgano y autoridad que la ejecuta. No basta que la privación de libertad haya sido realizada por la Policía de Migración, sino que debe haberse llevado a cabo por motivo del procedimiento de deportación o expulsión de un extranjero.

Además, cabe resaltar el hecho de que la detención migratoria no es una sanción, sino que es una medida provisional para el cumplimiento efectivo de las órdenes de deportación o expulsión. En este sentido, solo sería aplicable a extranjeros y ejecutada por la Policía Migratoria, que mantiene a la persona “a su orden”.

¹⁰⁹ Gustavo Rivera Sibaja, *La Detención en Materia Migratoria*, Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho (Universidad de Costa Rica, 1993):p. 36. En este sentido cabe agregar un extracto más del autor para ampliar dicha apreciación con lo siguiente: “*La detención migratoria es en sede administrativa, porque el detenido queda “a la orden” de la autoridad de migración, que en es administrativa, al punto que puede ordenar o no la libertad del detenido (...) se realiza en sede administrativa no porque el detenido sea privado de su libertad por la policía administrativa, sino porque queda a la orden de una autoridad administrativa*”. p. 38.

Otro de los conflictos por resaltar es el hecho de que como disposición específica ante la posible privación de libertad, solo se indicaba que los miembros de la policía debían estar debidamente identificados, pudiendo actuar las 24 horas del día. Esta antigua ley no previó la necesidad de mandato o documento escrito por parte de un juez o una autoridad de orden público, que justificara de manera clara por qué se estaría limitando la libertad personal del sujeto a quien se fuera a detener.

Además, ninguno de los artículos de la ley establecía un plazo máximo de aprehensión ni de detención, autorizándola por el “tiempo estrictamente necesario o indispensable”. Esto dejaba abierta la posibilidad a privaciones de libertad desproporcionadas y contradictorias con la disposición constitucional, que impone un plazo máximo de detención de 24 horas. Tampoco se indicaba la necesidad de la intervención posterior de una autoridad judicial.

En la misma línea, al señalar que el plazo se prolongaría el tiempo que resultara necesario, se omitía el requerimiento de una resolución administrativa motivada, que determinara las razones por las cuales debía extenderse el plazo, de acuerdo al caso concreto.

Otro elemento que comprometía la regulación de la detención migratoria es la falta de garantías procesales a favor del extranjero. El artículo 39 de la Constitución Política contempla el ejercicio de la defensa del afectado en caso de sanción, supuesto que no se previó en la antigua Ley N° 7033.

La ley tampoco acordaba una separación de personas por categorías ni condición de vulnerabilidad en los centros de aprehensión para extranjeros (por ejemplo, sexo, edad, antecedentes penales, motivos de detención, entre otros). En este sentido, es importante mencionar que durante la vigencia de la Ley N° 7033, el país no contaba con un centro especializado en la atención de personas extranjeras a la espera de la ejecución de una orden de deportación o expulsión.

En esta línea se cita el criterio de la Sala Constitucional con relación a dicha necesidad:

*“El ministro de Gobernación contesta que existe un plan de liberación de internos detenidos a la orden de Migración y que entre los casos estudiados se encuentra el de la señora Juric quien fue detenida para su deportación **pero que ella no tiene a dónde ir ya que sus familiares y algunas instituciones consultadas se niegan a recibirla. Agrega que en esas condiciones la liberación de la detenida ocasionaría un perjuicio mayor tanto a ella misma como a la sociedad pues es una persona incapaz de valerse por sí misma convirtiéndose en una carga para el Estado (...)** La detención de la señora Juric Pavicic no obedece a condena ni a causa penal en su contra, sino a que se ha decretado una orden de deportación y para asegurar que se ejecute la Dirección General de Migración y Extranjería ha ordenado su detención con lo que se violan los artículos 39 y 40 de la Constitución Política. El 39 por cuanto no hay causa penal que justifique la detención ni se ha seguido el debido proceso. El artículo 40 ya que el internar a una persona para su deportación en un centro penal junto con delincuentes de todo tipo constituye un tratamiento cruel y degradante que se convierte en una pena sin delito en contra de la señora Juric. Si bien la Sala comprende la buena intención del ministro y que **lamentablemente no hay en nuestro país instituciones que se encarguen de la atención de personas con problemas similares a los de la señora Juric aun cuando se sabe que a la misma se le ha tenido recluida en el Buen Pastor en condiciones más que de detenida, de protegida, tal detención no se justifica, pues tratándose de derechos fundamentales los mismos no pueden ser violados bajo ningún pretexto. No es procedente privar de su libertad a una persona por más de un año alegando que se hace por su propio bienestar”.**¹¹⁰*

¹¹⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 1052 de las dieciséis horas quince minutos del treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa.

Esta situación, además de afectar severamente la libertad personal de la recurrida, resulta contraria al artículo 8, inciso b, de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos¹¹¹, donde se establece que debe existir una separación de personas por categorías:

“8. Los reclusos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en diferentes establecimientos o en diferentes secciones dentro de los establecimientos, según su sexo y edad, sus antecedentes, los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles. Es decir que: b) Los detenidos en prisión preventiva deberán ser separados de los que están cumpliendo condena; c) Las personas presas por deudas y los demás condenados a alguna forma de prisión por razones civiles deberán ser separadas de los detenidos por infracción penal; d) Los detenidos jóvenes deberán ser separados de los adultos”.

Al tratarse de una infracción administrativa, con mayor razón debía separarse a la recurrida del resto de personas que se encontraban cumpliendo una condena por delito y preferiblemente en un establecimiento administrativo, no así en un centro penitenciario.

En la misma línea, CODEHUCA manifestó:

“Antes de abrir el CATECI en Agosto de 2006¹¹², las personas migrantes eran detenidas en la “Quinta Comisaría”, ubicada en San José. De acuerdo al reporte realizado por CODEHUCA¹¹³ en 2002: “El centro de detención se localiza en el local de “Quinta Comisaría” en San José. Tiene una capacidad de 80 personas,

¹¹¹ Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

¹¹² Mes en que entró en vigencia la segunda Ley General de Migración y Extranjería, N° 8487, sucesora de la ley en estudio, N° 7033.

¹¹³ Comisión para la Defensa de los Derechos Humanos en Centroamérica (CODEHUCA).

según el jefe de la policía de inmigración, Allen Calderón. Ocasionalmente, las personas detenidas tienen que dormir en el suelo. El centro no tiene condiciones higiénicas adecuadas; las duchas no tienen puertas y hay solo dos servicios. El área de recreación es muy pequeña, no hay lugar para comer y no hay luz directa. El interior del centro huele terriblemente. Las familias o los amigos de las personas detenidas deben proporcionar los productos higiénicos personales necesarios. No hay teléfono en el centro y a los inmigrantes no les permiten usar el teléfono en la oficina para llamar a sus familias o amigos. El Ministerio de Salud ha visitado el centro pocas veces, porque fue informado de las malas condiciones higiénicas del centro (...) La Oficina de Derechos Humanos de la Defensoría de los Habitantes notó que ocasionalmente, menores de edad son detenidos en la Quinta Comisaria, siendo ello una violación severa a la Convención de Derechos del Niño y a la ley costarricense”.¹¹⁴ (Traducción propia).

En este caso, además de constatarse la falta de un centro destinado específicamente al “alojamiento” de personas extranjeras a la espera de la ejecución de una sanción administrativa en su contra (deportación o expulsión), se vislumbran una serie de violaciones graves a los derechos humanos, ya que no contaban tan siquiera con las condiciones mínimas de salud, higiene y alimentación adecuada, necesarias para una estadía digna.

¹¹⁴ Global Detention Project, “Costa Rica Detention Brief”, <http://www.globaldetentionproject.org/countries/americas/costa-rica/introduction.html>, consultado el 29 de Agosto de 2014: “Before opening the CATECI in August 2006 migrants were detained in 5th police station in San José (known as the “Quinta Comisaría”). According to the 2002 Codehuca report: “The detention centre is located in the premises of the ‘Quinta Comisaría’ in San José. It has a capacity of 80 persons, according to the Chief of the Immigration Police, Allen Calderón. Occasionally, the detained persons have to sleep on the floor. The centre does not have adequate hygienic conditions; the showers do not have doors and there are only two lavatories. The recreation area is very small, there is no place to eat and there is no direct light. The interior of the centre smells awfully. Families or friends of the detained persons should provide the necessary personal hygienic products. There is no public phone in the centre and the immigrants are not allowed to use the phone in the office to call their families or friends. Staff of the Ministry of Health has visited the detention centre few times, because it was informed of the bad hygienic conditions of the centre. The Ministry of Health was supposed to write a report of recommendations, however, the guards are still waiting for this report, which has not arrived yet. The Ombudsman Human Rights Office noted that occasionally underaged immigrants are detained in the ‘Quinta Comisaría,’ which is a severe violation of the Convention of Child Rights and Costa Rican law.”

Esta situación se reflejaba igualmente en el Reglamento N° 19010-G, el cual contemplaba en su artículo 7 la ejecución de medidas para el cumplimiento de la deportación, haciendo referencia al artículo 13 de la Ley N°7033 y omitiendo la mención expresa de la detención:

“De la Policía Especial de Migración.

*Artículo 7. La Policía Especial de Migración, además de las funciones que establece el artículo 13 de la ley, tendrá a su cargo controlar que el extranjero respete la visa o cédula de residencia realizando únicamente las actividades a que estas lo autorizan así como efectuar los trámites de deportación de extranjeros, y las diligencias necesarias para su ejecución”.*¹¹⁵

Como se puede observar, esta primera ley y su correspondiente reglamento trataban de forma somera la figura en estudio, presentando un claro antagonismo con el principio de legalidad antes expuesto. Por tanto, con anterioridad no existía una definición concreta de la detención administrativa y no había una regulación clara acerca de los parámetros que debían regir en su ejecución, tanto para la autoridad administrativa encargada como para el ejercicio de la defensa por parte de la persona afectada.

Finalmente, no se contemplaban medidas alternativas al confinamiento, estableciéndose únicamente la privación de libertad como medio para garantizar la ejecución de sanciones como la deportación y la expulsión.

¹¹⁵ Reglamento a la Ley General de Migración y Extranjería N° 7033, Decreto N 19010-G, www.asamblea.go.cr/Centro_de.../Decreto%20Ejec%2019010.pdf, consultado el 29 de agosto de 2015.

A pesar de las situaciones expuestas, cabe recordar que la legalidad de la figura en estudio se ha basado en el artículo 19 de la Constitución Política, que permite límites y excepciones al principio de igualdad en el régimen de los extranjeros:

*“La detención en sede administrativa, sin ser referida a la responsabilidad penal y sin plazo fijo puede ser todo lo inconstitucional que se quiera, pero solo con respecto a los nacionales. En cuanto a los extranjeros, y por el hecho de serlo, pueden admitirse excepciones a los principios fundamentales de la Constitución, con respecto a sus derechos, incluso por vía de ley ordinaria, al amparo de un precepto del mismo rango constitucional: el artículo 19”.*¹¹⁶

En el caso de las personas extranjeras, el derecho a la libertad supone una posible limitación, ya lo diría la Comisión Interamericana décadas posteriores, al indicar que el derecho a la libertad no es absoluto, en cuanto a que los Estados puedan detener a un individuo con el fin de controlar la entrada y salida de su territorio.¹¹⁷ En este sentido mencionaba la Sala Constitucional:

*“El punto de partida del Derecho de los Derechos Humanos es el principio de dignidad de la persona, entendido de muy diversas formas, de las cuales cabe destacar aquí la acepción heredada de la tradición judeocristiana de una misma **dignidad intrínseca e incondicional de todas las personas por el solo hecho de serlo.** De esta concepción deriva la importante consecuencia para el caso en cuestión que, **con independencia de las restricciones válidas previstas por el ordenamiento jurídico interno e internacional para el tránsito y permanencia de los extranjeros fuera del territorio del que son nacionales, existe un***

¹¹⁶ Gustavo Rivera Sibaja, 65.

¹¹⁷ Caso Rafael Ferrer-Mazorra y otros vs. Estados Unidos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 51/01, Caso 9903 (2011): párr. 209-219, <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/EEUU9903c.htm>, consultado el 19 de agosto de 2015.

núcleo de derechos fundamentales que atañe a todo ser humano. Y es en esa medida que resulta involucrado, además, **el principio de igualdad, en dos vertientes:** la del reconocimiento para los nacionales y extranjeros de los mismos derechos y libertades, con las **restricciones que establezcan la Constitución, el Derecho Internacional y las leyes (artículo 19 de la Constitución Política)** y la de la prohibición de toda discriminación en razón del origen nacional, considerándola, precisamente, como contraria a la dignidad humana”.¹¹⁸

Además, tampoco se permiten excepciones absolutas a un derecho humano como la libertad, sino en tanto esta sea necesaria, razonable y proporcional con el fin buscado. Por este motivo, se ha intentado en las leyes posteriores un cambio en el enfoque de la política migratoria aplicada hasta ese momento, donde se velara por el respeto y protección efectivo de los derechos humanos de las personas extranjeras sometidas a la detención migratoria. A pesar de ello y como se expondrá más adelante, este avance ha sido limitado en el tanto esta política aún no cuenta con una regulación completa ni adecuada.

B. Criterio jurisprudencial

En la época de vigencia de la Ley N° 7033, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia emitió una serie de votos que daban respuesta a los cuestionamientos señalados anteriormente, en torno a la figura de la detención migratoria.

Primeramente, en cuanto a la autoridad que ejecuta dicha figura, la Sala se refirió a la Ley General de Migración y Extranjería como el punto de partida por el cual se le da la legitimación a una autoridad administrativa, como lo es la Dirección General de Migración y Extranjería. Además, agrega que la Policía Especial de Migración haría efectiva la detención administrativa en el cumplimiento de la ley

¹¹⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 02955 de las once horas con siete minutos del diecinueve de marzo del dos mil cuatro.

migratoria en los procedimientos de deportación y expulsión. Esto a pesar de las contradicciones con la Constitución Política.

En este sentido se refirió la Sala:

“La Dirección General de Migración y Extranjería, por disposición expresa de la ley, puede deportar del país a aquellos extranjeros que se encuentren en una situación de absoluta irregularidad, o sea, a aquellos que no posean un status migratorio concedido por autoridad competente. Tal y como se deduce de los elementos probatorios allegados a los autos, los amparados se encuentran en esa situación, pues ingresaron al país en forma ilegal y no han realizado trámite alguno tendiente a regularizar su situación, de allí que la Sala no puede estimar lesivo a sus derechos fundamentales el que, en ejercicio de sus funciones, las autoridades administrativas de Migración deporten del país a quienes se encuentran en él en forma ilegítima (...) y en vista de que se encontraban indocumentados y no portaban autorización para estar en suelo costarricense, fueron detenidos por las autoridades policiales; detención que en criterio de esta Sala no es ilegítima, sino que se encuentra ajustada a derecho y a las potestades que en ese sentido le otorga la Ley de Migración y Extranjería a la Dirección General de Migración”.¹¹⁹

¹¹⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 11076 de las nueve horas con ocho minutos del quince de diciembre del dos mil.

Seguidamente, en cuanto al plazo de la privación de libertad, la Sala había indicado que la detención en materia migratoria no se encontraba cubierta por el plazo máximo de 24 horas establecido en el artículo 37 de la Constitución Política, constituyéndose en una excepción y ejecutándose tal como lo dice la ley: “por el tiempo estrictamente necesario” o “indispensable”. También menciona que la aplicación de dicho plazo solo sería aplicable en los casos en que se discutiera la comisión de un delito:

*“Por otra parte, en lo que se refiere al plazo de su detención, la legislación contempla la posibilidad de que esas autoridades **detengan a las personas extranjeras indocumentadas y que no puedan demostrar status migratorio, para los efectos de identificarlos y proceder conforme a derecho; plazo que será el estrictamente necesario para llevar a cabo el procedimiento**”.*¹²⁰

Este criterio se reafirma de manera más amplia en la siguiente resolución:

*“Esta Sala ha señalado que las autoridades de migración tienen la potestad de restringir la libertad de un extranjero que permanezca ilegalmente en el país y **durante el tiempo racionalmente indispensable para hacer efectiva su deportación o expulsión, circunstancia en la cual no rigen las veinticuatro horas a que se refiere el artículo 37 constitucional, que específicamente se refiere a la comisión de delito.** Como tal criterio es aplicable para los casos en que no esté de medio la atribución de un hecho delictivo, en la hipótesis de que haya de seguirse una causa penal, la detención tendrá que ajustarse al plazo que establece el artículo 37 referido, pues, no es posible aceptar que se otorgue un trato discriminatorio a los imputados por delitos contra la Ley de Migración y Extranjería. **Si lo que se pretende es deportar o expulsar al extranjero ilegal entonces se aplica la jurisprudencia constitucional arriba citada y no rige el***

¹²⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 11076 de las nueve horas con ocho minutos del quince de diciembre del dos mil.

plazo del artículo 37 de la Constitución Política, sino el racionalmente indispensable para hacer efectiva la orden”.¹²¹

En cuanto a la ausencia de resolución por parte de autoridad judicial que imponía la detención, la Sala no entró a discutir a profundidad el asunto, si no realizó un análisis somero, al indicar que el plazo es superior al máximo constitucional y no aplica mandato escrito “porque lo dice la ley”, y como extranjeros, estos deben someterse a las disposiciones normativas que regulan todo lo referente al control migratorio:

*“El recurrente alega que se está violando lo dispuesto por el artículo 37 Constitucional porque **el amparado ha permanecido detenido por más de 24 horas sin mediar orden judicial**. Al respecto, según el criterio de esta Sala, al tenor del numeral 22 constitucional, los nacionales tienen garantizado el libre ingreso y permanencia en el territorio nacional; por su parte, **los extranjeros deben someterse a las disposiciones normativas que regulan todo lo referente al control migratorio**, lo cual es también establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos, cuando en su artículo 22 dispone que toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado, tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él no obstante, **debe sujetarse a las disposiciones legales**”.*¹²²

¹²¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema, Resolución N° 04673, de las catorce horas con cuarenta y ocho minutos del veintiocho de mayo del dos mil tres. En el mismo sentido ver las resoluciones 1999-06566 y 2002-09042.

¹²² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 03476 de las diecinueve horas con cuarenta y un minutos del veintinueve de marzo del dos mil cinco. En el mismo sentido ver Resolución N° 7366-99: *“Este Tribunal ha externado en casos similares a éste que las autoridades migratorias costarricenses tienen la potestad de ordenar y ejecutar la deportación de aquel extranjero que carezca de un estatus migratorio -cuya permanencia en el país sea ilegal- y no haya hecho gestión alguna a la fecha de la deportación para regularizar su estadía en nuestro territorio, sin que ello lesione los derechos fundamentales de la persona de que se trate. Asimismo, que las autoridades de migración pueden restringir la libertad de un extranjero que ingresa ilegalmente al país, durante el tiempo racionalmente indispensable para hacer efectiva su expulsión y deportación, circunstancia en la cual no rigen las veinticuatro horas a que se refiere el artículo 37 constitucional”.*

Con respecto a algunas garantías procesales, discutidas en el primer capítulo de esta investigación, la Sala Constitucional mencionó que la abstención a declarar y en caso contrario, el derecho a rendirla en presencia de un abogado, no son indispensables en materia administrativa. Sí es novedoso el hecho de que, a pesar que la detención administrativa en esta primera ley no estaba cubierta por el plazo constitucional de 24 horas, en caso de decretar una incomunicación por un plazo superior a 48 horas, sí es indispensable una resolución judicial que justifique en el caso concreto. Al respecto ha mencionado la Sala:

*“En tratándose de materia penal, para que una declaración tomada sea válida y respetuosa del debido proceso debe advertírsele al declarante que tiene el derecho de abstenerse a declarar y no negarle la posibilidad de que la rinda en presencia de su abogado. **Estas dos exigencias, sin embargo, no son exigidas cuando se trata de un proceso administrativo (...)** siendo esta materia administrativa, la exigibilidad de la presencia de un abogado no es absolutamente indispensable (...). Aunque para estos casos no rija el plazo de veinticuatro horas del artículo 37 Constitucional, sí rige el artículo 44 que manda **que para que la incomunicación de una persona pueda exceder de cuarenta y ocho horas, se requiere orden judicial**”.*¹²³

A la luz de las resoluciones constitucionales citadas, el criterio de la época apoyó el hecho de que las autoridades migratorias fueran las encargadas de ejecutar la detención administrativa como medida cautelar para el cumplimiento efectivo de la deportación o expulsión. Además, se mantenía la idea de que la privación de libertad, de acuerdo a las excepciones permitidas por el artículo 19 de la Constitución Política, no estaría cubierta por el plazo de las 24 horas, ni sería necesaria para su imposición o ampliación una resolución judicial, omitiendo también la necesidad de declarar en presencia de un abogado.

¹²³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 3476 de las diecinueve horas con cuarenta y un minutos del veintinueve de marzo del dos mil cinco.

Sin embargo no todo es negativo, vale la pena citar una serie de votos salvados que representan una respuesta crítica y un punto de vista diferente ante la regulación de la detención migratoria de la época.

El exmagistrado Piza Escalante redactó con respecto al artículo 37 de la Constitución Política:

*“Esta norma obliga a deducir que **nadie, quiere decir "nadie", puede ser detenido administrativamente, aun de modo legítimo, sin "ser puesto a disposición de juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas". Si la ley no contempla esa posibilidad, por atribuir la totalidad de la competencia en materia de deportación o de expulsión de extranjeros a órganos de la administración, esto implica sencillamente que no existe en nuestro ordenamiento ninguna posibilidad de privarlos de su libertad, preventivamente, ni como el "medio físico para hacer efectiva su deportación o expulsión"**, según una teoría lamentable acuñada en los últimos tiempos. Por lo demás, tampoco puede acogerse la pretensión, aceptada por alguna desafortunada jurisprudencia, de volver permisible la detención administrativa de extranjeros por un "plazo razonable" -se supone de dos a tres meses- que, no solo sería de todos modos irrazonable, solo fuera por excesivo frente a los estándares de las naciones civilizadas, sino que carecería de ningún sustento en lo constitucional o en los instrumentos internacionales de derechos humanos”.*¹²⁴

En el mismo sentido:

*“El expediente demuestra que el señor Castillo Sigler, después de haber descontado más de 4 años de prisión en virtud de condenas penales, **permaneció privado de su libertad a la orden de simples autoridades administrativas de***

¹²⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 12 de las dieciséis horas, cinco minutos del seis de octubre de mil novecientos ochenta y nueve. En el mismo sentido ver Resolución N° 16-89.

migración durante más de 3 años y 4 meses (del 17-6-86 al 30-10-89), en espera de ser deportado (...) Como lo he sostenido invariablemente, considero que la garantía del artículo 37 de la Constitución, en cuanto limita de modo absoluto la privación de libertad por autoridades administrativas al término perentorio de 24 horas, es absoluta y aplicable a todos los seres humanos sin excepción; que los extranjeros gozan de un derecho fundamental de igualdad respecto del cual no son legítimas otras excepciones que las razonablemente vinculadas a la nacionalidad, sin discriminación, y sin que pueda entenderse que el artículo 19 de la Constitución, al permitir las limitaciones y excepciones que la misma y las leyes establezcan, desconstitucionalizara o permitiera la desconstitucionalización de la igualdad. La garantía de la libertad personal es de aquellas que no pueden negarse razonablemente a nadie, ni sobre las cuales cabe hacer ninguna distinción legítima entre nacionales y extranjeros (...) La privación administrativa de libertad del señor Castillo Sigler, no solo rebasó inconmensurablemente el límite de 24 horas establecido por el artículo 37 de la Constitución, sino que inclusive, superó con mucho todos los otros plazos que juristas mucho menos exigentes que yo han venido considerando como límites máximos de lo razonable (dos o tres meses)”¹²⁵

Las críticas y aportes de esta época resultan un antecedente a las nuevas reformas que buscan un respeto efectivo de las garantías procesales y derechos humanos en la regulación de la detención migratoria. Estos cambios serán visibles de manera paulatina en la normativa migratoria costarricense.

¹²⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 55 de la dieciséis horas del tres de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Sección II: Ley General de Migración y Extranjería, N° 8487

A. Cuestionamientos a la Ley N° 8487

El Proyecto de la Ley N°8487, antes de su aprobación, recibió grandes críticas por parte de diversas instituciones públicas y organismos no gubernamentales¹²⁶, al determinarse que transgredía múltiples derechos humanos de la población extranjera y no respondía a una necesaria e integral definición de verdadera política en materia de migración y extranjería¹²⁷.

Incluso, la Defensoría de los Habitantes presentó una consulta de constitucionalidad ante la Sala Constitucional por considerar que dicha ley no resultaba acorde con una serie de principios constitucionales. La Sala señaló¹²⁸ que la normativa impugnada (con excepción de uno de los artículos que explícitamente declaró contrario a la Constitución) no era inconstitucional, siempre y cuando se interpretare conforme al derecho de dicha norma.

El proyecto indicaba en su segundo título los principios generales que regirían la política migratoria, modelo según el cual el Estado regularía *“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”*.

¹²⁶ Red Nacional de Organizaciones de la Sociedad Civil para las Migraciones, el Foro Permanente sobre Población Migrante y Refugiada, la Defensoría de los Habitantes (que funge como Secretaría Técnica de dicho Foro).

¹²⁷ Ver expediente legislativo N° 14.269.

¹²⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 9618 del veinte de julio de dos mil cinco.

En consonancia con la tendencia mundial del control de los flujos para un supuesto mejoramiento de la seguridad, Costa Rica orientaría su política migratoria en este mismo sentido, bajo la consigna de lograr un descenso de los niveles de violencia y comisión de delitos:

“Declarase de interés público, como parte esencial de la seguridad pública, todo lo relativo a la materia migratoria, incluso la presente Ley, así como los decretos, los reglamentos, las directrices, las políticas y los acuerdos de alcance general que se emitan al efecto” (art. 2).

Más adelante se habla de la necesidad de *“(...) controlar el ingreso de personas extranjeras al país, su permanencia en él, así como su egreso, en concordancia con la seguridad pública, y con los mejores intereses del país”* (art. 6 c). Asimismo, se afirma que para la planificación de la inmigración la política migratoria se tomaría en cuenta especialmente *“las restricciones que establezca, por seguridad pública, el Poder Ejecutivo”* (art. 8).¹²⁹

El artículo 6 estipulaba que sería inadmisibles *“la solicitud de permanencia legal de la persona extranjera que haya ingresado al país o permanezca en él en condiciones contrarias a lo dispuesto en la presente Ley”*. Lo anterior suponía la imposibilidad, para las personas que hubieran ingresado o que residieran de forma irregular en el país, de regularizar su condición migratoria, medida que en lugar de resolver la situación, favorecía únicamente la promoción de la “inmigración irregular”.

¹²⁹ Federación Internacional de Derechos Humanos, Políticas Migratorias y Derechos Humanos en la Región de las Américas (2009): 8.

En caso de considerarse que la persona debía abandonar el país por motivo de su estancia irregular, la ley contemplaba tres modalidades de sanciones administrativas: el rechazo administrativo¹³⁰, la deportación¹³¹ y la expulsión¹³².

La Ley finalmente entró en vigencia el día 12 de agosto del año 2006. Sin embargo, dadas las grandes críticas, en abril del 2007, el Poder Ejecutivo presentó un proyecto de reforma a dicha ley (número 16594). Más adelante se retomarán algunos de los cambios propuestos.

Se procederá a analizar específicamente lo establecido en esta ley respecto a la aplicación de la detención migratoria como medida cautelar. En primer lugar, es importante destacar que la ley no le otorgaba a dicha figura un carácter excepcional. Se indicaba que tanto la DGME como el Ministerio de Gobernación y Policía podrían dictar, de oficio o a solicitud de parte, las medidas cautelares razonables y necesarias para garantizar el resultado de los procedimientos administrativos. Las únicas medidas disponibles a estos efectos eran la propia aprehensión y la presentación periódica ante las autoridades migratorias¹³³.

¹³⁰ Cuando a una persona que aún no ha ingresado a Costa Rica se le impide la entrada al país por no cumplir con los requisitos establecidos para tales efectos (arts. 57 y 58).

¹³¹ 1. Cuando una persona extranjera ingresó “clandestinamente” al país o sin cumplir las normas que reglamentan su ingreso o permanencia.

2. Cuando una persona haya obtenido el ingreso al país o su permanencia en él, por medio de declaraciones o por la presentación de visas o documentos sobre los cuales existen indicios claros y precisos que hagan presumir su falsedad o alteración.

3. Cuando una persona permanezca en el país, una vez vencido el plazo autorizado, y no lo haga en el plazo dispuesto por la DGME (arts. 179-181, 204-211).

¹³² Cuando se considera que las actividades de una persona, que goce de permanencia legal bajo cualquier categoría migratoria, comprometen la seguridad pública, la tranquilidad o el orden público, y que esta persona se ve obligada a abandonar el territorio nacional por orden del Ministerio de Gobernación y Policía (arts. 182-184, 212, 213).

¹³³ Artículo 208. La Dirección General, durante la tramitación del procedimiento administrativo, podrá acordar la aplicación de alguna de las siguientes medidas cautelares: a) Presentación periódica ante las autoridades competentes. b) Orden de aprehensión de la persona extranjera, por el tiempo estrictamente necesario para completar el procedimiento administrativo de deportación y su ejecución.

Al respecto, la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) criticaba que la “aprehensión cautelar”¹³⁴ no estuviese mejor definida y limitada por la legislación (art. 25). En efecto, la ley preveía la posibilidad de que la Dirección General -en caso de deportación- o el Ministerio de Gobernación y Policía -en caso de expulsión- pudieren “acordar” o “dictar” una orden de detención, sin recordar el carácter excepcional de la misma, la cual debería ordenarse únicamente en caso de no existir otra posibilidad para cumplir con el objetivo de deportación o de expulsión.¹³⁵

Dada la gravedad de una privación de libertad en esta situación, es criticable que la única medida alternativa a la misma fuere la presentación periódica ante las autoridades. Al no tratarse de una persona acusada de cometer algún ilícito penal, la priorización de medidas alternativas resulta fundamental.

Igualmente, cabe destacar que dicha ley no prohibía expresamente la “aprehensión cautelar” de niños y niñas menores de 18 años, acompañados o no, lo cual debía estar estipulado expresamente en razón del art. 37 de la Convención sobre Derechos del Niño.

Los Estados deben respetar el derecho a la vida y unidad familiares, por lo cual en caso de que fuere necesario fijar una medida cautelar, esta no debería ser la detención. La privación de la libertad de un niño, en estas circunstancias, no puede ser nunca acorde al principio del interés superior -el cual debe ser

¹³⁴ Es necesario aclarar que el término “*aprehensión cautelar*”, tal y como se ha indicado, corresponde estrictamente al primer encuentro con las autoridades competentes, que en ejercicio de sus labores de investigación, aprehenden al extranjero con el único fin de verificar su condición migratoria. Sin embargo, dicho término utilizado a modo de referencia, es utilizado por la FIDH de manera indistinta con la figura de la *detención migratoria*, la cual se refiere únicamente a la medida cautelar ejecutada con el objetivo de garantizar la orden de deportación o expulsión.

¹³⁵ Federación Internacional de Derechos Humanos, 8.

plenamente respetado- en virtud del art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹³⁶.

En efecto, según el artículo 182 del Proyecto de Ley N° 16594, “*las personas menores de edad no serán sujetos de rechazo, deportación, ni expulsión del territorio nacional, salvo en resguardo de su propio interés*”.

El proyecto de reforma incorporó otras medidas cautelares dentro del procedimiento -además de la detención- tales como la presentación y firma periódica ante las autoridades competentes, la caución, el decomiso temporal de documentos y la detención domiciliaria (art. 209), estableciéndose que la detención sería una medida de carácter excepcional, la cual no podría aplicarse en caso de haber medida menos gravosa.

La ley tampoco hacía referencia al lugar o lugares donde deberían mantenerse las personas detenidas ni especificaba a quién correspondía la decisión de decretar el uso de un espacio determinado como centro de detención; cuestión que se relegaba a una regulación reglamentaria que no fue emitida.

La detención administrativa de extranjeros en condición irregular por parte de la Policía Especial de Migración opera como mínimo desde la Ley Migratoria de

¹³⁶ Artículo 3.

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

1986, donde igualmente se relegaba a competencia reglamentaria la regulación concreta de esta modalidad de detención. Sin embargo, en el Reglamento de la Ley de 1986 tampoco se reguló este tema.

Se considera, por tanto, que estos lugares de detención funcionaron como verdaderas “zonas sin derecho”. Entre ellos, se utilizaban comisarías de policía, oficinas regionales de la DGME (sobre todo en las regiones fronterizas) e incluso lugares privados como hoteles.¹³⁷

En varias ocasiones, la Sala Constitucional se ha pronunciado¹³⁸ sobre la obligatoriedad de disponer de un lugar adecuado para alojar a los extranjeros en situación irregular que requieran ser detenidos, el cual debe contar con condiciones básicas que garanticen una estancia digna, así como el derecho a la salud, la separación entre hombres y mujeres y separación entre detenidos por comisión de ilícitos penales, de los infractores meramente administrativos. Además, debe contarse con servicio de agua potable, camas, ventilación e iluminación y también servicios sanitarios; cumpliendo de esta forma con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

Por su parte, la ley tampoco se refería a los mecanismos y medidas que deberían adoptarse en el caso de aplicarse una “aprehensión cautelar”, para garantizar los derechos fundamentales de las personas en tales condiciones (derecho a la salud física y psíquica, a la educación, la alimentación, a la asistencia jurídica, a la vida familiar, etc.).

No obstante, con la finalidad de solventar este punto, se crea el Manual Administrativo y de Procedimientos de los Centros de Aprehensión Temporal para Extranjeros en Condiciones Irregulares (2008) -en adelante Manual

¹³⁷ Federación Internacional de Derechos Humanos, 13-14.

¹³⁸ Ver Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resoluciones N° 13565-07 y 10427-07.

Administrativo- en el cual se definían las pautas por seguir en caso de aplicarse la detención administrativa y la firma periódica.

Este manual responde a la necesidad y el compromiso de la Dirección General de Migración y Extranjería de implementar un modelo de gestión migratoria centrado en “la ética, la transparencia, la justicia y la honestidad”:

*“El presente documento hace énfasis en los principios y derechos fundamentales de la persona, quien independientemente de su situación migratoria, goza de una serie de derechos inherentes. La aplicación de este manual debe estar sustentada en el ejercicio de un control migratorio respetuoso de los derechos humanos de las personas migrantes, así como en el respeto y reconocimiento pleno de la integridad de cada persona, sin discriminación de tipo social, cultural, de género o racial u de otra índole que menoscabe su condición humana. Así mismo, este manual responde a la necesidad y el compromiso de la Dirección General de Migración y Extranjería de implementar un modelo de gestión migratoria centrado en la ética, la transparencia, la justicia y la honestidad”.*¹³⁹

El manual se articula bajo el concepto de derechos humanos, definido en el mismo documento, como el *“conjunto de facultades que reconocen y protegen la dignidad e integridad de cada individuo sin ninguna distinción, plasmadas en instrumentos nacionales e internacionales y consuetudinarias”.*¹⁴⁰

¹³⁹ Manual Administrativo, 4.

¹⁴⁰ Manual Administrativo, 7.

En la misma línea, el manual expone los once principios regentes para su aplicación, que a continuación se explican brevemente¹⁴¹:

-El principio de igualdad y no discriminación establece que, sin importar el proceso migratorio al que esté sometida la persona extranjera en condición irregular, es deber de las autoridades migratorias garantizar los derechos humanos, sin discriminación por motivos de sexo, culturales, religiosos, sociales, económicos u otros.

-El derecho a la vida y a la protección de la integridad personal garantiza que ningún extranjero sometido al procedimiento de detención administrativa podrá ser sujeto de tratos crueles, inhumanos o degradantes.

-La presunción de buena fe dicta que las autoridades migratorias deben presumir la buena fe de la persona extranjera en condición irregular, dentro de los procedimientos tendientes a determinar su condición migratoria.

-El derecho a la mínima detención procura que la persona no se encuentre detenida más allá del tiempo mínimo necesario para resolver su situación migratoria.

-Es importante recalcar que el extranjero en condición migratoria irregular también se encuentra amparado bajo el **derecho al debido proceso**, cuyos elementos son: *“juez o autoridad administrativa responsable e imparcial; derecho a la defensa; derecho a la información, traducción e interpretación de los procedimientos en un lenguaje que comprenda la persona migrante; derecho a la representación legal; derecho a la revisión judicial; y acceso a las autoridades consulares, organismos internacionales y/o nacionales relacionados con la atención de esta población. En virtud de este principio no se podrá deportar a una*

¹⁴¹ Manual Administrativo, 17-20.

*persona antes de agotar todos los recursos legales a disposición de las personas migrantes según lo estipulado en la legislación vigente”.*¹⁴²

-Se cuenta también como principio rector el **derecho a la información y a la comunicación**, por el cual se tiene el derecho de recibir información sobre el procedimiento. Este incluye la información sobre la autoridad que intercepta a la persona migrante, del centro de detención al cual será trasladado y sobre el viaje de regreso al país de origen o de partida. También se debe garantizar la efectiva comunicación del extranjero con sus familiares y autoridades pertinentes. Es deber de las autoridades migratorias informar de manera sencilla a los extranjeros acerca de sus derechos, los medios para hacerlos efectivos de forma que les sea posible comprender los alcances y consecuencias de su situación.

-Se debe brindar un **trato individualizado a cada migrante**, de acuerdo a las circunstancias concretas de su situación. Este principio no puede ser dejado de lado, a menos que se trate de miembros de una misma familia, en cuyo caso se podrán acumular los expedientes, esta sería la única excepción expuesta en el manual.

-Todo extranjero tiene **derecho a solicitar la condición de refugiado**, razón por la cual corresponde a las autoridades migratorias garantizarle el acceso a los procedimientos establecidos legislativamente y en convenios internacionales ratificados.

-Se debe **garantizar la protección de las personas con necesidades especiales**, ya sean menores de edad, de la tercera edad, que presenten algún problema de salud, con discapacidad o mujeres embarazadas.

¹⁴² Manual Administrativo, 18.

-La unidad familiar también es eje de la protección dentro del Centro de Aprehensión; como consecuencia de este principio, las autoridades de policía migratoria deben tomar las medidas necesarias para su protección. El texto indica que se deben valorar las consecuencias de las decisiones tomadas, con relación a la situación del extranjero en condición migratoria irregular, sobre los demás miembros de la familia.

-La prohibición de la tortura y de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes es una garantía por la cual ninguna persona que se encuentre detenida, ya sea administrativa o judicialmente, deberá ser irrespetada en su integridad física, moral y psicológica, sin justificación alguna. Se deben hacer efectivos medios de comunicación para que tanto autoridades como detenidos puedan hacer las respectivas denuncias.

-Como último principio, **el enfoque de género** pretende “*contrarrestar la existencia de relaciones de jerarquía y desigualdad entre hombres y mujeres expresadas en opresión, injusticia, subordinación y discriminación; mayoritariamente hacia las mujeres*”.¹⁴³ Lo anterior mediante la separación de los detenidos y detenidas por su género dentro del Centro de Aprehensión.

Lo expuesto resalta la orientación de respeto a las personas extranjeras, merecedoras de un trato digno sin distinción. Es necesario destacar que este enfoque se encuentra puntualizado en un documento, que si bien es de creación administrativa, funciona como elemento regulador y protector de los principios de derechos humanos aplicables.

A pesar de ello, la figura de la detención en el Manual de Procedimientos (2008) se encuentra desactualizada. Este documento responde a la Ley N° 8487, en la cual aún no se definían plazos máximos de aprehensión en los procesos de

¹⁴³ Manual Administrativo, 20.

verificación de estatus migratorio ni de detención como medida cautelar. Además, tal y como se ha indicado, solo establecían las pautas por seguir en caso de aplicarse la firma periódica como única medida alterna a la detención.

Cabe señalar que el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Detenciones Arbitrarias enunció, entre varios principios relativos a las privaciones de libertad de las personas migrantes, que *“la Ley deberá prever un plazo máximo de retención que en ningún caso podrá ser indefinido ni tener una duración excesiva”* (principio 7).

A pesar de ello, en el año 2003, la Sala Constitucional avaló la constitucionalidad del no establecimiento de un plazo límite para la detención administrativa de personas extranjeras, argumentando que *“(...) las autoridades de migración tienen la potestad de restringir la libertad de un extranjero que permanezca ilegalmente en el país y durante el tiempo racionalmente indispensable para hacer efectiva su deportación o expulsión, circunstancia en la cual no rigen las veinticuatro horas a que se refiere el artículo 37 constitucional, que específicamente se refiere a la comisión de delito”*¹⁴⁴; jurisprudencia reiterada en múltiples ocasiones.

No obstante, se considera que al no haber cometido delito, las personas “aprehendidas” deberían estar sujetas a un régimen más restrictivo que las personas que han sido condenadas penalmente.

Tanto la Defensoría de los Habitantes como otros organismos de la sociedad civil se pronunciaron sobre estos vacíos normativos, pues la definición en el derecho costarricense de plazos máximos en materia de privación de libertad, que hasta ahora se han desarrollado como garantías de los procesos de naturaleza penal (sobre todo en materia de prisión preventiva, cautelar) y como

¹⁴⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 12930 de las catorce horas con treinta y un minutos del cinco de noviembre de dos mil tres.

límites al poder punitivo del Estado, constituye una garantía esencial e ineludible para la protección de los derechos humanos de todas las personas sometidas a una detención¹⁴⁵.

El proyecto de ley mencionado contemplaba plazos de detención según la etapa del procedimiento iniciado por parte de las autoridades migratorias, así como la obligatoriedad de que dichas autoridades emitieran una resolución debidamente fundamentada a efectos de ampliación de los plazos establecidos.

Sin embargo, y a pesar de que estas reformas presentarían mejoras en la situación de las personas detenidas, aún resultaban insuficientes e incompatibles con las normas constitucionales. En efecto, la FIDH consideró que se debía seguir la regla del artículo 37 constitucional y, por lo tanto, pasadas veinticuatro horas de si las autoridades migratorias creían indispensable mantener a una persona detenida, deberían ponerla a disposición de una autoridad judicial para que decidiese sobre la prolongación de su detención y el plazo máximo de la misma, la cual debería estar prevista en la ley¹⁴⁶.

En el Proyecto de Reforma a la Ley N° 8487, se preveía el “acceso a un abogado por cuenta propia” y el derecho a “contar con un intérprete en caso de ser necesario” (art. 25 e) del proyecto; sin embargo, no se incluía la posibilidad de tener un abogado de oficio en caso de que la persona migrante no dispusiera de recursos suficientes. Asimismo, se contemplaba la posibilidad de asesoramiento “en la tramitación de los recursos de Hábeas Corpus y de Amparo, incoados contra los funcionarios policiales” por una nueva Unidad Policial de Apoyo Profesional” (art. 19).

¹⁴⁵ Federación Internacional de Derechos Humanos, 15.

¹⁴⁶ Federación Internacional de Derechos Humanos, 15.

En síntesis, la ley presentaba un vacío legal en el procedimiento de la detención en cuanto a las garantías procesales y los recursos administrativos y judiciales contra una decisión privativa de libertad, la no prohibición de detención de niños y niñas migrantes, la ausencia de regulación de las zonas de detención de migrantes que serían deportados o expulsados y de las condiciones que debían garantizarse a las personas detenidas.

B. Criterio jurisprudencial

Durante la vigencia de esta ley, la Sala Constitucional emitió una serie de resoluciones como respuesta a reclamos varios por parte de personas extranjeras que fueron sometidas a detención administrativa, quienes alegan haber sufrido violaciones a sus derechos humanos. A continuación, se estudiarán algunas de ellas.

En la Resolución 17546-06, el recurrente reclama que el veinticuatro de noviembre del dos mil seis, la amparada fue detenida por oficiales de la Policía de Migración, quienes la trasladaron al centro de detención de la Dirección General de Migración y Extranjería, sin que a la fecha de interposición del recurso se le hubiera puesto a la orden de autoridad judicial competente, a pesar de que el plazo otorgado por la Constitución Política para ello había vencido.

Al respecto, la Sala expresó que en reiteradas ocasiones ha señalado que la DGME se encuentra facultada para limitar la libertad de tránsito de un extranjero que esté en forma “ilegal” en el país, durante el plazo racionalmente necesario para hacer efectiva su deportación. En relación con lo anterior, establece que a estos efectos no rige el plazo de veinticuatro horas indicado en el artículo 37 de la Constitución Política.

Menciona que del estudio del caso se desprende que la amparada fue detenida el día 24 de noviembre de 2006, al existir indicios de su estancia “ilegal”

en el país. Al comprobarse lo supuesto, se ordenó la deportación de la tutelada, la cual se concretó el 29 de noviembre de 2006.

Concluye que *“en el caso concreto no ha existido violación a los derechos de la amparada, pues **la detención de ésta se fundamentó en su condición migratoria ilegal, la cual pudo ser comprobada por la Policía de Migración por distintos medios probatorios, tal y como se desprende de los autos. Por otra parte, el plazo transcurrido entre el momento de la aprehensión de la amparada y su deportación a Ecuador no resulta excesivo tomando en cuenta las diligencias que la Dirección General de Migración y Extranjería tenía que llevar a cabo para tal efecto. Así, por lo expuesto anteriormente, esta Sala considera que el presente recurso debe ser desestimado, como en efecto se hace**”*.¹⁴⁷

En el mismo sentido, en la Resolución 5233-06, se impugna la orden de deportación de un extranjero de origen colombiano. Se alega falta al debido proceso y que la detención para verificar su situación migratoria se extendió más de 24 horas.

Se constata que el recurrente tenía documentos falsos y la Sala reitera el criterio de la Sentencia 3476-05, donde se señala que las autoridades migratorias tienen la potestad de ordenar la deportación de extranjeros que se encuentren en una situación de irregularidad, o sea, a los que no posean un estatus migratorio concedido por autoridad competente. Por lo tanto, en estos casos es posible ordenar la detención del amparado sin que se requiera de una orden judicial.

¹⁴⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 17546, de las catorce horas y cincuenta minutos del cinco de diciembre del dos mil seis.

En cuanto al alegato de que la detención para verificar su estatus migratorio excedió las 24 horas, sin que existiese una orden de un juez competente, la Sala estipuló:

"(...) la Sala en reiterada jurisprudencia como en la sentencia No. 7366-99 de las nueve horas cincuenta y siete minutos del veinticuatro de setiembre de mil novecientos noventa y nueve, consideró:

"(...) las autoridades de migración pueden restringir la libertad de un extranjero que ingresa ilegalmente al país, durante el tiempo racionalmente indispensable para hacer efectiva su expulsión y deportación, circunstancia en la cual no rigen las veinticuatro horas a que se refiere el artículo 37 constitucional".

*Así las cosas, las autoridades migratorias tienen la potestad ordenar deportar del país a los extranjeros que se encuentren en una situación de irregularidad, o sea, a los que no posean un status migratorio concedido por autoridad competente, y con este fin pueden ordenar la detención del amparado en este caso sin que se requiera de una orden judicial, ni tampoco resulta aplicable el término de las veinticuatro horas alegado por el recurrente. En criterio de esta Sala la detención del amparado no es ilegítima pues se encuentra amparada en una resolución administrativa ajustada a derecho y dispuesta dentro de las potestades que en ese sentido le otorga la Ley de Migración y Extranjería a la Dirección General de Migración".*¹⁴⁸

En esa misma línea, en la Resolución 2187-06, el recurrente acusa que la Dirección General de Migración ordenó la deportación de 20 personas de distintas nacionalidades a bordo de una embarcación que naufragó tras estar 3 días a la deriva en el mar; que los amparados, en condiciones extremas, llegaron a costas costarricenses en busca de ayuda humanitaria, por lo cual en su caso particular no se infringió ninguna norma migratoria y que se encuentran detenidas por estar

¹⁴⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 5233, de las catorce horas y cuarenta y nueve minutos del dieciocho de abril del dos mil seis.

indocumentadas y no existe resolución debidamente fundamentada en la que se ordene la detención de esas personas.

La Sala indica que en su jurisprudencia ha reconocido las atribuciones que tienen las autoridades migratorias para mantener detenidos, sin resolución específica para esos fines, a los extranjeros aprehendidos en territorio costarricense, en los casos en que se ha emitido una resolución de deportación. Se cita como antecedente la Sentencia 1595-04, en la cual se analiza el caso de personas extranjeras que también llegaron como náufragos a tierras costarricenses:

“Este Tribunal ha externado en casos similares a éste que las autoridades migratorias costarricenses tienen la potestad de ordenar y ejecutar la deportación de aquel extranjero que carezca de un estatus migratorio —cuya permanencia en el país sea ilegal— y no haya hecho gestión alguna a la fecha de la deportación para regularizar su estadía en nuestro territorio, sin que ello lesione los derechos fundamentales de la persona de que se trate. Asimismo, que las autoridades de migración pueden restringir la libertad de un extranjero que ingresa ilegalmente al país, durante el tiempo racionalmente indispensable para hacer efectiva su expulsión y deportación, circunstancia en la cual no rigen las veinticuatro horas a que se refiere el artículo 37 constitucional.

V.- Partiendo de lo indicado en el considerando anterior, conviene realizar un análisis del caso concreto para determinar si tal como señala el recurrente, la detención del amparado se ha prolongado por un tiempo más allá del razonable. Al respecto, considera esta Sala que por las características del caso concreto la actuación de la autoridad recurrida no ha sido arbitraria, toda vez que ha tenido que desplegar una serie de actuaciones extraordinarias para lograr ejecutar el acto de deportación emitido contra el amparado. En efecto, se desprende del expediente que el amparado fue detenido el veintinueve de diciembre de dos mil tres por encontrarse indocumentado, y a partir de ese momento se inició en su contra el respectivo proceso de deportación, dentro del cual se presentaron una

*serie de problemas pues el dueño de la embarcación en la que ingresó no ha querido remitir su pasaporte a las autoridades migratorias. Independientemente de la responsabilidad que pueda tener esa persona por la omisión de colaborar, lo cierto es que las autoridades de migración se vieron obligadas a buscar al representante consular vietnamita más cercano en un país vecino, a efectos de lograr documentar al amparado para que pudiera viajar. Según informa la autoridad recurrida bajo juramento, antes de la notificación de este recurso ya se habían puesto en contacto con el representante consular vietnamita en México, quien aseguró encontrarse en trámite para documentar al amparado y de esta forma ejecutarse la orden de deportación que ya fue decretada. Por lo anterior, la Dirección General de Migración y Extranjería se encuentra en espera de la documentación para proceder a comprar el tiquete aéreo y enviar al amparado a su país de origen. Por todo lo anterior, no encuentra esta Sala que el tiempo transcurrido resulte desproporcionado, pues la autoridad recurrida ha estado pendiente de impulsar en todo momento la deportación, y el atraso sufrido obedece a la falta de documentos del amparado y a la necesidad de su reposición. No menos importante, resulta el hecho que al amparado se le ha garantizado en todo momento su derecho de defensa pues rindió su declaración en presencia de un traductor, momento en el cual aceptó su ingreso ilegal al país. En consecuencia, no encuentra esta Sala que en el caso concreto se haya producido violación alguna a los derechos fundamentales del amparado, sin embargo, debe tener presente la autoridad recurrida que debe realizar los trámites necesarios para agilizar los trámites y ejecutar el acto final emitido tan pronto reciba la documentación del amparado”.*¹⁴⁹

En virtud de lo anterior, el recurso se declara improcedente. Sin embargo, se advierte a los accionados que deberán realizar con toda diligencia, y en un plazo razonable, todos los trámites necesarios para regularizar la situación de los amparados, ejecutando el acto final dictado en su caso, garantizando que estos no

¹⁴⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 2187, de las catorce horas y treinta y uno minutos del veintidós de febrero del dos mil seis.

permanezcan detenidos más tiempo que el **estrictamente razonable** para esos fines.

En las anteriores resoluciones, cabe destacar que se insiste en que la aprehensión podrá llevarse a cabo durante el plazo razonablemente indispensable para lograr la verificación de la condición migratoria de la persona extranjera involucrada. Además, se hace hincapié en que, a estos efectos, no rige el plazo de 24 horas establecido en el artículo 37 de la Constitución Política, ya que está contemplado solo para casos donde se hayan cometido ilícitos penales, no así infracciones administrativas.

Asimismo, se considera que la detención como medida cautelar se fundamente en el solo hecho de que la persona extranjera se encuentre en calidad migratoria irregular, sin necesidad de tener que establecer una resolución fundada para justificarla.

Como se puede observar, en la aplicación de esta ley continúa el conflicto de no contar con plazos máximos de detención definidos y, por tanto, la ausencia de una resolución fundada que explique por qué razón debe extenderse una privación de libertad en estos casos.

Aparte de agregarse la firma periódica, no existe mayor avance de la ley anterior a la presente con respecto a la detención y medidas alternas a la misma.

Sección III: Ley General de Migración y Extranjería, N° 8764

A. Cuestionamientos a la ley vigente

La Ley General de Migración y Extranjería N° 8764, publicada el primero de setiembre de 2009, y vigente a partir del primero de marzo de 2010, es la normativa que rige actualmente la materia migratoria y de extranjería en el país.

El artículo primero de dicha ley establece que las personas extranjeras gozarán de los derechos y garantías individuales y sociales reconocidos para los costarricenses en la Carta Magna, salvo las limitaciones que allí se establezcan. Asimismo, se indica que las normas relativas a sus derechos fundamentales se interpretarán conforme a los convenios, tratados y acuerdos internacionales ratificados que se encuentren vigentes.

Igualmente, se determina que las personas extranjeras podrán ser detenidas únicamente según lo dispuesto por la Constitución Política, las leyes y las disposiciones contempladas en dicho cuerpo normativo. En aplicación de la normativa migratoria, este derecho podrá ser limitado bajo ciertos supuestos y condiciones de carácter excepcional, siempre y cuando no exista otra medida menos gravosa (art. 31, inciso 5).

De ser necesario, con el fin de verificar la condición migratoria de una persona, el plazo máximo de aprehensión será de 24 horas. Una vez transcurrido el plazo, se deberá iniciar el proceso migratorio correspondiente; en caso contrario, se ordenará la liberación inmediata (art. 18, inciso 12; art. 31, inciso 5, numeral a). No obstante, el plazo podrá ser ampliado en situaciones calificadas y mediante una resolución debidamente justificada por el director(a) general (art. 18, inciso 12).

Para efectos del procedimiento de deportación, la detención administrativa no podrá exceder el plazo máximo de 30 días naturales. Este plazo podrá ser ampliado en situaciones especiales y justificadas por parte de la DGME (art. 31, inciso 5, numeral b).

Asimismo, se indica que antes de la ejecución de la orden de deportación, la DGME comunicará esta medida al consulado del país de nacionalidad de la persona extranjera, para que en un término perentorio de 72 horas se le emita el documento de viaje respectivo. Se establece expresamente que “vencido este plazo”, en caso de no tenerse respuesta de la representación consular respectiva, la DGME deberá emitir un documento de viaje y comunicar lo correspondiente al consulado. Finalmente, se determina que siempre *“el plazo referido en este artículo se tendrá computado como parte del estrictamente necesario para ejecutar la orden de deportación”* (art. 212).

En caso de ser sometida a una detención administrativa, debe garantizársele a toda persona extranjera: el derecho a la protección consular; a ser informada de los motivos de la detención; a la asistencia letrada por cuenta propia; a la comunicación; acceso a su expediente administrativo; a un intérprete; a un lugar que cuente con las condiciones necesarias para garantizar un trato digno, respetuoso y adecuado tomando en cuenta las especificidades en razón de edad, género y discapacidad (art. 31, inciso 7).

De lo expuesto anteriormente, es relevante destacar que la LGME establece de manera novedosa plazos máximos de aprehensión para verificar la situación migratoria de una persona (24 horas) y de detención administrativa para efectuar sanciones administrativas como la deportación (30 días naturales), aun cuando los mismos puedan ser ampliados de manera motivada.

Sin embargo, debe mencionarse que alrededor de la ley, si bien se realizó una breve diferenciación en el texto normativo, aún existe una confusión constante

entre los términos “aprehensión” y “detención”, ya que generalmente se utiliza “aprehensión” para referirse a ambos supuestos.

Tal y como se estableció en el primer capítulo de la presente investigación, el término “aprehensión” responde a una medida utilizada a efectos de la verificación de la condición migratoria de la persona extranjera involucrada. Por su parte, el término “detención”, una vez verificada la condición migratoria de la persona extranjera y al dictarse la orden de alguna sanción administrativa (deportación o expulsión), se constituye como una medida cautelar aplicable con la finalidad de que esta pueda ejecutarse, garantizándose la presencia de la persona involucrada ante las autoridades migratorias.

El plazo de verificación mencionado responde al precepto constitucional enunciado en el numeral 37, cambio que permitió armonizar la legislación migratoria actual con la Constitución Política. La ley migratoria anterior determinaba en el artículo 18 que la aprehensión se podría realizar por el tiempo racionalmente indispensable, sin embargo, no establecía parámetros máximos de duración. Esto generaba una interpretación arbitraria de la normativa, donde la libertad personal en tanto derecho humano quedaba a discreción de la policía en cuanto a su duración máxima y demás condiciones. Aunado a lo anterior, dejaba abierta la posibilidad de que en redadas policiales se efectuaran detenciones masivas de personas extranjeras sin distinción alguna.

Con relación a este último aspecto, ya desde la década de los noventa la Sala Constitucional analizaba dicha problemática y era enfática en la prohibición de detenciones masivas por su carácter violatorio de los derechos humanos. Al respecto indicó dicha cámara:

*“Se equivoca la autoridad recurrida al suponer que puede legítimamente realizar este tipo de **“redadas”**, dado que **atentan contra los derechos fundamentales de las personas, como es su libertad de tránsito y de no ser molestados si***

antes no han dañado la moral, a terceros o al orden público (...) Si bien la Sala admite que el aumento de la delincuencia es alarmante, la vaguedad que implica la afirmación de la policía administrativa de dar una sensación de seguridad es peligrosa, puesto que se **atenta contra la dignidad humana, al suprimírsele a los ciudadanos sus derechos fundamentales, como se dijo arriba**".¹⁵⁰

En el mismo sentido:

“En anteriores ocasiones esta Sala ha indicado que la detención de una persona debe estar debidamente justificada, y que si se realiza para verificar la documentación de las personas, esta revisión debe hacerse antes de trasladarse a la persona a cualquier lugar y sólo en aquellos casos en los que la persona no tenga documentación alguna a la mano y se pretenda verificar su identificación, lo cual no implica, que los recurridos puedan hacer arrestos genéricos e indiscriminados sólo para llegar a verificar la documentación y llevarlos hasta la Comisaría para proceder a hacerlo, como ocurrió en el presente caso. En igual sentido, la actuación de los recurridos resulta violatorio del artículo 37 de la Constitución Política, por cuanto del expediente se desprende que lo realizado no es un operativo específico donde se sospeche que determinadas personas están cometiendo algún delito o sean buscados por las autoridades, sino como ya se dijo fue un arresto genérico e indiscriminado, que no es más que una de las conocidas "redadas", aunado al hecho de lo desproporcionado que resultó el tiempo de la detención del recurrente, por cuanto si lo único que se pretendía de estas 91 personas que afirma el recurrido haber recibido en la Comisaría ese día (folio 9), era verificar su

¹⁵⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 2317 de las nueve horas con veintiún minutos del veinticinco de abril de mil novecientos noventa y siete. En el mismo sentido ver Resolución N° 2004-2955.

documentación, ocho o nueve horas resulta un término desproporcionado e irracional para realizarlo".¹⁵¹

Además, resulta importante retomar lo establecido en los artículos 31, inciso 5, numeral b- y el 212; con el propósito de exponer y aclarar las contradicciones que se presentan al realizar su lectura conjunta.

Tal y como se indicó, el art. 31, inciso 5, numeral b, establece que ***“una vez resuelta la identificación de la persona extranjera por parte del consulado de su país de origen, la detención administrativa no podrá exceder el plazo máximo de treinta días naturales y en dicho término deberá ejecutarse la deportación dictada. Este plazo podrá ser ampliado en situaciones especiales y justificadas por parte de la Dirección General”***.

Por su parte, en lo que interesa, el art. 212 señala que en caso de no obtenerse respuesta ni de emitirse documento de viaje de la persona extranjera por parte del consulado de su país de origen, en el término perentorio de 72 horas, la DGME deberá emitir uno y comunicar lo correspondiente al consulado. La parte final cita expresamente que ***“el plazo referido se tendrá computado como parte del estrictamente necesario para ejecutar la orden de deportación”***.

La parte final del artículo anterior contradice lo estipulado en el art. 31, inciso 5, numeral b, ya que de este último se desprende que hasta resolverse la identificación de la persona extranjera por parte del consulado respectivo, comienza a contar el plazo de 30 días naturales para ejecutar la deportación. No obstante, el art. 212 señala que estas 72 horas (en las cuales se notifica al consulado para que identifique a la persona y emita su documento de viaje) deberán computarse como parte del plazo establecido para ejecutar la orden de deportación (30 días naturales).

¹⁵¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 8593 de las quince horas y treinta y seis minutos del primero de diciembre de dos mil ocho. En el mismo sentido ver Resolución N° 2000-08243.

En la práctica, prima lo indicado en el artículo 31, inciso 5, numeral b, de manera que el plazo de 30 días naturales comienza a correr hasta que se hayan efectuado las diligencias (en esas 72 horas) para lograr identificar a la persona extranjera. Se aplica esta lógica debido a que el término en su naturaleza perentoria, en caso de no cumplirse, no tiene posibilidad de ampliarse. En cambio, el plazo de 30 días naturales para efectuar dicha medida puede extenderse con las condiciones establecidas, como se ha comentado antes.

Otro de los elementos innovadores a destacar es la elaboración de un protocolo de verificación de estatus migratorio¹⁵² de las personas involucradas. En primer lugar, de acuerdo al artículo 18 de la ley, los encargados de llevar a cabo el control migratorio son los miembros de la Policía Profesional de Migración y Extranjería. Según el inciso 2 del mismo artículo, a la hora de efectuar dicha tarea, los funcionarios deben ser respetuosos de los derechos humanos de las personas extranjeras.

Por su parte, los incisos 5 y 7 del artículo 13 indican los lugares en los cuales puede realizarse el control migratorio. Con la finalidad de aplicar la normativa vigente, se contempla la intervención en transporte nacional e internacional. De manera excepcional y justificada, podrán revisarse lugares de trabajo y alojamiento. Posteriormente, el artículo 18, inciso 5, extiende este control a todo el país.

Seguidamente, en virtud del artículo 18, inciso 3, al abordarse a la persona extranjera, procede la solicitud de los documentos de identificación, con el objetivo de comprobar su condición migratoria y, de esta forma, verificar la veracidad de los mismos. El inciso 11 de dicho artículo menciona que en caso de que la persona se encuentre en condición migratoria irregular, se efectuará una

¹⁵² Gustavo Adolfo Gática López, “Estudio comparativo de la legislación y políticas migratorias en Centroamérica, México y República Dominicana”, Instituto Centroamericano de Estudios Sociales y Desarrollo, Sin Fronteras IAP, 134, www.sinfronteras.org.mx/attachments/article/1292/COSTA_RICA.pdf, consultado el 20 de setiembre de 2015.

entrevista, permitiéndole comunicarse con sus representantes legales o sus familiares.

Cabe destacar que este protocolo establece de forma más detallada el procedimiento de inspección y control en los distintos lugares del país y no solo de centros de trabajo, hoteles y lugares de habitación (excepcionalmente) tal y como se hacía en la ley anterior.

Debe resaltarse el reconocimiento de una serie de derechos en pro del debido proceso y del respeto a la dignidad de las personas extranjeras sometidas a detención administrativa, lo cual resulta fundamental ante una medida que procura una privación de libertad.

Por otra parte, el artículo 211, referente al procedimiento de deportación, indica que la DGME podrá acordar, durante su tramitación, el empleo de las siguientes medidas cautelares:

1. *“Presentación y firma periódica ante las autoridades competentes.*
2. *Orden de aprehensión de la persona extranjera, de conformidad con los tiempos y plazos establecidos en la presente Ley.*
3. *Caución.*
4. *Decomiso temporal de documentos.*
5. *Detención domiciliaria.*

Las medidas cautelares dictadas por la Dirección General podrán ser impugnadas en los términos previsto en el artículo 194 de la ley”.

De la misma manera, el artículo 219, el cual se refiere al procedimiento de expulsión, establece que *“cuando por antecedentes personales, pueda presumirse que la persona extranjera intentará eludir el procedimiento de expulsión, la Dirección General podrá dictar cualquier medida cautelar de las previstas en el*

artículo 211. Las medidas cautelares por la Dirección General podrán ser impugnadas en los términos previstos en el artículo 194 de esta Ley”.⁴⁹

Como se puede observar, se incluyen, además de la detención administrativa y de la presentación periódica ante las autoridades migratorias como medidas cautelares: la caución, el decomiso temporal de documentos y la detención domiciliaria. De esta forma, se amplían las posibilidades de aplicar medidas distintas al confinamiento. Si bien se agregan más opciones, estas no se explican de forma debida ni en la ley ni vía reglamento. Tampoco se establecen los procedimientos y mecanismos para garantizar un acceso efectivo a tales alternativas.

La LGME estipula, de forma general, que la detención debe llevarse a cabo en tanto no procedan medidas menos gravosas y en supuestos de carácter excepcional. No obstante, omite precisar que debe darse preferencia a las medidas cautelares alternas al encierro, lo cual se refleja en los artículos 211 y 219, donde, más bien, esta se considera como otra de las opciones por escoger y no se propugna como último recurso.

La carencia de una explicación clara y precisa de las medidas cautelares alternas al encierro y de los mecanismos para garantizar el acceso a las mismas, promueven una aplicación regular de la detención administrativa.

Debido a esto, resulta contradictorio que, por un lado, se enuncie el carácter excepcional de la detención y, por otro, se indique en ciertos artículos de la ley la posibilidad de escoger, sin establecer la primacía de las alternativas al encierro, cualquiera de las medidas cautelares contempladas.

Si bien las autoridades migratorias tienen un marco de discrecionalidad para escoger entre las distintas alternativas, esta elección debe valorarse según el

caso concreto y bajo la premisa de que solo debe recurrirse a la detención cuando sea estrictamente necesario.

Para que la privación de libertad no resulte arbitraria, se requiere observar una presunción de libertad, la cual debe apoyarse en un examen de legalidad, razonabilidad, necesidad y proporcionalidad de la detención en cada caso. Además, es menester justificar el motivo por el cual no se usó otro tipo de recurso disponible para alcanzar los fines perseguidos por el Estado:

*“(...) aún frente a un fin legítimo, cualquiera que este sea, la detención debe ser necesaria, razonable, proporcional, el último recurso disponible y por el menor tiempo posible. Asimismo, ante un riesgo y fin legítimo deben evaluarse alternativas antes de optar por la detención”.*¹⁵³

La escogencia de dicha medida por parte de la DGME no implica per se una violación de derechos fundamentales, siempre y cuando las acciones que motivaron su actuar se sustenten en tales principios y de acuerdo con lo establecido por el Derecho internacional de los derechos humanos.

Ninguna persona puede ser detenida por causas que, aunque se reputen legales, sean manifiestamente incompatibles con los derechos humanos del individuo a causa de su falta de proporcionalidad y razonabilidad.

¹⁵³ Elba Coria Márquez y Gisele Bonnici, International Detention Coalition, *“Dignidad sin excepción: Alternativas a la detención migratoria en México”*, http://idcoalition.org/wpcontent/uploads/2013/05/DIGNIDAD_WEB.pdf, consultado el 17 de marzo, 2015, p. 117.

Por su parte, el Reglamento de Control Migratorio -en adelante RCM- (Decreto N°36769-G), que entró en vigencia el veintiséis de setiembre del año dos mil once, contempla, en su título tercero, disposiciones generales sobre la aprehensión de personas extranjeras:

“Artículo 19.

Las personas extranjeras no podrán sufrir pena, sino en el marco de lo dispuesto por la Constitución Política, y las leyes. Sin embargo, estarán sujetas a las sanciones administrativas previstas en la Ley N° 8764. La Policía Profesional de Migración en el ejercicio del control migratorio recomendará al Director General la procedencia de aplicar las acciones preventivas que establece la Ley a las personas extranjeras, cuando no gocen de una permanencia legal, o cuando aún gozando de ella, desnaturalice las condiciones por las cuales se les otorgó la condición migratoria.

Artículo 20.

La Policía Profesional de Migración podrá aprehender temporalmente, hasta un máximo de veinticuatro horas, a las personas extranjeras, salvo personas menores de edad que serán puestas a disposición del Patronato Nacional de la Infancia, con el objeto de investigar su situación migratoria. De determinarse que gozan de una permanencia legal, se procederá a su inmediata liberación, o en su defecto debe iniciarse el procedimiento migratorio correspondiente. El plazo de veinticuatro horas puede ser ampliado en situaciones especiales y bajo resolución fundada emitida por el Director General. La permanencia de las personas extranjeras en el Centro de Aprehensión, se deberá ajustar a lo dispuesto en el artículo 31, inciso 5) apartes a), b) y c) y el inciso 7), de la Ley”.

Es importante resaltar que el artículo 20 indica expresamente que los menores de edad no podrán ser sujetos de detención, por lo que para investigar su situación migratoria, deberán ponerse a disposición del PANI. Esto responde a la normativa internacional suscrita por Costa Rica que procura la protección de los

derechos fundamentales de las persona menores de edad, en pro de su interés superior.

Más adelante, en el título décimo “Sanciones a personas extranjeras”, capítulo segundo, se regula el procedimiento de la deportación (arts. 230-260).

El artículo 231 establece que cuando alguna persona que fuere detectada por autoridades migratorias, o cualquier cuerpo de policía, no pudiese demostrar su identidad costarricense o su permanencia legal en el país, la autoridad implicada deberá verificar la condición migratoria o nacionalidad de la persona hasta agotar posibilidades. Agrega que a estos efectos podría trasladarse a la persona a las oficinas de la DGME.

En caso de verificarse la identificación y condición legal en país de origen o de procedencia de la persona, y de llegarse a determinar que debe dictarse una orden de deportación, el artículo 237 del reglamento señala que el jerarca de la DGME o la Policía Profesional de Migración (ubicada en San José o en puestos regionales) podrá acordar la aplicación de alguna de las medidas cautelares estipuladas en el art. 211 de la LGME.

En cuanto a quién podrá acordar la aplicación de alguna de las medidas cautelares, a pesar de que en la LGME se establece que los oficiales de la Policía Oficial de Migración podrán aprehender a personas extranjeras cuando se requiera dicha medida, el artículo 211 de la ley solamente contempla a la DGME como encargada de acordarla.

Por su parte, en el artículo 238 se estipula la posibilidad de recurrir a dichas medidas cautelares, conforme al artículo 194 de la LGME.

En el art. 239, se especifica que las medidas cautelares podrán ser levantadas únicamente:

- “a. Cuando la autoridad que las impuso así lo ordene.*
- b. Cuando el Tribunal Administrativo Migratorio así lo ordene una vez resuelta la apelación interpuesta.*
- c. Cuando medie una orden judicial.*
- d. Cuando se dicte la resolución final de deportación y pierda interés actual la medida cautelar”.*

El artículo 240 estipula que “el o la servidora a cargo” deberá hacer constar en el expediente administrativo respectivo la medida cautelar aplicada y que además deberá incluirse en la bitácora que llevarán para estos asuntos los oficiales de la Policía Profesional de Migración.

También se contempla que para la efectiva de la ejecución de dichas medidas, la Policía Profesional de Migración podrá contar con la colaboración de los distintos cuerpos policiales del país.

Asimismo, el art. 241 del reglamento menciona:

“Procederá la aprehensión cuando de la información que conste en el expediente se deduzca la ilegalidad del ingreso o permanencia del extranjero, en virtud de lo que establece el inciso 2) del artículo 211 de la Ley”.

La redacción del presente artículo no responde en lo más mínimo a una presunción contra la detención. Según este numeral, la mera comprobación de la estancia irregular de la persona extranjera es suficiente para proceder a “aprehenderla”. Como se ha reiterado en la presente investigación, y en consonancia con el enunciado general de excepcionalidad de la detención en la actual LGME, debería establecerse que la detención es siempre el último recurso,

a menos de que, luego de un examen individualizado del caso, se compruebe que no cabe medida menos gravosa. Además, se utiliza nuevamente el término aprehensión, cuando el adecuado sería “detención”, en virtud de la referencia que hace a las medidas cautelares contempladas en el art. 211 de la ley.

Por su parte, el art. 243 estipula los supuestos en los cuales procederá la aplicación de la presentación y firma periódica, como medida cautelar alterna a la detención. En el primer caso, cuando resultare imposible trasladar a la persona extranjera a las oficinas de la autoridad policial que realiza la investigación y, en el segundo, cuando se demuestre que existe arraigo en el territorio nacional, del cual deberá dejarse constancia en el expediente.

De la misma forma, el art. 244 expresa la obligación de las personas extranjeras de asistir a las citaciones de la Policía Profesional de Migración. Se indica que en caso de no comparecer en el lugar y plazo señalados, podrán ser trasladadas por medio de cualquier cuerpo policial ante la autoridad migratoria que impuso la medida cautelar, la cual podrá cambiarla por otra.

El artículo 245 numera los contenidos que deben estar presentes en toda citación o presentación periódica:

- a. La fecha y hora en que se emite el documento.*
- b. El nombre, apellidos, número de identificación y autoridad que cita.*
- c. El nombre, apellidos y sexo de la persona extranjera.*
- d. La dirección de la oficina, el día y la hora en la que debe apersonarse la persona extranjera.*
- e. El asunto para el cual se le cita.*
- f. La firma del funcionario que cita.*
- g. Firma de recibido por parte de la persona extranjera”.*

Es importante resaltar que, a pesar de que este reglamento fue emitido en el año 2011, cuando la LGME actual ya se encontraba vigente, la única medida cautelar alterna a la privación de libertad que se encuentra desarrollada es la presentación y firma periódica. En el caso de la caución, de la detención domiciliaria y del decomiso temporal de documentos, no existe aún instrumento que las regule como se debe. Aunque en la práctica, esta última medida sí se aplica, la caución y la detención domiciliaria quedan prácticamente en el papel.

Por otro parte, en caso de que se acuerde la detención como medida cautelar, el reglamento señala que esta deberá ejecutarse de forma inmediata, debiéndose respetar los derechos humanos de las personas involucradas. Se aclara que la persona “aprehendida” estará a cargo de la autoridad que impone la medida, pero la guarda y custodia e integridad física de la persona estará a cargo de la Policía Profesional de Migración destacada en los centros de aprehensión (art. 246).

Asimismo, debe garantizárseles a las personas extranjeras en detención una serie de derechos: *“comunicación de la persona aprehendida con sus familiares y representantes y su representación consular acreditada en el país, cuando así lo solicite la persona extranjera o de oficio se le debe informar a su representante consular. De toda visita que el extranjero aprehendido reciba, se dejará constancia”* (art. 247).

Debe informarse a la representación consular en el país de la persona extranjera, de la toma y ejecución de cualquier de las medidas cautelares adoptadas (art. 248)

Por su parte, el art. 249 menciona que en caso de que una persona aprehendida solicite refugio, la aprehensión ordenada deberá mantenerse por *“tratarse de una expectativa de derecho y cuando la prudencia, la seguridad pública o su condición particular así lo ameriten, debiendo fundamentarse*

mediante resolución razonada la medida cautelar. Únicamente procederá la liberación de la persona extranjera cuando se resuelva la solicitud de refugio de manera positiva”.

La redacción de dicho artículo resulta inadecuada. De conformidad con el art. 31, inciso 5, de la LGME, y del art. 43 del Reglamento de Personas Refugiadas, no se aplicarán a personas refugiadas otras restricciones de circulación que las necesarias. No es aceptable que se inicie dicho numeral advirtiendo que deberá mantenerse la aprehensión ordenada de una persona solicitante, ya que se trata de una “expectativa de derecho”. Esta aseveración no se vincula con la posibilidad de restringir la libertad de una persona extranjera solicitante de dicha condición. Debería hacerse hincapié desde el inicio en lo que se establece posteriormente, *“cuando la prudencia, la seguridad pública o su condición particular así lo ameriten”*, pues dependerá del análisis del caso concreto, el si se mantiene a la persona solicitante o no en detención mientras se resuelve su solicitud.

El art. 254 del reglamento establece que antes de la ejecución de la orden de deportación, *“la Dirección General remitirá la comunicación de ésta al consulado de su nacionalidad, en caso de que éste no cuente con documento de viaje, para que en el término perentorio de setenta y dos horas, emita el respectivo documento. El plazo corre a partir del momento en que la Policía Profesional de Migración solicite la documentación de la persona extranjera al consulado. Vencido este plazo, sin respuesta de la representación consular correspondiente, la Dirección General emitirá gratuitamente un documento de viaje y comunicará lo correspondiente al respectivo consulado. Para todos los efectos, el plazo referido en este artículo se tendrá computado como parte del estrictamente necesario para ejecutar la orden de deportación, según lo establecido en el artículo 212 de la Ley”*.

El artículo 255 estipula que en caso de que no se tenga certeza de la nacionalidad de la persona extranjera por deportar, el plazo de 72 horas corre a partir de que el consulado reconozca a la persona como su connacional.

En cuanto al plazo de 72 horas para que se identifique a la persona extranjera y se emita documento de viaje por parte del consulado correspondiente, el presente artículo responde al art. 212 de la LGME y, por tanto, tiene las mismas contradicciones anteriormente explicadas al respecto.

Respecto al procedimiento de expulsión, este se regula en los artículos 269 a 280. A estos efectos, cabe mencionar el art. 272, el cual indica que *“cuando por antecedentes personales se presuma que la persona extranjera intentará eludir la expulsión, la Asesoría Jurídica de la Dirección General de Migración y Extranjería, podrá recomendar cualquiera de las medidas cautelares referidas en el artículo 211 de la Ley, y pasará las diligencias a la Dirección General para que dicte la resolución correspondiente dentro de un plazo máximo de tres días, en la cual deberá indicarse la medida cautelar aplicable”*.

Por su parte, el art. 275 estipula que en el caso de que la persona extranjera *“incumpla con la medida cautelar establecida en el inciso 1) del artículo 211 de la Ley, el Ministro de Gobernación y Policía, podrá sustituirla por la del inciso 2)”*.

De todo lo anterior, puede decirse que si bien existe una evolución positiva en algunos aspectos con relación a la actual Ley N° 8764, tanto en vía legislativa como vía reglamentaria, se omite establecer de manera clara los parámetros y condiciones que deben tomarse en cuenta a la hora de decidir si deben aplicarse medidas cautelares alternativas a la detención o si esta última resulta la más adecuada para un determinado caso.

La ausencia de parámetros que regulen estos recursos, aunado a la falta de un orden prioritario correspondiente a las medidas cautelares incluidas en la LGME, impide un adecuado desarrollo de una presunción contra la detención, como garante de la salvaguarda de los derechos humanos de las personas extranjeras, al enfrentar procedimientos de expulsión y deportación, o cuando por algún otro motivo se pretenda limitar su libertad.

Es por lo anterior que el establecimiento de una presunción contra la detención, como principio rector en la normativa migratoria, es el primer paso para garantizar que el encierro se aplique como último recurso.

Para dicha finalidad, las autoridades migratorias, siempre amparadas en un marco de legalidad, deben justificar plenamente, a través de un examen diferenciado e individualizado, las circunstancias y causas por las que una aprehensión es necesaria y no es posible el empleo de una medida menos gravosa. Esto con el propósito de tomar una decisión razonada y proporcional en relación con el logro del fin legítimo perseguido por el Estado.

B. Criterio jurisprudencial

En la aplicación de la presente ley, el tema de la detención administrativa ha sido conocido por la Sala Constitucional en numerosas resoluciones. A continuación, se analizan temas referentes al plazo de la detención y a ciertas extralimitaciones cometidas por las autoridades administrativas a la hora de emplear dicha medida.

En este sentido, la Sala expresó:

“El Estado, en ejercicio de su soberanía, está facultado para regular el ingreso y la permanencia de los extranjeros en el país, disponiendo los casos en los cuales procede su deportación o expulsión -según corresponda- pues en todo momento

*aquéllos deben someterse a lo que en materia migratoria prescriba la Ley. **Claro está que tales medidas deben obedecer a criterios objetivos plasmados en la ley, de conformidad con el principio de legalidad, y en su aplicación deben respetarse los derechos fundamentales de los no nacionales (...)** este Tribunal tiene por acreditado que la aprehensión de la amparada se realizó para verificar su situación migratoria, y dar inicio al trámite correspondiente lo cual no es contrario a sus derechos fundamentales, toda vez que las **autoridades de migración pueden restringir la libertad de las personas en esa situación, durante el tiempo racionalmente indispensable para hacer efectiva su expulsión o deportación, o comprobar su estatus migratorio (...)**. Al respecto, debe recordarse que esta Sala, en reiteradas ocasiones, ha reconocido la posibilidad de trasladar forzosamente a una persona cuya permanencia en el país se presume ilegal a un centro de detención donde esté destacado un funcionario de la Dirección General de Migración y Extranjería con el fin de que se inicie el expediente administrativo correspondiente, se compruebe que su permanencia en el país es ilegal y se ordene su deportación de Costa Rica, tal y como sucedió con este caso”.*¹⁵⁴

En el caso concreto, cabe destacar que se reafirma la obligación por parte de los diferentes Estados de respetar los derechos humanos de las personas extranjeras que se ven sometidas a control migratorio, ya sea para verificación de su estatus migratorio o en medio de cualquier procedimiento administrativo al que se enfrenten.

La Sala Constitucional, a la hora de analizar el tema de la duración del plazo de verificación del estatus migratorio de la recurrente, indica que este debe responder al “tiempo racionalmente indispensable”, tanto para la comprobación del

¹⁵⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 882 de las quince horas y cuarenta minutos del veinticinco de enero del dos mil once. En el mismo sentido ver las resoluciones N° 11920-12, 3697-13 y 3933-14.

estatus migratorio como para hacer efectivas la expulsión o deportación, según corresponda.

La afirmación antes expuesta se identifica en el artículo 210 de la actual ley migratoria, específicamente para hacer efectiva la orden de deportación: *“completado el trámite inicial del procedimiento y comprobada la ilegalidad del ingreso o la permanencia de la persona extranjera, la Dirección General dictará la resolución de deportación que corresponda, la cual deberá ser notificada debidamente. Dicha resolución será ejecutada por la Policía de Migración y Extranjería, en el **plazo estrictamente necesario para su ejecución**”*.

A pesar de que se utiliza el término “estrictamente necesario” en este artículo, es importante destacar que a diferencia de la ley anterior, la actual LGME sí establece plazos máximos, tanto para la comprobación de la condición migratoria de las personas extranjeras (24 horas) como para la duración de la detención administrativa y la ejecución de los procedimientos sancionatorios expuestos (30 días). En ambos casos, el plazo podrá ampliarse únicamente mediante resolución fundada, por parte del director(a) general.¹⁵⁵

Este criterio se repite en varias sentencias en las cuales ya se aplicaba la actual LGME:

*“Es distinto, sin embargo, el criterio de este Tribunal Constitucional en cuanto se enfila el recurso contra el plazo de la detención que ha sufrido la amparada en el Centro de Aprehensión Temporal para Extranjeros en Condición Irregular. Sobre el particular, nota la Sala que la afectada, desde el momento en que se ordenó su deportación, mediante la resolución No. 135-2011-656-DPI de las 15:20 hrs. de 20 de octubre de 2011, a la fecha de interposición de este proceso jurisdiccional, 16 de abril de 2012, **ha permanecido en ese centro por espacio de casi 6 meses, sin***

¹⁵⁵ Artículo 31 LGME.

*una resolución de un órgano jurisdiccional o administrativo que justifique la restricción de su libertad personal por un período tan prolongado, todo lo cual es ilegítimo y lesiona, a todas luces, los derechos fundamentales de la tutelada. En este orden de ideas, la Ley General de Migración y Extranjería No. 8764 (...) no sólo establece en su artículo 210 la obligación de la Policía de Migración y Extranjería de **ejecutar la orden de deportación dentro del plazo estrictamente necesario**, sino también, en su artículo 211, estipula una serie de medidas cautelares de las que dispone la Dirección General de Migración y Extranjería para asegurar la realización de los fines del procedimiento administrativo especial de deportación, entre otros procedimiento (...). Sobre el particular, es claro que la medida de aprehensión de la persona extranjera únicamente puede ser acordada por la autoridad recurrida cuando **resulte imposible para los fines del proceso adoptar otra medida menos restrictiva de la libertad personal** y de los derechos fundamentales de la persona sometida a ese procedimiento. De otro lado, **el plazo por el cual se puede dictar esa medida debe ser restrictivo, es decir, estrictamente el necesario para asegurar los fines de la deportación**. De ahí que si la detención se prolonga a juicio de la Sala por un plazo excesivo y desproporcionado, ello **constituye una grosera violación de los derechos fundamentales del amparado que desde todo punto de vista debe ser reparado en esta Jurisdicción Constitucional**. En el caso concreto, como se ha expuesto, la detención de la tutelada se ha prolongado por un plazo de casi 6 meses, lo cual se considera excesivo y lesiona, a todas luces, los derechos fundamentales de la promovente”.¹⁵⁶*

A pesar de que en esta resolución la Sala insta a la aplicación prioritaria de otras medidas cautelares alternas a la detención, cuando se refiere específicamente al plazo de duración de la aprehensión, establece que debe ser restrictivo, es decir, durante el “tiempo estrictamente necesario”. Nuevamente,

¹⁵⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 5543 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del dos de mayo de dos mil doce.

esta sentencia omite referirse a los plazos específicos plasmados en la LGME vigente.

Se considera que si bien la Sala insiste en que el plazo de detención administrativa no debe extenderse de forma innecesaria, sería adecuado que efectuara el análisis de los casos tomando en cuenta los plazos específicos para determinar la arbitrariedad o no de las detenciones.

Por su parte, en la Resolución N° 07084-12, la Sala Constitucional no solamente se refiere al tema del plazo de la detención, sino que enfatiza la necesidad de priorizar medidas alternativas a la misma. De igual forma, cita jurisprudencia de la Corte IDH para reforzar el criterio de excepcionalidad de la detención migratoria, así como los presupuestos que deben analizarse para determinar si es factible o no su aplicación.

En este sentido, trae a colación la citada sentencia 5543, donde se indica:

*“(...) la Ley General de Migración y Extranjería (...), no sólo establece en su artículo 210 la obligación de la Policía de Migración y Extranjería de **ejecutar la orden de deportación dentro del plazo estrictamente necesario**, sino también, en su artículo 211, estipula una serie de medidas cautelares de las que dispone la Dirección General de Migración y Extranjería para asegurar la realización de los fines del procedimiento administrativo especial de deportación, entre otros procedimientos. Tales medidas son: la presentación y firma periódica ante las autoridades competentes, la orden de aprehensión de la persona extranjera, de conformidad con los tiempos y plazos establecidos en esa ley, la caución, el decomiso temporal de documentos y la detención domiciliaria. Sobre el particular, es claro que la medida de aprehensión de la persona extranjera únicamente puede ser acordada por la autoridad recurrida cuando resulte imposible para los fines del proceso adoptar otra medida menos restrictiva de la libertad personal y de los*

derechos fundamentales de la persona sometida a ese procedimiento. De otro lado, el plazo por el cual se puede dictar esa medida debe ser restrictivo, es decir, estrictamente el necesario para asegurar los fines de la deportación. De ahí que si la detención se prolonga a juicio de la Sala por un plazo excesivo y desproporcionado, ello constituye una grosera violación de los derechos fundamentales del amparado que desde todo punto de vista debe ser reparado en esta Jurisdicción Constitucional”.

La Sala también remite al Caso Bámaca Velásquez, donde la Corte IDH reitera su jurisprudencia sobre el derecho a la libertad personal y la prohibición de detenciones ilegales y arbitrarias. Sostiene que ninguna situación, por grave que sea, otorga a las autoridades la potestad de prolongar indebidamente el período de detención sin afectar el derecho a la libertad personal y la falta de reconocimiento de la detención de un individuo es una completa negación de las garantías que deben ser otorgadas y una grave violación de la libertad:

“139. El artículo 7 de la Convención regula las garantías necesarias para salvaguardar la libertad personal. Con respecto a los numerales 2 y 3 del mismo, la Corte ha dicho que [s]egún el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad.

140. Tanto este Tribunal como la Corte Europea han considerado de particular importancia el pronto control judicial de las detenciones para prevenir las arbitrariedades. Un individuo que ha sido privado de su libertad sin ningún tipo de control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un

*juez, pues el cometido esencial del artículo 7 de la Convención es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia del Estado. **La Corte Europea ha sostenido que si bien el vocablo “inmediatamente” debe ser interpretado de conformidad con las características especiales de cada caso, ninguna situación, por grave que sea, otorga a las autoridades la potestad de prolongar indebidamente el período de detención sin afectar el artículo 5.3 de la Convención Europea.** Dicho Tribunal destacó que la falta de reconocimiento de la detención de un individuo es una completa negación de las garantías que deben ser otorgadas y una más grave violación del artículo en cuestión”.*

En esta misma línea, la Corte IDH concluyó en el caso Vélez Loor vs Panamá que:

*“171. (...) la detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos. Así, las medidas privativas de libertad sólo deberán ser utilizadas cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto a los fines mencionados supra y únicamente durante el menor tiempo posible. Para ello, es esencial que los Estados dispongan de un catálogo de medidas alternativas, que puedan resultar efectivas para la consecución de los fines descritos. En consecuencia, serán arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, y mediante una evaluación individualizada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas que sean efectivas para alcanzar aquellos fines”.*¹⁵⁷

De acuerdo con lo anterior, se considera que toda norma jurídica de carácter punitivo, que pretendiere castigar con prisión la violación a leyes migratorias, resulta inconvencional.

¹⁵⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 07084 de las once horas treinta minutos del veinticinco de mayo de dos mil doce.

La Sala determina que en el caso concreto, al tenerse por demostrado que el amparado se encontraba recluido desde 14 meses atrás, si bien se computa una medida de deportación dictada en su contra, no existe certeza de cuándo será materializada, pues los países que se habrían intentado contactar para su recepción no han dado respuesta alguna.

En razón de lo anterior, concluye que la medida tomada vulnera el numeral 7 de la CADH, razón por la que califica la detención como ilegal y arbitraria, en tanto no se considera idónea, necesaria ni proporcional. Consecuencia de esto, ordena la liberación del amparado, mas no impide la utilización de otra medida alternativa para garantizar su presencia ante las autoridades migratorias a la hora de llevarse a cabo la deportación.

De esta sentencia cabe destacar que, aunque la ley permite ampliar el plazo máximo de deportación correspondiente a 30 días naturales mediante resolución fundada de la autoridad competente, al no obtenerse respuesta de posibles países receptores luego de 14 meses, se considera que mantener a la persona en confinamiento resulta totalmente arbitrario, por lo que se ordena su liberación, sin restringir la posibilidad de aplicar una nueva medida.

Asimismo, esta sentencia resulta de suma importancia, ya que la Sala Constitucional realiza un control de convencionalidad con respecto a este tema. Sin embargo, se cree que podría haberse efectuado un mayor análisis de la jurisprudencia interamericana citada, con la finalidad de desarrollar de mejor manera la presunción contra la detención en materia migratoria.

A pesar de lo establecido anteriormente, la Sala contradice su criterio en una sentencia del año posterior al indicar que:

*“Igualmente, considera que la aprehensión administrativa no es de naturaleza penal y, por tanto, no debe aplicársele a ella las exigencias del artículo 37 constitucional, cabe cuando el extranjero permanezca ilegalmente en el país y entiende que la necesidad de verificar el estatus migratorio es una causa que justifica esa aprehensión, y por ende una razón objetiva para que pueda superar las 24 horas y, por ende, no esté sujeta a límites de tiempo más allá que el razonable y necesario para realizar la diligencia de verificación del estatus migratorio. En conclusión, esta Sala considera que la posibilidad de ampliación del plazo de aprehensión migratoria que tenga como finalidad la verificación de la condición migratoria no es en sí mismo contrario a la Constitución siempre que el acto mediante el cual se dicte invoque causas graves no atribuibles a la Administración”.*¹⁵⁸

Como se puede observar, la Sala retoma la discusión ya superada acerca de si los plazos estipulados en el artículo 37 de la Constitución deberían aplicar o no en materia de detención migratoria.

Esta resolución estipula que la necesidad de verificar la condición migratoria de una persona extranjera justifica la aprehensión y, por tanto, considera que es razón objetiva suficiente para extender el plazo más allá de las 24 horas, siempre y cuando no se excede más allá del tiempo razonable y necesario.

Resulta fundamental aclarar que, a pesar de que fuere necesario aprehender a una persona para verificar su estatus migratorio, el plazo máximo de 24 horas no puede extenderse arbitrariamente por este mero hecho. A pesar de que se indica que en estos casos no debe tardarse más allá del tiempo razonable

¹⁵⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 3697 de las catorce horas treinta minutos del diecinueve de marzo de dos mil trece. En el mismo sentido ver Resolución N° 2012-017060, en relación con las resoluciones N° 2012-000410 y 2003-004673.

y necesario, es fundamental establecer que la única forma de extender el plazo es, como se ha reiterado, mediante una resolución fundamentada por parte del director(a) de la Dirección General.

Es importante resaltar que a pesar de la falta de claridad en los razonamientos de la Sala Constitucional con relación a la detención migratoria y su plazo de duración, una sentencia reciente denota un mejor análisis y comprensión de la materia. En este sentido señaló la Sala en el año 2014:

*“(...) el recurrente alega que desde el 22 de octubre de 2013, se encuentra recluido en el Centro de Aprehensión de Extranjeros de Hatillo de la Dirección General de Migración y Extranjería, con fundamento en una resolución de detención administrativa provisional y dos más de prórroga, carentes de toda fundamentación. Efectivamente, se tiene por acreditado que **mediante resolución DG-623-2013-CATECI del 23 de octubre de 2013, la Dirección General de Migración y Extranjería dictó detención administrativa en contra del tutelado, en la que se indicó: “TERCERO: Que en ese sentido, en el caso particular del señor de apellido [NOMBRE 01] de nombre [NOMBRE 01], se concluye que producto de la forma en que permanece en el país, aunado al hecho de no haber regularizado su situación migratoria, así como el no contar con arraigo en el territorio nacional, se generan elementos de convicción bajo parámetros de lógica y razonabilidad, de tomar las medidas pertinentes para asegurar la presencia del citado extranjero en la tramitación del procedimiento correspondiente”.** Asimismo, por resolución DG-671-2013-CATECI del 26 de noviembre de 2013, la Dirección General de Migración y Extranjería prorrogó la detención administrativa del extranjero por un período de 60 días. En dicha ocasión se consideró: “SEXTO: Que en ese sentido, en el caso particular del señor de apellido [NOMBRE 01] de nombre [NOMBRE 01], por su permanencia irregular aunado a que el trámite de deportación aun no ha sido ejecutado (...) se generan elementos de convicción, bajo parámetros de lógica y razonabilidad, para tomar las*

medidas pertinentes y asegurar la presencia del citado extranjero en la tramitación del procedimiento correspondiente, el cual no ha concluido, lo procedente es dictar una prórroga de la medida cautelar de Aprehesión Administrativa". Finalmente, del 24 de enero de 2014, la Dirección General de Migración y Extranjería prorrogó por segunda ocasión la detención administrativa del tutelado, indicando lo siguiente: **"SEXTO: Que en el caso particular del señor de apellido [NOMBRE 01] de nombre [NOMBRE 01]; teniéndose demostrada su condición migratoria irregular y habiéndose dictado contra el extranjero resolución de deportación 135-2013-1132-DPLPPM de las doce horas con diez minutos del día diecisiete de enero de dos mil trece, la cual se encuentra firme (...) se generan elementos de convicción bajo parámetros de lógica y razonabilidad, para tomar las medidas pertinentes y asegurar la presencia del extranjero en la tramitación del procedimiento correspondiente, el cual no ha concluido, por lo que lo procedente es dictar una prórroga de la medida cautelar de Detención Administrativa**". En criterio de este Tribunal, dichas valoraciones resultan insuficientes para restringir en forma legítima la libertad de tránsito del tutelado, pues básicamente se hace referencia a la situación irregular del extranjero y a la necesidad de asegurar su presencia en la tramitación del procedimiento, sin que se emitir ningún otro razonamiento que explique las razones por las cuales no es procedente aplicar alguna o algunas de las otras medidas establecidas en el artículo 211 de la Ley General de Migración y Extranjería, y que son sustitutivas a la privación de libertad, pero que bien podrían haber sujetado al extranjero al proceso de deportación. A partir de lo anterior, es claro que la Administración faltó a su deber motivar y fundamentar debidamente las resoluciones administrativas privativas de libertad del tutelado, como obligación derivada del debido proceso y del derecho de defensa, por lo que se tiene por acreditada la violación a sus derechos fundamentales. Procede declarar con lugar el recurso; sin embargo, únicamente para efectos indemnizatorios".¹⁵⁹

¹⁵⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 3933 de las catorce horas cinco minutos del diecinueve de marzo de dos mil catorce.

Esta sentencia resulta valiosa para examinar la evolución que ha tenido la figura de la detención en la normativa costarricense, en tanto denota un análisis del caso concreto, permitiendo inclusive tener conocimiento y discutir sobre las razones dadas por Dirección General de Migración y Extranjería para privar de su libertad a la persona extranjera en situación irregular.

Inicialmente, la detención se realiza con fundamento en tres elementos: la permanencia irregular del extranjero en el país, el hecho de no haber realizado gestión alguna para regularizarse durante el tiempo de estadía en el país y el no contar con arraigo en el territorio nacional. Por estas razones se concluye que *“se generan elementos de convicción bajo parámetros de lógica y razonabilidad, de tomar las medidas pertinentes para asegurar la presencia del citado extranjero en la tramitación del procedimiento correspondiente”*. Este razonamiento omite de manera absoluta la justificación del porqué se debe aplicar la detención por encima de las demás medidas cautelares contempladas en la ley, denotando una prioridad por parte de las autoridades migratorias hacia la aplicación de la detención.

Posteriormente, la privación de libertad es prorrogada dos veces más. La primera por cuanto a su permanencia irregular, sumada a que el trámite de deportación aún no había sido ejecutado. La segunda prórroga considera que debe seguir detenido ya que se tiene por demostrada su condición migratoria irregular y por haberse dictado contra él resolución de deportación, la cual se encuentra firme.

La Sala, después de estudiar las razones antes expuestas, califica los fundamentos dados de insuficientes para decretar la detención de una persona en situación migratoria irregular. Se comparte dicho criterio por cuanto no se discute el hecho mismo de prorrogar la detención, ya que la ley es clara al permitir la ampliación de los plazos máximos, sino en cuanto a que dicha ampliación debe ser de carácter excepcional y debidamente justificada.

El artículo 31, inciso a, es expreso al mencionar que es posterior a la confirmación de la infracción por parte de la persona migrante y del descarte de una medida menos gravosa, que la Dirección General dictará el procedimiento de deportación. El estatus irregular del migrante y su falta de arraigo no son per se razones de detención ni tampoco eximentes para la consideración de una posible medida alternativa a la privación de libertad.

Tal y como se ha explicado, la ley también es clara al indicar en el inciso b del artículo citado, que es durante el plazo máximo de treinta días naturales en que debe ejecutarse la deportación, si bien se permite la prórroga, ésta igualmente debe ser especial y fundamentada.

Por lo anterior, las razones aducidas por la DGME en cuanto a que es necesaria la ampliación del plazo ya que “el trámite de deportación aún no había sido ejecutado” o por “encontrarse en firme el dictado de una orden de deportación” no se reputan como suficientes para fundamentar una privación de libertad. Lo anterior bajo el entendido de que la detención administrativa es una de las medidas cautelares aplicables para garantizar la presencia de la persona involucrada ante las autoridades migratorias a la hora de llevarse a cabo un proceso de deportación o expulsión. Por esto, debe aclararse que la mera orden de deportación no implica necesariamente una medida de detención, sino que debe justificarse por qué se adoptó esta y no otra de las medidas cautelares alternativas al confinamiento.

En la Resolución de 2014, la Sala, luego de exaltar a la libertad de tránsito como garantía individual establecida en la Constitución que debe ser protegida por las autoridades nacionales, se trate de personas nacionales o extranjeras, retoma el tema del plazo de la detención:

“El artículo 37 de la Constitución Política establece el principio de que nadie puede ser detenido sin indicio comprobado de haber cometido delito y sin mandato

*escrito de juez o de autoridad encargada del orden público, excepción hecha de los delitos cometidos en flagrancia. Es a partir de la integración de este artículo con la también disposición constitucional del artículo 22, que se desarrolla la libertad de tránsito como garantía individual que debe ser protegida y salvaguardada por las autoridades públicas. Por su parte, el artículo 18 de la Ley de Migración y Extranjería señala las competencias de la Policía Profesional de Migración y Extranjería, dentro de las cuales justamente se encuentran la aprehensión y custodia de las personas extranjeras a quienes deba realizárseles un estudio para verificar o definir su situación migratoria. De tal forma, esta disposición legal introduce un parámetro que en apego al artículo 22 de la Constitución Política –previsión establecida para los nacionales de Costa Rica-, desarrolla la disposición del artículo 37 de la Constitución y define un grupo especial de personas –las personas extranjeras- que pueden ser detenidas precautoriamente bajo situaciones especiales y para fines concretos, **detención que debe ser únicamente durante el tiempo estrictamente necesario para el cumplimiento de la actuación administrativa correspondiente, sea la verificación de su condición migratoria, o bien el dictado de una resolución que disponga las actuaciones a seguir**”.*¹⁶⁰

Nuevamente, se identifica que aunque la Sala reitera que la detención debe durar lo estrictamente necesario para el cumplimiento de un procedimiento administrativo determinado, no se hace referencia a los plazos máximos de detención contemplados en la normativa ni tampoco se reafirma la necesidad de una resolución fundada por parte de la autoridad migratoria correspondiente con la finalidad de extenderlos.

Del análisis legislativo y jurisprudencial efectuado, se concluye que a pesar de que existe una evolución positiva entorno al desarrollo de una presunción

¹⁶⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 14548 de las catorce horas y treinta y cuatro minutos del veintiséis de octubre del dos mil once. En el mismo sentido ver Resolución N° 6285-12.

contra la detención, todavía hay una serie de aspectos por mejorar tanto a nivel teórico como práctico.

Finalmente, a nivel jurisprudencial, en la Sentencia N° 1545 del presente año, se vislumbra un mejor análisis y una visión positiva por parte de la Sala Constitucional con relación al fundamento que debe contener una resolución que imponga la detención administrativa como medida cautelar. En este sentido la Sala indicó:

*“En reiteradas ocasiones, este Tribunal ha señalado que los extranjeros que ingresen a territorio nacional, se encuentran obligados a cumplir con los requisitos establecidos por la legislación nacional para poder permanecer en forma legal en el país, pues de lo contrario pueden ser deportados por la Dirección General de Migración y Extranjería. (...) esta Sala estima que si bien, aun cuando está justificado por la legislación y la jurisprudencia nacional, la actuación de las autoridades migratorias, también es lo cierto que este Tribunal en sentencias más recientes (2014-2030 y 2014-02425), ha venido indicando que **es obligación de las autoridades migratorias, al momento de ordenar la detención de un extranjero que se encuentre en condición irregular, a realizar un escrutinio más riguroso de la orden de detención, la cual no puede limitarse a la mera verificación mecánica de la condición irregular, del extranjero y de la emisión formal de una orden de aprehensión, sino que se debe profundizar tanto en la forma como en los motivos y justificación de esa privación de libertad, sobre todo cuando el propio legislador, en los artículos 31 y 211 de la Ley General de Migración y Extranjería vigente, ha reconocido la titularidad de los derechos y garantías constitucionales a las personas extranjeras, la excepcionalidad de la medida de aprehensión administrativa y un abanico de opciones sustitutivas a la privación de libertad. Lo anterior obliga a este Tribunal a velar porque este tipo de restricciones a ese derecho,***

sean debidamente fundamentadas y justifiquen las razones por las cuales se ordena".¹⁶¹

A pesar de que las autoridades competentes estén autorizadas por ley para cumplir la normativa migratoria, en resoluciones recientes la Sala ha sido enfática acerca de la obligación por parte de las mismas, de indicar de manera precisa y justificada los motivos, con base en el caso específico, por los cuales se descarta una medida alterna al confinamiento y se decide aplicar la detención administrativa con el fin para garantizar el cumplimiento de una orden de deportación o expulsión.

En el caso de la normativa, como se puede observar, a nivel discursivo existe un enfoque transversal de respeto y protección de los derechos humanos de las personas extranjeras y donde además se enuncia la excepcionalidad de la detención. Asimismo, se contemplan plazos máximos de aprehensión cautelar y detención administrativa, así como una serie de medidas cautelares alternas a la privación de libertad.

Sin embargo, se considera que es necesaria una sección más ordenada y sistemática, en la cual se regula la detención migratoria de una manera más acorde a los presupuestos de la presunción contra la detención. De igual forma, se considera necesaria la creación a futuro de un instrumento administrativo, preferiblemente un reglamento, donde se desarrollen los lineamientos de ejecución de la detención y las medidas alternativas a la misma.

En el caso de la jurisprudencia, se observa que no existe gran desarrollo de las implicaciones de la excepcionalidad de detención. Si bien ciertas resoluciones incluyen en su análisis fundamentos de jurisprudencia interamericana, los cuales

¹⁶¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1545 de las catorce horas treinta minutos del tres de febrero de dos mil quince.

se refieren a las implicaciones de la presunción citada, no hay una profundización suficiente en el tema.

La mayoría de las discusiones se centran en la duración de los plazos atinentes a la aprehensión cautelar y detención administrativa, sin existir un consenso real en el tema, por lo cual no es posible identificar una evolución progresiva en el análisis de casos prácticos.

CAPÍTULO TERCERO: Aplicación de la detención administrativa en la práctica

A. Resoluciones administrativas

Con el objetivo de evaluar la aplicación de la detención migratoria en la práctica, se analizarán una serie de resoluciones administrativas, emitidas por la Dirección General de Migración y Extranjería, referentes a la aplicación de dicha medida, su prórroga y el acuerdo de medidas alternas a la misma. Estos documentos corresponden al material al que se pudo tener acceso directamente por colaboración del personal encargado del CATECI.

En el año 2013, la DGME, en la Resolución DG-112-2013-CATECI, resolvió dictar detención administrativa a un ciudadano nicaragüense, mayor de edad, *“en aras de garantizar el debido proceso y ajustar el procedimiento al principio de legalidad en resguardo de sus derechos fundamentales”*.¹⁶²

De acuerdo a lo expuesto en el documento, el primer encuentro del extranjero con oficiales, se da en razón de presuntos disturbios, ocasionados en San Isidro del General, lo que conlleva una primera revisión policial en la Dirección Regional de Pérez Zeledón. Posterior a esto, el señor es llevado ante oficiales de la Policía Profesional de San José, quienes proceden con su traslado al CATECI.

La resolución indica que, de acuerdo a la búsqueda realizada en los sistemas informáticos de la DGME, contra él no se resolvía ningún otro procedimiento migratorio y que su ingreso a territorio costarricense fue legal. El conflicto recae en el hecho de que continuare su estancia en el territorio aun vencido el plazo autorizado, motivo por el cual se califica su estadía como irregular.

¹⁶² Dirección General de Migración y Extranjería, Resolución DG-112-2013-CATECI, San José al ser las nueve horas con cincuenta y cinco minutos del veintiocho de febrero de dos mil trece.

Si bien la ley permite la aplicación de una medida cautelar para asegurar la ejecución de los procedimientos sancionatorios, en ningún momento se analizan las razones concretas por las cuales se considera que la mejor opción para el caso concreto fuere aplicar el confinamiento.

El tercer considerando de esta resolución solamente menciona que dada la permanencia irregular del señor, sumado a la falta de arraigo y el hecho de no haber hecho trámites para regularizar su situación, genera elementos de convicción lógicos y razonables para emplear las medidas necesarias con el fin de asegurar su presencia. La justificación por parte de las autoridades migratorias termina ahí, y concluyen en el dictado de una detención administrativa.

Las condiciones de estadía irregular y la posibilidad de iniciar un procedimiento administrativo de deportación no son factores suficientes para concluir que debe aplicarse una detención administrativa. No se elabora un mayor desarrollo de las razones por las cuales la detención resultó la mejor medida por aplicar.

La privación de libertad no puede fundamentarse en generalidades. Las autoridades deben resguardar los derechos fundamentales del afectado, por lo cual deben justificar por qué se dicta una detención administrativa o algunas de las medidas alternas a la misma.

Posteriormente, en el mismo año, en la Resolución DG 237-2013-CATECI¹⁶³, la DGME impone medidas alternas a la detención, a un ciudadano dominicano, mayor de edad.

En cuanto a las personas provenientes de República Dominicana, para ingresar de manera regular a Costa Rica, se establecía la necesidad de presentar

¹⁶³ Dirección General de Migración y Extranjería, Resolución DG 237-2013-CATECI, San José, al ser las once horas con diecisiete minutos del veintiséis de abril de dos mil trece.

una visa consular, otorgándoseles un permiso de permanencia máxima de 30 días naturales. A diferencia de la situación anterior, en este caso, tanto el ingreso como la estadía fueron realizadas de forma irregular.

Ante este panorama, la DGME inició el procedimiento administrativo pertinente y ordenó la aplicación de las medidas necesarias para asegurar el mismo. No obstante, el afectado aportó un acta del Registro Civil, en la que constaba el reconocimiento formal por parte suya de una hija menor de edad nacida en Costa Rica.

Debido a lo anterior, se resuelve aplicar medidas menos gravosas: decomiso temporal de documentos (pasaporte) y presentación y firma periódica ante la Gestión de la Policía Profesional de Migración.

En este caso, se resalta el análisis efectuado por parte de la DGME, al considerar otros hechos además de la irregularidad de la condición migratoria para utilizar alguna medida. Si bien la resolución no establece expresamente en qué se basa su decisión, ya fuere en la existencia de un proceso civil pendiente o en virtud del interés superior del menor, se demuestra la posibilidad de llevar a cabo un análisis más amplio, que procure consecuencias menos gravosas para los derechos de las personas extranjeras involucradas. También muestra la posibilidad de combinar varias medidas alternas.

Con respecto a la prórroga de la detención migratoria, en la Resolución DG-312-2014-CATECI¹⁶⁴, la DGME decide ampliar el plazo de detención a un ciudadano rumano. Inicialmente, y producto de la búsqueda en los sistemas informáticos de migración, se constata que contra él se han dictado dos resoluciones de deportación (en marzo y mayo del 2014), las cuales se encuentran en firme. Esta resolución indica que al afectado se le impuso la medida

¹⁶⁴ Dirección General de Migración y Extranjería, Resolución DG-312-2014-CATECI, San José de las once horas con cincuenta y siete minutos del día primero de julio de dos mil catorce.

cautelar de detención administrativa el 9 de junio del 2014 (la prórroga se dicta el 1° de julio de 2014).

En la situación particular, se menciona que los extranjeros provenientes de Rumanía no requieren visa consular para ingresar al país y se les otorga un plazo máximo de permanencia de 90 días naturales. Se determina que el señor infringió la normativa al ingresar y permanecer de manera irregular.

La Policía Profesional de Migración, para el cumplimiento efectivo de la orden de deportación, se encontraba gestionando la compra de los tiquetes de viaje. No obstante, dicha diligencia tuvo que ser suspendida, motivo de un recurso de *habeas corpus* interpuesto por el afectado frente a la Sala Constitucional, el día 12 de junio del 2014, mismo que fue declarado sin lugar. Con base en esa suspensión, se solicita la prórroga de la medida para continuar con los trámites de la deportación.

Nuevamente, la falta de arraigo, el ingreso y permanencia irregular en el territorio nacional, aunando a los procedimientos iniciados para aplicar una orden firme de deportación, son los únicos argumentos que justifican la prórroga de una privación de libertad. Si bien la solicitud de la prórroga es permitida y aplicable de manera justificada, debe existir una fundamentación que explique por qué esos presupuestos son tomados en cuenta para no aplicar una medida alterna.

Aunado a lo anterior, la DGME determina que la ejecución material de la deportación no ha sido posible en razón a procedimientos atribuibles al extranjero. Es muy importante destacar que si bien la suspensión de la orden de deportación ocurre por hechos ajenos a la administración, el extranjero tiene el derecho a defender su libertad personal y cuestionar su detención.

A pesar de que la ley no lo diga expresamente, además de la posibilidad de apelar una medida cautelar frente ante el Tribunal Administrativo Migratorio, con

base en la Constitución Política, los afectados tienen el derecho de interponer un recurso de hábeas corpus ante la Sala Constitucional, independientemente de su condición migratoria regular o irregular, ya que, como se ha afirmado, los derechos humanos corresponden a todos, sin discriminación alguna, y en mayor grado sus mecanismos de defensa.

Siguiendo en la misma línea, se debe examinar el tipo de fundamentación que lleva a cabo la DGME con respecto a aquellas personas que además de las infracciones a la normativa migratoria, tengan antecedentes o algún procedimiento pendiente en materia penal.

En este sentido, en la Resolución DG-074-2015¹⁶⁵, la DGME decide imponer detención administrativa a un mayor de edad, de nacionalidad nicaragüense. El mismo fue remitido a la Policía Profesional de Migración, por el Juzgado de Ejecución de la Pena del Segundo Circuito Judicial de la Zona Atlántica, debido a que se abrió causa penal en su contra por el delito de robo agravado.

En ese caso particular, se presenta un cambio en cuanto al plazo de estadía inicial estatuido para las personas de nacionalidad nicaragüense. En un principio, el plazo máximo de estadía era de 30 días naturales, el cual aumentó a un máximo de 90 días naturales.

Además de la infracción administrativa, no se consigna otro procedimiento migratorio pendiente contra el afectado. Por ello, la aplicación de la medida cautelar de detención se basa en el ingreso irregular, el no haber realizado en el tiempo de estadía diligencia alguna para corregir su estatus migratorio, el no contar con arraigo ni domicilio en el territorio nacional, el no contar documentos

¹⁶⁵ Dirección General de Migración y Extranjería, Resolución DG.074-2015-CATECI, San José, al ser las catorce horas con cincuenta minutos de veintidós de enero de dos mil quince.

que acrediten su estatus y el hecho de que contra él se tramitaba una causa penal por el delito de robo agravado.

En esta resolución, se observa un mejor análisis por parte de DGME. A pesar de esto, es importante promover una justificación más completa, que vaya más allá de la enumeración de presupuestos, tales como falta de arraigo o falta de domicilio, y que incluya las razones por las cuales se descartan las medidas alternas al confinamiento y se opta por aplicar la detención administrativa.

Finalmente, resulta novedoso considerar “el peligro a la seguridad pública” como parámetro para valorar si los antecedentes penales deben o no justificar una detención administrativa.

En la siguiente resolución, al contrario, esa misma consideración logra que sea levantada la medida privativa de libertad y se aplique una medida menos gravosa.

En este sentido, en la Resolución DG-265-2015-CATECI¹⁶⁶, DGME resuelve levantar la medida de detención administrativa a una persona mayor, de nacionalidad nicaragüense.

Inicialmente, el afectado fue remitido a la orden de la Dirección General por el Juzgado Penal de Heredia, debido a que se tramitaba causa penal en su contra por el delito de lesiones; fue trasladado posteriormente al CATECI por encontrarse en situación migratoria irregular.

El Juzgado informó a las autoridades migratorias que, por la causa seguida en contra del extranjero, no se dictaron medidas cautelares, inclusive se contemplaba la posibilidad de solicitar el sobreseimiento definitivo.

¹⁶⁶ Dirección General de Migración y Extranjería. Resolución DG-265-2015-CATECI, San José, al ser las ocho horas con cinco minutos del diecisiete de abril de dos mil quince.

En vista de lo anterior, además de valorar la infracción a la normativa migratoria por no haber regularizado su situación durante el tiempo de estadía en el país, se valora de manera más profunda el hecho de que no hay certeza de la conclusión del proceso penal, por lo que también se torna incierta la ejecución de la orden de deportación. Por este motivo, se acuerda levantar la detención y se le aplica una medida menos gravosa: presentación y firma periódica en tanto sea resuelto el proceso penal en su contra.

Como se vislumbra del análisis de las resoluciones administrativas, a pesar de que jurisprudencia constitucional¹⁶⁷ ha indicado que existe una obligación por parte de la DGME de motivar adecuadamente la aplicación de medidas cautelares, bajo la premisa la excepcionalidad de la detención, se considera que aún no hay un análisis profundo que conlleve una decisión realmente fundamentada.

Igualmente, se denota la necesidad de establecer una serie de pautas o presupuestos que deben seguir las autoridades migratorias, a la hora de valorar un determinado caso, donde sea necesaria la imposición de una medida cautelar.

Si bien la DGME ya ha valorado supuestos tales como el arraigo, domicilio, antecedentes penales y peligro a la seguridad pública, la manera más efectiva de implementar una presunción contra la detención es desarrollándola vía legislativa.

B. Informe mensual de labores CATECI, marzo 2015

El presente informe, Oficio N° 173-04-2015-CATECI-EBB, se refiere a las gestiones realizadas por el CATECI en el mes de marzo del año 2015. Este documento corresponde al único informe facilitado por el CATECI para el desarrollo de esta investigación.

¹⁶⁷ En este sentido, ver resoluciones N° 2014-3933 y 2015-1545.

En primer lugar, se indica el número de detenciones administrativas emitidas contra personas extranjeras, registrándose un total de 41. Asimismo, se registra la cantidad de deportaciones efectuadas, las cuales fueron 75 y, finalmente, se establece el número de casos en que se aplicaron medidas alternas a la detención, para un total de 6.

DETENCIONES	
Nicaragua	34
Colombia	4
Jamaica	2
Senegal	1
Total	41

DEPORTACIONES	
Nicaragua	56
USA	2
Cuba	7
Panamá	1
México	1
Escocia	1
Colombia	6
Rumania	1
Total	75

MEDIDAS ALTERNAS	
Ghana	3
Nicaragua	1
Jamaica	1
Panamá	1
Total	6

Seguidamente, en el informe se efectúa una pequeña evaluación de las distintas áreas que componen el Centro. En cuanto al área administrativa, se cuenta con un asistente administrativo, quien apoya las operaciones diarias del Centro, dentro de las cuales están el control de asistencia y vacaciones, pedidos al CNP, recargas de gas, contratación de alquiler, etc.

Por su parte, se indica que el área de seguridad operativa está compuesta por 4 grupos de oficiales, quienes trabajan en rol de 2x2, grupos que deben ser de al menos 6 oficiales, 4 hombres y 2 mujeres, ya que población es predominantemente masculina. Se numeran los instrumentos de seguridad asignados a cada oficial para el ejercicio de sus funciones. Asimismo, se comunica la realización de requisas internas a las personas detenidas, como procedimiento de rutina, con la finalidad de mantener controlada y limpia el área de la celda, particularmente de sustancias prohibidas y armas hechizas.

En el caso del área de cocina, se informa que, semanalmente, se elabora un menú de manera anticipada, con el fin de procurar un mejor manejo de los recursos y una alimentación adecuada para la población.

En cuanto al área médica, se establece que, mediante el Consultorio Médico del Centro, se realiza un chequeo completo de la persona al ingresar, así como cada vez que sea requerido durante su estancia.

Por su parte, en el apartado de proyectos pendientes, se insiste en la necesaria adquisición de un nuevo Centro de Aprehensión, con la finalidad de garantizar mayores condiciones dignas para las personas sometidas a detención. Además, se insta a llevar a cabo la propuesta del convenio entre el Ministerio de Justicia, específicamente, Policía Penitenciaria y Policía de Migración, con el fin de lograr la capacitación recíproca de oficiales.

Finalmente, el informe plantea las siguientes recomendaciones:

- Mayor cantidad de oficiales para atender necesidades básicas y la custodia de la población detenida, así como el mantenimiento de las instalaciones del Centro.
- Que los oficiales designados para laborar en CATECI cuenten con un perfil idóneo para su cargo, con gran sentido de responsabilidad y alto grado ético profesional.

C. Informes del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura

Las condiciones a las que están expuestas las personas en detención administrativa ubicadas en el CATECI han sido objeto de estudio y discusión por parte del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura¹⁶⁸ de la Defensoría de los Habitantes -en adelante MNPT-. Las problemáticas, mayoritariamente, han girado en torno a la infraestructura inadecuada de dicho lugar.

Esta situación desemboca en otros conflictos, tales como la imposibilidad material para realizar la separación de categorías de manera efectiva, de acuerdo a estándares internacionales. Igualmente, se discuten las detenciones prolongadas y el manejo inadecuado del plazo de detención.

Seguidamente, se analizarán los informes del MNPT correspondientes a los años 2011, 2012, 2013 y 2014, referentes al tema de estudio.

En el año **2011**¹⁶⁹ el MNPT detectó una serie de problemáticas relacionadas a la detención administrativa, así como las necesidades y carencias infraestructurales de las instalaciones del CATECI.

¹⁶⁸ El Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura es el órgano designado por parte del Estado, mediante Ley N°9204, con la finalidad de efectuar inspecciones en lugares de detención, para prevenir la tortura y los malos tratos de las personas detenidas. Su constitución responde al Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura, el cual demanda a los Estados Parte la existencia de estos mecanismos, los cuales deben de contar con independencia de criterio, independencia funcional y acceso a presupuesto.

¹⁶⁹ Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, Defensoría de los Habitantes, Informe Anual de Labores (2011): 12,

En primer lugar, con relación al Centro, el informe indica que el inmueble no cumplía con los requisitos necesarios para funcionar como un centro de detención temporal. Lo anterior en tanto no contaba con el tamaño, diseño ni materiales de construcción aptos. Por ello, se recomienda la adquisición de un inmueble que cuente con las condiciones que garanticen el respeto de los derechos humanos de las personas detenidas.

En este sentido, es importante recordar que el resguardo a estos derechos, debe reflejarse también en instalaciones de detención adecuadas, que cubran las necesidades básicas. La LGME exige estas garantías al indicar en el artículo 31, inciso 5, punto c, que *“en caso de detención administrativa, la persona extranjera tendrá derecho a permanecer durante el período de aprehensión en un lugar que cuente con las condiciones necesarias para garantizar un trato digno y respetuoso, así como las especificidades de género, generacional o discapacidad”*.

Otro de los problemas analizados por el Mecanismo fueron las detenciones prolongadas, uno de los núcleos de este estudio y una problemática que aún se mantiene vigente.

En este informe se comenta el caso de un extranjero cuya estadía en detención ya superaba el año, sin que se llegara a una medida definitiva. Sobre este asunto, tal y como se ha reiterado en el desarrollo de esta investigación, el MNPT recuerda la importancia de respetar el plazo máximo de detención, el cual no debe superar los 30 días naturales establecidos para la ejecución de la deportación, a menos de que sea prorrogado mediante resolución fundada por parte del director(a) general.

En este sentido, el MNPT señala:

*“(…) la detención administrativa en cuestión ha sido prolongada en reiteradas ocasiones, lo cual pone de manifiesto el **faltante de límites y plazos para resolver definitivamente la situación migratoria de estas personas**. La detención administrativa que realiza la Dirección General de Migración y Extranjería **no puede constituirse en una privación de libertad indefinida**. La Ley N° 8764 es omisa en establecer un límite en cuanto al número de prórrogas que pueden ser autorizadas con el fin de evitar que el plazo de detención se prolongue en el tiempo, sin que se haya definido la situación migratoria de la persona que ha sido detenida”*.¹⁷⁰

Lo esbozado corresponde a las críticas hechas en la sección anterior a la Ley N° 8764.

Además, el MNPT vislumbra la falta de un límite de prórrogas que proteja a la persona extranjera frente a privaciones de libertad indefinidas. Expresamente:

*“El Mecanismo recuerda al Estado Costarricense que mantener a una persona detenida por tiempo indefinido en función de su condición migratoria, como en el caso mencionado, **es violatorio de la dignidad humana, del Derecho a la Integridad Personal, y, en consecuencia, se constituye en un trato cruel, inhumano y degradante**”*.¹⁷¹

Por ello, el impulso hacia el perfeccionamiento de la regulación migratoria con respecto a la detención migratoria tiene como objetivo no solo facilitar el actuar de las autoridades, sino que su eje fundamental debe ser el respeto de los

¹⁷⁰ Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (2011):13.

¹⁷¹ Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (2011):13.

derechos humanos de las personas extranjeras sometidas a dichos procedimientos.

Otro de los problemas señalados es la gran cantidad de personas extranjeras provenientes de centros penales, quienes después de haber cumplido la sentencia impuesta, son trasladadas al CATECI, sin que exista una coordinación previa entre las diferentes autoridades con el fin de agilizar los respectivos trámites de deportación.

De la misma forma, se establece la preocupación por los casos en que los despachos judiciales ubican a personas extranjeras en el CATECI, quienes tienen procesos judiciales pendientes, por lo que su detención no debería ser administrativa, sino judicial.

A pesar de lo anterior, en el año **2012**, como autoridad migratoria competente, la Dirección General de Migración y Extranjería conoció el caso particular de un ciudadano cubano que fue detenido el 22 de marzo de 2012 en el Aeropuerto Nacional Juan Santamaría¹⁷². Desde ese momento, fue ubicado en el “espacio destinado para albergar pasajeros con inconvenientes migratorios y estancia prolongada” del aeropuerto mencionado.

El MNPT, conjuntamente con la Dirección de Protección Especial y del Profesional Médica de la DHR, realizó dos inspecciones para verificar las situaciones y las condiciones en las cuales se encontraba dicha persona -en adelante E.A.F.- en el aeropuerto.

La coordinadora de Aeropuertos de Migración indicó que por disposición del art. 151 de la Ley General de Migración y Extranjería, la situación del señor E.A.F.

¹⁷² Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. Defensoría de los Habitantes. Informe Anual de Labores (2012): 9-14
http://www.dhr.go.cr/prevencion_de_la_tortura/mecanismo_nacional_prevencion/07_informe_anual_labores_2012.html

no era de detención ni aprehensión cautelar debido a que él se encontraba “a la orden de la línea aérea” en una situación de “tránsito prolongado”. Además, expresó que se le había permitido el acceso al área de dormitorios para que descansara y pudiera tener sus cosas allí, pero según mencionó no se encontraba detenido. Por tanto, aducía que la aerolínea era la encargada de solventar los gastos de alimentación, artículos básicos y servicios médicos.

Al respecto, el MNPT realizó las siguientes consideraciones:

En primer lugar, el período de detención se considera largo e indefinido. Si bien las autoridades migratorias plantearon que el señor E.A.F se encontraba en “tránsito prolongado”, en términos prácticos su libertad de tránsito fue restringida y únicamente tenía acceso a ciertas áreas dentro del aeropuerto, en las cuales se movilizaba bajo custodia. Por tanto, la autoridad responsable de la detención tenía la obligación de justificarle las razones de su privación de libertad.

En segundo lugar, si bien la aerolínea tenía una obligación pecuniaria con el señor E.A.F., en lo concerniente a las condiciones materiales en que se encontraba, no estaba autorizada para detenerlo, sino que por principio de legalidad, esto le correspondía a la autoridad migratoria u otra autoridad policial legítima.

En tercer lugar, dado que el señor E.A.F planteó una solicitud de refugio, las autoridades de migración debían definir las medidas adecuadas mientras se tramitaba dicha solicitud y en caso de que estas implicaran la privación de su libertad, garantizarle condiciones de detención acordes con la dignidad humana y un debido proceso no discriminatorio, de la misma forma en que se aplica a otros solicitantes de refugio.

Asimismo, podrían haberse tomado las medidas que regularmente se utilizan con otras personas solicitantes de refugio, tales como documentarlas con

un carné de solicitante mientras se realizan los trámites administrativos correspondientes.

En cuarto lugar, se determina que la detención efectuada no contempla fundamento legal alguno y su situación migratoria se encontraba indeterminada, por cuanto, a pesar de ser solicitante de refugio, se le estaban aplicando los supuestos de la figura de rechazo, colocándole en evidente posición de vulnerabilidad.

Tal situación ocasionó al afectado un deterioro en su salud, experimentado cuadros de angustia y depresión. No tuvo adecuado acceso a alimentos, ventilación ni iluminación natural. Asimismo, el lugar donde fue ubicado no cuenta con los estándares requeridos en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, en lo que respecta a personas detenidas por espacios prolongados.

Se concluye que el señor E.A.F fue sujeto de trato cruel o pena degradante, prohibidos por la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y por otros instrumentos de protección de derechos humanos nacionales e internacionales, como la CADH.

Ante esta dinámica de encierro, experimentándose condiciones materiales inadecuadas para una detención prolongada y los diversos padecimientos físicos, emocionales y psicológicos provocados, se determinó que el señor E.A.F fue sujeto de violaciones múltiples a la integridad personal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 5 de la CADH.

El MNPT solicitó a las autoridades migratorias que se resolviera este caso a la mayor brevedad, por lo que se trasladó al señor E.A.F al Centro de Aprehensión Temporal para Extranjeros en Condición Irregular. No obstante, al día siguiente (11 de mayo del 2012) se le aplicó la figura de rechazo y fue devuelto a Panamá,

desconociéndose qué decisión tomó este país en relación con su situación migratoria.

Además de las situaciones expuestas, el informe del MNPT del año 2012 reitera algunas de las problemáticas mencionadas. Sin embargo, esta vez se indican cuáles han sido las diligencias y aspectos positivos implementados en CATECI para solventar las carencias y faltas señaladas.

Nuevamente, se discute el tema de las condiciones inadecuadas del Centro de Aprehensión, ya que contaba con instalaciones que resultaban insuficientes para brindar la atención adecuada a las personas alojadas.¹⁷³

Lamentablemente, tal y como indica este informe, el Centro de Aprehensión es un inmueble arrendado, situación que se mantiene hasta hoy. Por lo anterior, las autoridades migratorias se encuentran limitadas a la hora de realizar las remodelaciones y adaptaciones necesarias.

El MNPT recomienda la adquisición de un inmueble propio del Estado, que permita dotar al Centro de las condiciones mínimas dictadas por los estándares internacionales. En este sentido, en respuesta a dicho conflicto, el MNPT menciona el esfuerzo en las diligencias por parte de la DGME:

“(...) tal y como lo indicó el personal del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura de la Defensoría de los Habitantes, las condiciones estructurales actuales de CATECI no resultan ser las más óptimas, situación de la cual esta Administración es consciente y ha desplegado sus esfuerzos para su corrección, en la medida de las posibilidades. No obstante, los esfuerzos se ven limitados por la condición que ostenta de arrendatario del inmueble, hecho que dificulta una inversión mayor a la efectuada en los últimos años, en la infraestructura actual.

¹⁷³ Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. Defensoría de los Habitantes. Informe Anual de Labores (2012): 14

Consciente de las falencias apuntadas supra, esta Administración ha iniciado las gestiones necesarias para la adquisición de un inmueble para la construcción de un Centro, que reúna las condiciones idóneas para el resguardo de las personas extranjeras aprehendidas (...).¹⁷⁴

Las limitaciones físicas del Centro resultan en otras consecuencias negativas tales como la imposibilidad por parte de las autoridades migratorias de realizar una separación efectiva de personas por categorías. El informe indica que la población con antecedentes judiciales se encontraba ubicada junto con personas en condiciones irregulares sin antecedentes judiciales, llevando incluso a conflictos constantes de convivencia. Al respecto, en cuanto a las personas remitidas al CATECI por parte de la Dirección General de Adaptación Social, las autoridades migratorias le han señalado al MNPT:

“(...) las condiciones físicas con que se cuenta en el Centro de Aprehensión, hace muy difícil que las personas provenientes de centros penales sean ubicados de manera distinta, ya que el espacio con que se cuenta para la permanencia de los aprehendidos (sic); esto no permite llevar a cabo una diferenciación entre las personas migrantes que han sido ingresados de forma ordinaria, por una irregularidad migratoria y los migrantes que provienen de centros penales, tras cumplir una sentencia privativa de libertad, por haber cometido un delito”.¹⁷⁵

En relación con lo anterior, se informa al personal del MNPT en la última inspección efectuada en el año 2012, que dos funcionarios de la Policía de Migración se encontraban visitando los centros penitenciarios para coordinar con las autoridades del Ministerio de Justicia y Paz, con la finalidad de que las

¹⁷⁴ Oficio n° DG-0538-02-2012 del 13 de febrero de 2012, citado en Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, Defensoría de los Habitantes, Informe Anual de Labores (2012): 15.

¹⁷⁵ Oficio n° DG-0538-02-2012 del 13 de febrero de 2012, citado en Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (2012): 15.

deportaciones de personas que ya han cumplido su sentencia, se haga de manera más pronta.

El MNPT ha establecido que, en caso de presentarse conflictos de convivencia entre las personas detenidas, el personal operacional del Centro es quien asiste en dichos casos y de considerarse necesario, se solicita apoyo al personal de la Fuerza Pública. En caso de que el problema se torne complicado, de manera que el conflicto persista, es posible tomar la medida de aislar en una celda a la persona que así lo amerite, hasta que la situación se estabilice.

Finalmente, se discute de nuevo la duración de las detenciones administrativas:

*“(...) en algunos procedimientos **excepcionales** el plazo de los 30 días no se cumple por situaciones externas, como por ejemplo: **cuando el extranjero se encuentra totalmente indocumentado y da nombres falsos, así como también dice ser de una nacionalidad diferente a la real y/o presenta condiciones particulares que impiden la celeridad en el procedimiento; razones por las cuales, el plazo se amplía, conforme la misma ley faculta ante estas situaciones**”.*

Por lo anterior, el Mecanismo recomendó a las autoridades encargadas llevar a cabo un análisis integral del procedimiento de deportación. De acuerdo al informe, al analizar el registro de fechas de ingreso y personas que se mantenían en dicha condición, se presentó una mejoría. Sin embargo, debe insistirse en la fundamentación de las resoluciones, las cuales resulten claras y expongan detalladamente la razón de utilizar una medida u otra.

Por otro lado, el MNPT rescata aspectos positivos, tales como la atención de salud por parte de un profesional médico, que permanece en las instalaciones y atiende tanto la salud general de la población como el estado de las personas al

momento del ingreso. Igualmente, en atención a las necesidades alimentarias, se menciona que el Centro contaba con tres personas encargadas del área de cocina y del manejo de suministros.

De manera conclusiva, el Mecanismo de Prevención, en pro del fortalecimiento del CATECI, requiere a las autoridades el realizar un análisis de las necesidades de recurso humano, tanto administrativo como operacional, y de brindar el presupuesto adecuado para fortalecer su servicio y, posteriormente, el necesario para la adquisición un nuevo inmueble que cumpla con las condiciones exigidas por los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos para las personas privadas de libertad.¹⁷⁶

Por su parte, en el año **2013**¹⁷⁷ se reiteran las mismas problemáticas analizadas en los informes anteriores. Nuevamente se reportan conflictos con relación al agotamiento de la infraestructura del CATECI, así como la imposibilidad de efectuar una adecuada separación de perfiles.

Indica este informe:

“Debido a las condiciones materiales y a la distribución de la infraestructura del Centro de Aprehensión, no existe posibilidad de separar a la población de acuerdo con los diferentes perfiles convivenciales que les caracterizan, las razones de su detención, el lugar de procedencia, y/o las necesidades de protección de grupos en situación de vulnerabilidad (por ejemplo víctimas del delito de tráfico ilícito de migrantes, trata de personas, etc.). Esta situación se ve agravada por la utilización de un espacio (infraestructura) cuya vida útil ya se agotó, y en el pasado se ha

¹⁷⁶ Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (2012): 16-17.

¹⁷⁷ Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. Defensoría de los Habitantes. Informe Anual de Labores (2013): 15.
http://www.dhr.go.cr/prevencion_de_la_tortura/mecanismo_nacional_prevencion/08_informe_anual_labores_2013.html

*visto expuesta a daños y otros factores de riesgo. Además, no es posible garantizar una atención adecuada, especializada y oportuna, de conformidad con las condiciones particulares de las poblaciones que estas personas representan”.*¹⁷⁸

La situación expuesta resulta grave y de urgente intervención. En este sentido, el MNPT insta a las autoridades a que en la mayor brevedad posible, ya sea que se construya o adquiera, la creación de un centro que cuente con las condiciones necesarias. Dentro de los aspectos por resolver está la temática de servicios sanitarios, duchas y tuberías de gas.

Finalmente, el informe más reciente del MNPT, del año **2014**, no dedica un apartado específico acerca del CATECI, no obstante, sí hace mención a un caso concreto, en el que se aprehendió a una persona extranjera en condición migratoria irregular, por parte de las delegaciones de Fuerza Pública:¹⁷⁹

El día 9 de junio de 2014, el MNPT efectuó una inspección en la Subdelegación de Fuerza Pública de Chacarita, provincia de Puntarenas. Durante la inspección de referencia, se verificó que en las celdas se encontraba ubicada una persona de nacionalidad estadounidense a la orden de la Dirección General de Migración y Extranjería.

De acuerdo con el Libro de Registro de Personas Aprehendidas que manejan las autoridades de ese puesto policial, el extranjero se encontraba a la orden de la DGME desde las 23:30 horas del domingo 8 de junio de 2014. En

¹⁷⁸ Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. Defensoría de los Habitantes. Informe Anual de Labores (2013): 16.

¹⁷⁹ Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. Defensoría de los Habitantes. Informe Anual de Labores (2014): 53-58
http://www.dhr.go.cr/prevencion_de_la_tortura/mecanismo_nacional_prevencion/09_informe_anual_labores_2014.html

dicho libro se consignó la situación de la persona aprehendida, la cual ya se había comunicado a un funcionario de Migración.

El MNPT puso en conocimiento de dicha situación a las autoridades migratorias regionales, ya que este se presentó en la Subdelegación a las 9:40 a.m. (la persona había sido aprehendida desde las 23:30 horas del día anterior) y cuando se retiró, al ser las 10:30 a.m., ningún funcionario de migración se había apersonado a atender el asunto.

Se indica que de acuerdo a información suministrada por las autoridades migratorias, en la Delegación Regional de Migración y Extranjería de Puntarenas no se contaba con un vehículo institucional disponible para atender la situación, por lo tanto, se estaba gestionando con autoridades de la Fuerza Pública de Puntarenas el traslado del funcionario de dicha Delegación hasta la Subdelegación de la Fuerza Pública de Chacarita. Esta situación produjo un atraso considerable para atender la situación hasta las 10:40, momento en que se verificó la condición migratoria regular del aprehendido y fue puesto en libertad.

Con base en lo anterior, el MNPT considera que de haber sucedido algún hecho que pusiera en peligro la integridad del afectado, al encontrarse en estado de ebriedad y ser ingresado a las celdas portando una faja y un llavero (situación por la cual se llevaron a cabo las observaciones pertinentes a los funcionarios de la Fuerza Pública) y en razón de que su libertad debía ser declarada por DGME posterior a la verificación de su condición migratoria, esta última también debería haberse tenido como responsable. Es decir, *“la protección de los derechos de la persona aprehendida se convierte en una responsabilidad compartida entre las autoridades de Fuerza Pública y de Migración y Extranjería”*.¹⁸⁰

¹⁸⁰ Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. Defensoría de los Habitantes. Informe Anual de Labores (2014): 54.

Además, considera que el plazo de más 11 horas que transcurrió para realizar la verificación resulta excesivo y abusivo en contra de los derechos y de dignidad de la persona. Al respecto se agrega que:

“(...) resulta necesario señalar que la Dirección General de Fuerza Pública, mediante Directriz N° 62-2010-DGFP, informó a las Delegaciones y Subdelegaciones que existe un plazo máximo de seis horas para poner a la orden de las autoridades correspondientes a las persona detenidas. (...) en la restricción de la libertad de una persona en aras de verificar su estatus migratorio, debe velarse porque el tiempo de aprehensión sea el menor posible, y que Fuerza Pública debe comunicar de forma inmediata a Migración la aprehensión de la persona y recabar la información acerca de sus datos personales de la manera más fidedigna posible, y que el personal de Migración debe verificar la condición migratoria de manera inmediata, y si dicha verificación se debe efectuar en horas o días no hábiles esa inmediatez debe ser la misma, porque el personal de Migración se encuentra en rol de disponibilidad.”¹⁸¹

¹⁸¹ Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. Defensoría de los Habitantes. Informe Anual de Labores (2014): 54-57.

CAPÍTULO CUARTO: Propuesta legislativa, buenas prácticas y recomendaciones en torno a la aplicación de la detención administrativa

Sección I: Detención administrativa y buenas prácticas a nivel internacional

En los capítulos anteriores se ha demostrado que, tanto el Derecho internacional como la normativa nacional, han asumido como premisa básica la protección efectiva de los derechos humanos de las personas extranjeras en la aplicación de la legislación migratoria.

El problema a nivel nacional, es que a pesar de la implementación de estándares internacionales de derechos humanos, y la tendencia teórica en pro de la excepcionalidad de la detención, la normativa aún no llega a ser precisa, deja algunos portillos abiertos a interpretación y dificulta el papel de las autoridades encargadas.

Ante este vacío normativo, en el presente capítulo, se formula una nueva propuesta, a título de recomendación, con el objetivo de implementar una mejor regulación de la figura de estudio.

Previo a conocer dicha propuesta, es pertinente realizar un examen de buenas prácticas legislativas a nivel internacional, que contemplen dicha figura y/o medidas alternas a la detención en el cumplimiento de procedimientos migratorios.

Como se ha indicado, al aplicarse una medida cautelar deben valorarse una serie de supuestos, con el fin de afectar en menor medida la libertad e integridad de las personas extranjeras sometidas a esta figura¹⁸².

¹⁸² International Detention Coalition, “Existen Alternativas: Manual para la prevención de la detención innecesaria de migrantes”, 20.

Tal y como ha mencionado la Sala en su resolución N° 3933-2014¹⁸³, el confinamiento no puede ser una respuesta directa a la irregularidad migratoria o la medida prioritaria a aplicar ante una orden de deportación o expulsión. Caso contrario, las autoridades migratorias restringirían innecesariamente el derecho a la libertad personal, en tanto se resuelve una determinada condición migratoria.

Según informes de International Detention Coalition (IDC), a nivel regional, países como Argentina y Canadá son ejemplos de buenas prácticas legislativas a la hora de aplicar la presunción contra la detención.

De acuerdo al último informe de IDC¹⁸⁴, en Argentina, la Ley de Inmigración N° 25.871, promulgada en el año 2004, reconoce al fenómeno de la migración como un derecho¹⁸⁵ y extiende la protección constitucional y de derechos humanos a todas las personas del país, independientemente de su situación jurídica migratoria. En esta misma ley, se les garantiza a las personas migrantes el derecho a la igualdad y a la no discriminación frente a los nacionales, entre otros.¹⁸⁶

IDC indica que la detención migratoria en este país se encuentra limitada, por ley y en la práctica, a casos aislados. Al igual que en Costa Rica, esta se contempla como una medida cautelar en aquellos procedimientos en que se haya

¹⁸³ Ver nota al pie n° 153.

¹⁸⁴ International Detention Coalition, *“There are Alternatives”* Australia, (2015):19, <http://idcoalition.org/publications/there-are-alternatives-revised-edition/>, consultado el 6 de octubre de 2015.

¹⁸⁵ Ministerio del Interior y Transporte, Dirección Nacional de Migraciones, Argentina, Ley 25.871, www.migraciones.gov.ar/pdf_varios/campana.../Libro_Ley_25.871.pdf, consultado el 5 de octubre de 2015.

Artículo 4: El derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad.

¹⁸⁶ Artículo 6: El Estado en todas sus jurisdicciones, asegurará el acceso igualitario a los inmigrantes y sus familias en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales, en particular lo referido a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social.

decretado una sanción administrativa, como la deportación en el caso costarricense. A pesar de ello, la ley señala la necesidad de que previo a la deportación, se le otorgue a la persona la oportunidad de examinar todas las opciones para regularizar su situación en un plazo concreto.¹⁸⁷

En el caso argentino, dichas medidas son decretadas por las autoridades migratorias, pero son revisables en corte y durante el plazo de la revisión no se ejecutará la detención. Con respecto a las garantías procesales, la asistencia legal gratuita se encuentra disponible durante todo el tiempo en que tarde en ejecutarse la orden de deportación.

Es importante destacar que tanto la detención como la deportación deben ser decretadas por un juez o tribunal, como medida de última ratio, después de que todas las medidas alternas resulten insuficientes. Esto resulta ser una gran diferencia con relación a la normativa migratoria costarricense, ya que como se ha discutido, la privación de libertad es aplicada por autoridades administrativas, lo que resulta tema de debate, tal y como se desarrolló en el primer capítulo, por su posible contradicción con la Constitución Política, específicamente en sus artículos 37 y 39.

Lo anterior marca una diferencia importante con respecto a la normativa costarricense. El artículo 194 de la actual LGME establece que la DGME, de oficio o a solicitud de parte, puede imponer las medidas cautelares necesarias con el fin de garantizar el cumplimiento de los procedimientos administrativos (como la deportación y expulsión). En dicho artículo se le brinda a la persona afectada por

¹⁸⁷ Artículo 61: Al constatar la irregularidad de la permanencia de un extranjero en el país, y atendiendo a las circunstancias de profesión del extranjero, su parentesco con nacionales argentinos, el plazo de permanencia acreditado y demás condiciones personales y sociales, la Dirección Nacional de Migraciones deberá conminarlo a regularizar su situación en el plazo perentorio que fije para tal efecto, bajo apercibimiento de decretar su expulsión. Vencido el plazo sin que se regularice la situación, la Dirección Nacional de Migraciones decretará su expulsión con efecto suspensivo y dará intervención y actuará como parte ante el Juez o Tribunal con competencia en la materia, a efectos de la revisión de la decisión administrativa de expulsión.

la medida la posibilidad de apelar ante el Tribunal Administrativo Migratorio, en el acto de notificación o dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación, sin embargo, la impugnación de dichas medidas no suspende la ejecución de estas.

En la normativa migratoria costarricense, la única forma de que se suspenda una orden de deportación es que la persona extranjera solicite la condición de refugiada. De esta forma, debe resolverse dicha solicitud antes de una posible ejecución de tal orden.

En Argentina, posterior al decreto de la medida, esta debe ser revisada por una autoridad judicial, en el tanto la persona extranjera puede disponer de su derecho a la libertad de manera efectiva, mientras no se tome la decisión final.

En Costa Rica, la autoridad migratoria es la que dispone de la detención y no necesita la revisión inmediata por parte de una autoridad superior. El Tribunal Administrativo estudia la viabilidad de la medida solo en el caso de que la parte apele, no obstante, esto no suspende la privación de libertad, la ley costarricense no proporciona ese “plazo de gracia” al afectado.

El anexo II de la ley argentina (Decreto 616-2010) establece que las órdenes de detención deben ser una medida precautoria de carácter excepcional, aplicable en aquellos casos en que, ante una orden final de deportación, exista riesgo de incumplimiento. El artículo 70¹⁸⁸ de dicho decreto señala plazos máximos de detención, a efectos de la ejecución de la orden de deportación.

¹⁸⁸ Artículo 70. *Firme y consentida la expulsión de un extranjero, el Ministerio del Interior o la Dirección Nacional de Migraciones, solicitarán a la autoridad judicial competente que ordene su retención, mediante resolución fundada, al sólo y único efecto de cumplir aquella.*

Excepcionalmente y cuando las características del caso lo justificare, la Dirección Nacional de Migraciones o el Ministerio del Interior podrán solicitar a la autoridad judicial la retención del extranjero aún cuando la orden de expulsión no se encuentre firme y consentida.

Producida tal retención y en el caso que el extranjero retenido alegara ser padre, hijo o cónyuge de argentino nativo, siempre que el matrimonio se hubiese celebrado con anterioridad al hecho que motivara la resolución, la Dirección Nacional de Migraciones deberá suspender la expulsión y constatar la existencia del

Dicho artículo se constituye como un importante referente en la defensa de una presunción a favor de la libertad. En este sentido, indica la ley que posterior a la firmeza de la orden de expulsión de un extranjero, las autoridades migratorias (el Ministerio del Interior o la Dirección Nacional de Migraciones) pueden solicitar la detención como medida cautelar, ante la autoridad judicial competente, mediante resolución fundada y con el único objetivo de hacer cumplir la expulsión. Solo en casos calificados las autoridades de migración podrían solicitar a la autoridad judicial la privación de libertad antes de la firmeza de la orden expulsión. En ningún caso el tiempo podrá rebasar el estrictamente indispensable para la ejecución de la misma.

Es novedoso, en comparación con la normativa costarricense, el hecho de que la ley contemple la suspensión de la privación de libertad en los casos en que el afectado alegue ser padre, hijo o cónyuge (el matrimonio debe haber sido celebrado con anterioridad al hecho que motiva la resolución) de un argentino nativo. Al presentarse dicha situación, las autoridades cuentan con un plazo de 48 horas hábiles para constatar dicho vínculo; en caso de ser cierto, el extranjero recuperaría de forma inmediata su libertad y se le habilita un procedimiento sumario de regularización migratoria.

vínculo alegado en un plazo de cuarenta y ocho (48) horas hábiles. Acreditado que fuera el vínculo el extranjero recuperará en forma inmediata su libertad y se habilitará respecto del mismo, un procedimiento sumario de regularización migratoria.

En todos los casos el tiempo de retención no podrá exceder el estrictamente indispensable para hacer efectiva la expulsión del extranjero. Producida la retención, se dará inmediato conocimiento de la misma al Juzgado que hubiere dictado la orden a tal efecto.

En el contexto nacional, el tema de la permanencia irregular de un extranjero que cuente con un vínculo matrimonial o hijos costarricenses ha sido estudiado en múltiples ocasiones por la Sala Constitucional, tal y como se ve en el siguiente extracto:

*“Esta Sala en resolución 2011-8002 de las 14:34 horas del 21 de junio del 2011 indicó: “La situación analizada en el presente caso, sea que el amparado es extranjero e ingresó ilegalmente al país; que se encuentra casado con una costarricense y tiene un hijo menor también de nacionalidad costarricense y actualmente no ha presentado ninguna gestión hasta el momento para formalizar su status migratorio-, ha sido conocida por la Sala en el siguiente sentido: En la sentencia No. 2008-012223 de las nueve horas y cuarenta minutos del doce de agosto del dos mil ocho dispuso: “De conformidad con lo anteriormente expuesto, y dado que lo resuelto por la Dirección General de Migración y Extranjería se encuentra ajustado al principio de legalidad, la Sala no advierte que ello lesione los derechos fundamentales del amparado, puesto que **este tribunal no puede reconocer a los extranjeros un derecho fundamental a permanecer de manera ilegal en el territorio nacional y a ignorar las disposiciones legales de orden público en torno a esta materia. En otras palabras, la sola existencia de un vínculo matrimonial, no puede suponer la derogación singular de las normas legales que rigen el ingreso y la permanencia de extranjeros en el territorio nacional”.**(lo resaltado no corresponde al original). Criterio que fue reiterado en la sentencia No. 2007-13055 de las 11:58 hrs. del 7 de setiembre de 2007, entre otras. («) Así las cosas, **éste Tribunal no puede reconocer a los extranjeros un derecho fundamental a permanecer de manera ilegal en el territorio nacional y a ignorar las disposiciones legales de orden público en torno a esta materia, pues la sola existencia de un vínculo matrimonial y un hijo costarricense, no puede suponer la derogación singular de las normas legales que rigen el ingreso y la permanencia de***

extranjeros en el territorio nacional (ver en el mismo sentido #2011-7198 de las 9:08 horas del 3 de junio del 2011) el destacado no corresponde al original".¹⁸⁹

La Sala considera que a pesar de que alguna persona alegue tener algún vínculo con costarricense, no se pueden ignorar las disposiciones legales de orden público en torno a la materia migratoria. Un caso como este no puede suponer una supresión singular de las normas legales que rigen el ingreso y la permanencia de extranjeros en el territorio nacional. Tampoco se contempla en el país un procedimiento expedito para regularizar la condición migratoria de estas personas en concreto.

La regulación de la detención migratoria en Argentina se configura como un importante punto de partida en la propuesta de un desarrollo adecuado de la presunción contra la detención a nivel nacional. Existe un desarrollo más amplio y detallado del actuar por parte de las autoridades migratorias en torno a la solicitud de privación de libertad.

La reglamentación al artículo 70 anteriormente citado, indica que en la solicitud de la detención migratoria ante la autoridad judicial deben constar los datos precisos de la persona y copia certificada de la orden firme de expulsión.

En este caso, la detención podrá imponerse por un plazo máximo de 15 días naturales. Al igual que la normativa costarricense, la ley permite la prórroga en aquellos casos en que no se haya ejecutado la deportación por razones ajenas a la autoridad migratoria y no sea posible, en el caso concreto, ordenar la liberación del extranjero; la medida puede ser prorrogada por un plazo máximo de 30 días naturales.

¹⁸⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 1118 de las catorce horas treinta minutos del veintiocho de enero de dos mil catorce.

Un elemento novedoso, en comparación a la LGME costarricense consiste en que en el caso de aplicarse la prórroga, las autoridades migratorias deben presentar cada 10 días un informe al órgano judicial competente, informando de todas las gestiones realizadas con el objetivo de realizar la expulsión y exponiendo las razones que justifican, en el caso concreto, la continuación de la medida privativa de libertad.

Esta regulación, al involucrar a una autoridad judicial en la aplicación de la detención, guarda gran similitud con la figura de la *revisión de la prisión preventiva*, contemplada en el Código Procesal Penal de Costa Rica, en los artículos 253 y 254¹⁹⁰. Esta norma establece la posibilidad de que el tribunal pueda revisar de manera periódica las condiciones que justificaron la imposición de la medida privativa de libertad. Lo anterior con el objetivo de examinar el estado actual del caso concreto y determinar si la medida debe continuar, ser modificada o sustituirse.

De igual forma, hay similitud con la aplicación de la prisión preventiva en la ley nacional, ya que esta debe fundarse en los presupuestos de los artículos 239 y 239 bis del Código Procesal Penal. En este sentido, la ley migratoria

¹⁹⁰ Artículo 253. *Revisión de la prisión preventiva. Durante los primeros tres meses de acordada la prisión preventiva su revisión sólo procederá cuando el tribunal estime que han variado las circunstancias por las cuales se decretó. Vencido ese plazo, el tribunal examinará de oficio, por lo menos cada tres meses, los presupuestos de la prisión o internación y, según el caso, ordenará su continuación, modificación, sustitución por otra medida o la libertad del imputado. El incumplimiento del deber de revisión periódica sólo producirá la aplicación del régimen disciplinario cuando corresponda. Después de transcurrir tres meses de haberse decretado la prisión preventiva, el imputado podrá solicitar su revisión cuando estime que no subsisten las circunstancias por las cuales se acordó. Sus solicitudes interrumpen el plazo señalado en el párrafo anterior. Al revisarse la prisión preventiva el tribunal tomará en consideración, especialmente, la peligrosidad del imputado y la suficiencia de los elementos probatorios para sostener razonablemente que es autor de un hecho punible o partícipe en él.*

Artículo 254. *Revisión, sustitución, modificación y cancelación de las medidas. Salvo lo dispuesto en el artículo anterior, el tribunal, aun de oficio y en cualquier estado del procedimiento, por resolución fundada revisará, sustituirá, modificará o cancelará la procedencia de las medidas cautelares y las circunstancias de su imposición, de conformidad con las reglas establecidas en este Código, cuando así se requiera por haber variado las condiciones que justificaron su imposición. Si la caución rendida es de carácter real y es sustituida por otra, será cancelada y los bienes afectados serán devueltos.*

argentina también sigue una serie de condiciones para el empleo de la detención migratoria.

Dicha ley es expresa al señalar que es posible prescindir del confinamiento, en tanto el interesado compruebe que cumplirá con la orden de expulsión en un plazo máximo de 72 horas a partir su firmeza y no existan circunstancias objetivas que establezcan lo contrario. De acuerdo a la IDC, en la práctica los migrantes que han sido sometidos a prisión por delitos penales son los únicos inmigrantes detenidos¹⁹¹.

En el caso en que aún no se encuentre firme la resolución de expulsión, solo se podrá requerir la privación de libertad en el tanto concurren circunstancias objetivas que hagan presumir el incumplimiento de la orden. La solicitud debe tener una descripción precisa de las razones por las cuales es necesaria la aplicación de dicha medida, pruebas documentales si las hubiere y la indicación del plazo solicitado.

La Ley General de Migración y Extranjería de Costa Rica no cuenta con presupuestos expresos por seguir en torno a la aplicación de la detención u otras medidas cautelares. Por el contrario, la ley migratoria argentina sí contempla un conjunto de elementos para determinar el riesgo de incumplimiento de la expulsión, los cuales son: a) arraigo, establecido por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, (b) las circunstancias y naturaleza del hecho por el cual se ordena su expulsión, (c) el comportamiento del extranjero durante el procedimiento administrativo que precedió a la orden de expulsión, en la medida en que indique cuál es su voluntad de someterse a la decisión final que se adopte y, en particular, si hubiese ocultado información sobre su identidad, o domicilio, o si hubiese proporcionado datos falsos (reglamentación artículo 70).

¹⁹¹ Regions, Americas, Argentina, International Detention Coalition, consultado el 6 de octubre de 2015, <http://idcoalition.org/americas/>

Otro de los países destacados a nivel americano por la IDC, al considerar dentro de su normativa que la detención no es necesaria, es Canadá. Este país contempla, en el manual Enforcement 20¹⁹², párrafo 3.1, las razones básicas por las cuales aplica una detención migratoria. Esta es una medida impuesta en los casos en que exista la posibilidad de incumplimiento por parte del extranjero de su verificación, audiencia de admisibilidad o expulsión del territorio canadiense¹⁹³.

Con base en la normativa costarricense, existe una similitud en el tanto la detención es aplicada como una medida cautelar, con el objetivo de cumplir efectivamente la orden de deportación. Sin embargo, ese es también el fin de las demás medidas cautelares expuestas en el artículo 211 de la actual LGME N° 8764.

Canadá, en contraste con Costa Rica, incorpora un elemento diferenciador para la aplicación del confinamiento. Otra de las razones por las cuales se podría utilizar dicha medida es la protección de la seguridad pública. La ley costarricense no cuenta con presupuestos diferenciadores que califiquen esta figura de manera más restrictiva.

La ley canadiense es enfática al señalar que las autoridades migratorias deben conocer de la existencia de alternativas a la detención. Además, supone que en los casos en que no exista peligro para la seguridad, se debe evitar la detención de personas en condiciones de vulnerabilidad tales como los adultos

¹⁹² Citizenship and Immigration, Enforcement 20 Detention, Canadá, <http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/>, consultado el 8 de octubre de 2015.

¹⁹³ **Arrest and detention with warrant**, *An officer may issue a warrant for the arrest and detention of a permanent resident or a foreign national who the officer has reasonable grounds to believe: is inadmissible; and is a danger to the public; or is unlikely to appear for examination, an admissibility hearing or removal from Canada.*

mayores, mujeres embarazadas, enfermos y personas discapacitadas.¹⁹⁴ En estos casos, la aplicación de medidas alternas a la detención debe ser la prioridad.

El párrafo 5.10 del manual prohíbe la detención de menores de edad, quienes deben recibir apoyo por parte de las agencias de protección destinadas a esta población. Este criterio se basa expresamente en documentos de derechos humanos, en el cual se establece la obligación de velar por el interés superior del menor:

*“(...) se afirma como un principio que un menor de edad puede ser detenido tan solo como medida de último recurso, tomando en cuenta otros criterios aplicables, incluyendo el interés superior del niño (...) es compatible con la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño a la que Canadá es un signataria y establece que una autoridad administrativa debe tomar en cuenta los intereses del menor (...) no se hace distinción entre un menor acompañado o no acompañado”.*¹⁹⁵
(Traducción propia).

Con relación a los menores de edad, la LGME indica en los artículos 11.7 y 18.23, la obligación por parte de las autoridades migratorias de convocar a un representante del Patronato Nacional de la Infancia (PANI) siempre que esté involucrado un menor de edad. El Código de la Niñez y la Adolescencia también

¹⁹⁴ Enforcement 20, párr. 5.13: *“Vulnerable groups. Where safety or security is not an issue, detention is to be avoided or considered as a last resort for the following: elderly persons; pregnant women; persons who are ill; persons who are handicapped; persons with behavioural or mental health problems. For persons falling into these categories, alternatives to detention should always be considered. Where detention is resorted to for non-danger or security cases, it should be for the shortest period of time and should be primarily focused on supporting removal. Where a person is detained, officers must ensure that any information pertaining to the person’s health or welfare is noted for the health care professionals responsible for the institution where the person is detained”.*

¹⁹⁵ *“(...) it is affirmed as a principle that a minor child shall be detained only as a measure of last resort, taking into account other applicable criteria including the best interests of the child. A60 is consistent with the UN Convention on the Rights of the Child to which Canada is a signatory and which provides that an administrative authority must take the interests of the child into account. IRPA makes no distinction between accompanied and unaccompanied minors.”*

requiere a las autoridades del patronato a acudir en protección de los menores de edad con la finalidad para garantizar el respeto sus derechos.

Esta regulación, si bien no es omisa, no es suficientemente clara en cuanto a la protección primordial que debe ser garantizada a los menores de edad.

Finalmente, en cuanto a este punto, si bien existen diferencias claras entre la legislación costarricense y las antes expuestas, tanto Argentina como Canadá cuentan con medidas alternativas a la detención muy similares a las costarricenses.

La Ley de Migración argentina, en su artículo 71, contempla la posibilidad de disponer la libertad provisional del afectado bajo caución real o juratoria¹⁹⁶, que debe ser impuesta analizando el caso concreto. A estos efectos, el extranjero a quien se le brinde el beneficio debe establecerse en un domicilio dentro de la jurisdicción de la autoridad migratoria e indicar su lugar de domicilio efectivo. Si se realizara un cambio, debe ser comunicado con anticipación a la autoridad migratoria correspondiente y si no se presentare, se revocará la medida alterna a la detención. En el caso de la caución, dicha ley también prohíbe la aplicación de una caución que perjudique a la persona en el tanto le resulte imposible de cumplir, por ello se deben tomar en cuenta su situación personal y las razones de la expulsión (ver reglamentación art. 71).

Al respecto, la LGME de Costa Rica dispone la caución (aparentemente real) como una medida alterna (art. 211.5), pero no la caución juratoria que sí se

¹⁹⁶ Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, 1° Edición electrónica (DATASCAN S.A., Guatemala): 54, <http://es.scribd.com/doc/31495851/Diccionario-Juridico-Manuel-Ossorio#scribd>, consultado el 11 de octubre de 2015: “*Caución Juratoria: La consistente en prometer, bajo juramento, la presentación ante el juez cada vez que se sea requerido para ello, fijando un domicilio del que no cabe ausentarse sin permiso judicial. Caución real: La que se constituye gravando con hipoteca bienes inmuebles, depositando la suma de dinero que el juez determine o depositando efectos públicos u otros papeles de crédito realizables al precio de su cotización*”.

establece como una medida alterna a la prisión en el derecho penal¹⁹⁷. En este caso, de nuevo la ley costarricense se queda atrás en cuanto a la falta de especificidad de los artículos. Ni la Ley ni el Reglamento migratorios valoran los criterios por seguir en la aplicación de la caución real ni de otra medida alternativa disponible.

En el caso de Canadá, al igual que en Costa Rica, el párrafo 5.11 del ENF 20, contempla la posibilidad de imponer medidas alternas a la privación de libertad, tales como el depósito de dinero, la presentación ante una autoridad migratoria (en fecha, hora y lugar estipulados previamente) o la participación en un programa de gestión de riesgos de terceros o “*third party risk management*”¹⁹⁸.

En comparación con la legislación costarricense, el depósito de dinero es semejante a la caución, al igual que la presentación ante la autoridad lo es a la firma periódica. Canadá contempla una opción positiva y novedosa al incluir la posibilidad de que terceros se involucren a través de un programa que permita la excepcionalidad de la detención. De acuerdo al párrafo 5.12, el programa de fianzas de Toronto es una agencia sin fines de lucro que proporciona una opción adicional a la detención, en aquellos casos en que las medidas anteriores no puedan aplicarse.

¹⁹⁷ Código Procesal Penal de Costa Rica. Artículo 246. Caución juratoria También se podrá prescindir de toda medida de coerción, cuando la promesa del imputado de someterse al procedimiento, de no obstaculizar la investigación y de abstenerse de cometer nuevos delitos, sea suficiente para eliminar el peligro de fuga, obstaculización o reincidencia.

¹⁹⁸ Ver párrafos 5.11 y 5.12 del ENF 20.

En este sentido, la regulación canadiense menciona:

“El “Toronto Bail Program” determina a cuáles personas detenidas les sería adecuada la aplicación de este tipo de supervisión. Los criterios de selección del programa y de la Agencia de Servicios Fronterizos de Canadá (CBSA) incluyen la voluntad de la persona extranjera de entregar su documento de viaje o de completar una aplicación para documentos de viaje antes de su liberación. Para que este programa sea exitoso, el individuo debe poseer la capacidad de entender y cumplir con los requisitos establecidos para la supervisión por parte de la comunidad. Durante el proceso de selección, el Programa de Fianza de Toronto busca de manera activa la identificación adecuada de fiadores o “bondsperson”, que puedan darle el respaldo a la persona detenida. Si se identifica un fiador, el Programa de Fianza de Toronto no es la alternativa adecuada a la detención (...) Si la persona detenida es adecuada para el programa, este hace una oferta de supervisión en respaldo del mismo durante una revisión de la detención ante la División de Inmigración”.¹⁹⁹ (Traducción propia).

La ICD explica cuál es la función de ese fiador o “bondsperson”, indica que Canadá cuenta con un sistema de fiadores, los cuales aceptan pagar una fianza monetaria por anticipado, que será devuelta si la persona cumple con las condiciones de su liberación, tales como brindar un domicilio específico, entregar sus documentos de viajes o presentando informes.²⁰⁰

¹⁹⁹ Enforcement 20, párr. 5.12: *“The Toronto Bail Program determines which detained clients would be suitable for this type of community supervision. The selection criteria developed by the program and the CBSA include a person’s willingness to surrender their travel document or to complete an application for travel documents prior to release. In order for this program to be successful, the individual must possess the ability to understand and comply with the requirements established for community supervision. During the selection process the Toronto Bail Program actively seeks to identify suitable bondspersons who could come forward on behalf of the detainee. If a suitable bondsperson is identified, the Toronto Bail Program is not the appropriate alternative to detention. If a detainee is deemed suitable for this program, the Toronto Bail Program makes an offer of supervision on behalf of a detainee during a detention review to the Immigration Division for their consideration”.*

²⁰⁰ Regions, Americas, Canadá, Alternatives to Detention, International Detention Coalition, <http://idcoalition.org/issues/alternatives-to-detention/>, consultado el 5 de octubre de 2015.

Otro de los elementos a tomar en cuenta para garantizar el desarrollo de la presunción contra la detención consiste en efectuar un análisis del caso concreto. Tal y como se ha explicado, esto permite que las autoridades encargadas puedan evaluar los niveles de riesgo y vulnerabilidad, así como las fortalezas de cada persona, con el fin de ejecutar la medida más apta, no solo para la efectiva ejecución del procedimiento de deportación o expulsión, sino también pretendiendo afectar de menor manera los derechos de la persona extranjera.

Algunos casos contemplados por categorías como grupos vulnerables son: *“por edad, adultos mayores y menores de edad (acompañados o separados); por género (mujeres en riesgo, en estado de lactancia o embarazadas), orientación sexual o identidad de géneros; salud, enfermedades o discapacidades físicas o mentales, psicosociales o de bienestar; y personas en necesidad de protección como las personas refugiadas, sobrevivientes de tortura o trata, violencia de género o sexual”*.²⁰¹

Como se ha mencionado, este enfoque tiene mayor fuerza si se contempla de forma expresa en la ley. Canadá, por ejemplo, introduce la excepcionalidad de la detención para grupos vulnerables, tales como menores de edad (acompañados o no), adultos mayores, mujeres embarazadas, entre otros. En esa misma línea, la LGME estipula la intervención del PANI en los procedimientos en que se vean involucrados menores de edad y no permite la expulsión de menores no acompañados.

En el mismo sentido, la ley de migración panameña, decreto N°3²⁰², en su artículo 66, indica que al ordenar un procedimiento de deportación, en que se

²⁰¹ International Detention Coalition, “Existen Alternativas: Manual para la prevención de la detención innecesaria de migrantes”, 25.

²⁰²Decreto Ley N°3 del 22 de febrero de 2008, Panamá, <https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/25986/9070.pdf>, consultado el 11 de octubre de 2015.

involucren menores, se debe atender al interés superior del menor y la unidad familiar. El artículo 80 de dicha ley remite a un análisis del caso concreto, tomando en cuenta las particularidades de los grupos vulnerables.

Mediante esta regulación se crea una unidad de atención a las víctimas de trata de personas, con el fin de brindar un trato integral independientemente de la condición migratoria. La ley dispone de un tratamiento especial para las personas en estas condiciones, hasta que su situación se defina o se resuelva, y se guardará confidencialidad de los actos judiciales en que la persona sea partícipe.

La ley panameña indica en el artículo 93²⁰³ que los albergues preventivos para extranjeros que infrinjan la ley, están destinados únicamente para personas mayores de edad. En el caso de los menores, estos serán puestos bajo la protección del Ministerio de Desarrollo Social.

Por su parte, la ley migratoria australiana también contempla la excepción de la detención para menores de edad. En la parte preliminar de la *Migration Act 1958*²⁰⁴, punto 4AA, la ley es expresa al señalar que es un principio que la detención de un menor debe ser de último recurso. Si bien es positivo que se vea como una excepcionalidad, el artículo es abierto pues siempre permite como último recurso.

Así como muchos países contemplan a la detención migratoria como medida de control, un ejemplo de lo contrario es la Ley de Extranjería y Migración

²⁰³ Artículo 93: El Servicio Nacional de Migración creará albergues preventivos de corta estancia destinados a mantener, a órdenes de la institución, a los extranjeros infractores de la legislación migratoria. El reglamento desarrollará el funcionamiento de estos albergues preventivos, los estándares y servicios mínimos, velando por el respeto de los derechos humanos. Solo podrán albergarse en ellos personas mayores de dieciocho años de edad. Las personas menores de edad serán puestas bajo la protección del Ministerio de Desarrollo Social, y se comunicará al representante diplomático o consular de su país de origen o residencia, si éste estuviere acreditado en la República de Panamá, o a un gobierno amigo en caso que no lo estuviere.

²⁰⁴ Migration Act 1958 and Amendments, Australia, <https://www.comlaw.gov.au/.../0b311061-2fd8-452f-a180-c222d2de98a8>, consultado el 11 de octubre de 2015.

de Venezuela²⁰⁵, la cual no contempla la figura de la detención dentro de las medidas cautelares para garantizar las órdenes de expulsión o deportación. El artículo 46 de dicha ley incluye dentro de las medidas aplicables: la presentación periódica ante las autoridades, arresto domiciliario, caución, residenciarse en una determinada localidad y cualquier otra que la autoridad considere, siempre y cuando la medida *“no implique una privación o restricción del derecho a la libertad personal”*.²⁰⁶

Tal y como se ha establecido a lo largo de la presente investigación, la detención migratoria debe computarse como la última ratio. Sin embargo, se considera que es necesario que forme parte de las medidas cautelares a escoger, ya que en ciertos casos su utilización resulta necesaria.

²⁰⁵ Ley de Extranjería y Migración de Venezuela N° 37.944, <http://www.cne.gob.ve/registrocivil/index.php/documento/8>, consultado el 11 de octubre de 2015.

²⁰⁶ Ley de Extranjería y Migración de Venezuela N° 37.944, Artículo 46, Inciso 5.

Sección II: Propuesta legislativa y recomendaciones

A. Propuesta legislativa

A través del análisis realizado en los capítulos anteriores, se llega a la conclusión de que tanto en la normativa migratoria, como en la jurisprudencia nacional, existen vacíos y contradicciones que no permiten que se desarrolle de manera efectiva la presunción contra la detención.

A pesar de los esfuerzos realizados, aún se evidencia falta de orden y claridad con respecto a la aplicación de la detención administrativa y sus medidas alternas en la normativa migratoria nacional. Dicha situación se evidencia también a través del análisis jurisprudencial, el cual revela la ausencia de una línea de pensamiento constante y coherente con el desarrollo legislativo de la figura de la detención administrativa, por parte de la Sala Constitucional.

Es por esto que, con base en el análisis realizado, se formula la siguiente propuesta, a título de recomendación, de una nueva sección en la actual Ley General de Migración y Extranjería, la cual se construye a partir de distintos insumos, tales como leyes extranjeras, doctrina y jurisprudencia, tanto nacionales como internacionales. Su estructura parte de una sistematización de los artículos referentes a la materia que se encuentran ubicados en la LGME, el RCM e instrumentos e informes de carácter administrativo.

La propuesta se ordena de la siguiente manera:

LEY GENERAL DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA
N° 8764

CAPÍTULO IV
PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

SECCIÓN III
MEDIDAS CAUTELARES

ARTÍCULO I:

La Dirección General, durante la tramitación de los procedimientos administrativos de deportación y expulsión, cuenta con una serie de medidas cautelares que podrán ser aplicadas, con la finalidad de garantizar la presencia de las personas extranjeras involucradas al momento de su ejecución.

Excepcionalmente, y de acuerdo a las características del caso concreto, la Dirección General únicamente podrá acordar como medida cautelar la detención de la persona extranjera, cuando las medidas alternativas a la misma no fueren adecuadas, y de conformidad con los plazos establecidos en la presente ley.

ARTÍCULO II:

En el caso de las personas extranjeras que sean detectadas por la autoridad migratoria o cualquier cuerpo policial y que no demuestren su identidad o su permanencia regular en el país, la autoridad involucrada deberá verificar su condición migratoria o su nacionalidad por todos los medios posibles. A estos efectos, podrá trasladarse a las oficinas de la Dirección General o al Centro de Aprehensión Temporal para Extranjeros en Condición Irregular (CATECI).

La Policía Especial de Migración es la encargada de hacer efectiva la aprehensión, así como de trasladar a las personas que así lo ameriten al CATECI.

ARTÍCULO III:

A efectos de verificar la condición migratoria de la persona extranjera involucrada, podrá dictarse aprehensión cautelar por un máximo de veinticuatro horas. Este plazo podrá ser ampliado en situaciones especiales y bajo resolución justificada y emitida por el Director General.

ARTÍCULO IV:

Confirmada la infracción migratoria y al descartarse otra medida menos gravosa, la Dirección General deberá dictar una orden de deportación o de expulsión, según corresponda.

ARTÍCULO V:

Con la finalidad de garantizar la presencia de las personas extranjeras ante las autoridades migratorias, a la hora de ejecutar la orden dictada y de acuerdo a los enunciados anteriores, las medidas cautelares aplicables son las siguientes:

- 1) Presentación y firma periódica ante las autoridades competentes.
- 2) Decomiso temporal de documentos.
- 3) Detención domiciliaria.
- 4) Detención administrativa.

Según lo requiera el caso concreto, la Dirección General podrá acordar una sola de las alternativas a la detención o combinar varias de ellas.

ARTÍCULO VI:

Para determinar si resulta o no factible la aplicación de la detención administrativa, deben considerarse los siguientes supuestos:

- a) Arraigo. Para su determinación debe valorarse la existencia de un domicilio, residencia habitual, asiento de su familia, de negocios o de trabajo.
- b) Las circunstancias por las cuales se ordena su deportación o expulsión.
- c) El comportamiento de la persona extranjera durante el procedimiento administrativo que precedió a la orden de deportación o expulsión, en la medida en que indique cuál es su voluntad de someterse a la decisión final emitida por parte de las autoridades administrativas.
- d) La omisión o falsificación de información o documentos de identidad, o domicilio. La incapacidad de presentar documentación no debe interpretarse de manera automática como falta de voluntad para cooperar o como una actuación que atente a la seguridad pública. Los solicitantes de asilo que llegan sin documentación porque no pueden obtenerla en su país de origen, no deben ser detenidos únicamente por esta razón. Debe indagarse en los motivos por los cuales no fue posible presentar dicha documentación o los que dieron pie a la falsificación de la misma.
- e) Antecedentes penales que representen un peligro contra la seguridad nacional: comisión de delitos de *lesa humanidad*, o de delitos comunes graves en su país de origen, territorio costarricense o en cualquier otro país.

ARTÍCULO VII:

Para el dictado de cualquiera de las medidas anteriores, la Dirección General deberá emitir una resolución fundada en la cual indique las razones por las cuales estima que la medida escogida resulta la más idónea para el caso.

ARTÍCULO VIII:

De acuerdo al artículo 194 de la presente ley, las medidas cautelares dictadas por la Dirección General podrán ser impugnadas mediante recurso de apelación ante el Tribunal Administrativo Migratorio, en el acto de notificación o dentro de los tres días hábiles siguientes a la misma.

Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo a los artículos 48 de la Constitución Política y 15 a 28 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, la persona detenida podrá solicitar la revisión de su privación de libertad mediante recurso de hábeas corpus interpuesto ante la Sala Constitucional.

La impugnación de las medidas cautelares no suspenderá la ejecución del acto principal.

ARTÍCULO IX:

En caso de incumplirse alguna de las medidas alternas a la detención, la persona involucrada será requerida ante la autoridad migratoria competente para que, de manera justificada, determine la aplicación de la nueva medida que considere pertinente.

SECCIÓN IV

DETENCIÓN ADMINISTRATIVA

ARTÍCULO X:

Las personas extranjeras únicamente podrán ser detenidas según lo dispuesto por la Constitución Política, las leyes y las disposiciones contempladas en el presente cuerpo normativo.

En la aplicación de la normativa migratoria, y en procura de una presunción contra la detención, la libertad personal podrá ser limitada únicamente en supuestos y condiciones de carácter excepcional, siempre y cuando no exista otra medida menos gravosa. Debe garantizarse una valoración individualizada, diferenciada y acorde a los principios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, con el fin de que las autoridades puedan identificar y evaluar los niveles de riesgo y vulnerabilidad, así como las fortalezas y necesidades de cada individuo.

Artículo XI:

Posterior a la verificación de la condición migratoria de la persona extranjera, y al determinarse que la medida cautelar más adecuada a su caso es la detención administrativa, se llevarán a cabo las siguientes actuaciones:

a) Antes de la ejecución de la orden correspondiente, la Dirección General remitirá esta decisión al consulado del país de nacionalidad o procedencia de la persona extranjera, para que en el término perentorio de setenta y dos horas emita el documento de viaje respectivo o, en caso de considerarse persona apátrida, lo reconozca como connacional suyo. Vencido este término, de no existir respuesta de la representación consular correspondiente, la Dirección General emitirá un documento de viaje y lo comunicará al consulado respectivo. Dicho término se computará dentro del plazo establecido para ejecutar la orden de deportación o expulsión ordenadas.

b) Con la finalidad de ejecutar la sanción determinada, la detención administrativa no podrá exceder el plazo máximo de treinta días naturales, plazo en que deberá ejecutarse la deportación o expulsión dictada. Este plazo podrá ser ampliado en situaciones especiales y justificadas por parte de la Dirección General.

c) Para efectos de fiscalizar que la prórroga dictada no se extienda de forma arbitraria, el gestor/a del CATECI deberá emitir un informe cada 15 días a la Dirección General, en el cual se detallen las actuaciones que se están llevando a cabo para agilizar los trámites necesarios para la ejecución del procedimiento de deportación o de expulsión dictado.

Artículo XII: Garantías procesales

Toda persona extranjera que se encuentre sometida a detención migratoria tendrá derecho a:

a) Ser informada de las razones de su privación de libertad.

b) Acceso a un abogado por cuenta propia.

c) Posibilidad de comunicación con sus familiares, representante legal, y en caso de personas refugiadas o solicitantes de dicha condición, la posibilidad de contactar y ser contactado por el Subproceso de Refugio de la Dirección General y la oficina del ACNUR.

d) Asistencia consular.

e) Acceso a un intérprete.

f) Pleno acceso al expediente administrativo.

g) A recurrir la resolución administrativa que dicta la detención como medida cautelar aplicable.

h) Respeto de plazos máximos correspondientes a la aprehensión cautelar y a la detención administrativa, y a una debida justificación por parte del Director/a General ante prórroga de los mismos.

Artículo XIII: Separación por categorías

Los criterios mínimos para la ubicación de personas en los centros de aprehensión serán: género, núcleos familiares y separación de personas que tienen antecedentes penales de las que no han sido procesados por comisión de delitos.

Cuando del análisis del caso concreto se determine que la persona se encuentra en una situación de vulnerabilidad, se procederá a ubicarla en la sección de los centros que haya sido reservada para estos efectos.

Deberán valorarse como posibles vulnerabilidades las siguientes categorías:

- a) Edad.
- b) Género (por ejemplo, mujeres en riesgo, en estado de lactancia o embarazadas).
- c) Orientación sexual o identidad de género.
- d) Salud, enfermedades o discapacidades físicas o mentales.
- e) Personas con necesidad de protección internacional como las personas refugiadas y solicitantes de dicha condición, apátridas, sobrevivientes de tortura o trata y violencia de género o sexual.

Artículo XIV: Menores de edad

Independientemente de su condición migratoria, y en virtud del interés superior del niño, en ningún supuesto procederá la detención de personas menores de edad, sean estas acompañadas, no acompañadas o separadas.

En este caso, el PANI deberá ser notificado de forma inmediata, con la finalidad de identificar soluciones alternativas y que de esta forma reciban un alojamiento y supervisión adecuados. En el caso de personas menores acompañadas por sus padres, se deberán considerar todas las alternativas a la detención que resultaren apropiadas.

Artículo XV: Tráfico y trata de personas

En caso de que se compruebe que la persona detenida es víctima del delito de tráfico o trata de personas, las autoridades migratorias deben garantizar la protección, atención y defensa de las mismas. A tales efectos, deberá coordinar con las instituciones competentes que garanticen el resguardo de dichas garantías.

El personal del Centro de Aprehensión deberá comunicarse con la Coalición Nacional contra el Tráfico Ilícito de Migrantes y la Trata de Personas, sin perjuicio de la gestión que se realice ante el Ministerio Público.

Artículo XVI: Refugiados y solicitantes de dicha condición

En cualquier etapa del procedimiento de verificación de la condición migratoria, en caso de que la persona detenida solicite la condición de refugiada, será obligación del personal del Centro de Aprehensión comunicarse con el Subproceso de Refugiados de la Dirección General, para brindarle acceso a dicho procedimiento y que se le expenda la documentación provisional correspondiente.

En el caso de que la verificación concluya que se trata de un solicitante de la condición de persona refugiada, será puesto en libertad, con excepción de las siguientes circunstancias:

- a) Que la persona se encuentre bajo investigación judicial. En este caso la persona será puesta a la orden del cuerpo judicial correspondiente para su detención.
- b) Que la solicitud de la condición de persona refugiada sea manifiestamente infundada o abusiva.
- c) Cuando la Dirección General tenga motivos fundados de carácter de orden público y de seguridad nacional.
- d) Que se trate de una persona que inició el proceso y no fue concluido o se le reconoció el estatus de la condición de persona refugiada en otro país, para lo

cual se realizarán las coordinaciones necesarias para su retorno, permaneciendo en el Centro en calidad de albergado, el tiempo estrictamente necesario por razones humanitarias.

En el caso de que la verificación concluya que se trata de una persona refugiada reconocida en Costa Rica, será puesta en libertad, siempre que no se encuentre en las circunstancias previstas en el enunciado anterior, en cuyo caso se deberá coordinar con las autoridades judiciales competentes. Si se trate de una persona refugiada declarada en otro país, se realizarán las coordinaciones para su retorno, permaneciendo en el Centro en calidad de albergado, el tiempo estrictamente necesario por razones humanitarias.

La solicitud de la condición de persona refugiada suspenderá el acto administrativo principal, hasta tanto esta no sea resuelta.

B. Recomendaciones

En la presente sección se proponen una serie de observaciones y recomendaciones, con la finalidad de que se regule de mejor manera la aplicación de la detención administrativa y de las medidas alternativas a la misma

En cuanto a las medidas cautelares alternas al confinamiento y especificaciones procesales de la detención administrativa, es menester que sean desarrolladas de forma adecuada tanto en el Reglamento de Control Migratorio como en el instrumento administrativo que regule la gestión del CATECI (ya sea mediante actualización del Manual Administrativo o la creación de un nuevo documento).

A estos efectos, debe considerarse como parámetro fundamental que, en caso de aplicarse una detención migratoria, esta debe resultar idónea y necesaria, es decir, indispensable para conseguir el fin deseado, garantizándose que no exista medida menos gravosa que se adecúe de mejor manera al caso concreto.

De la misma forma, debe resultar estrictamente proporcional, por lo que la restricción al derecho a la libertad no debe resultar exagerada con respecto al cumplimiento de la finalidad perseguida. En caso de no cumplirse con estos supuestos, la detención se computará arbitraria y, por tanto, violatoria el artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos²⁰⁷.

Las siguientes recomendaciones se realizarán tomando en cuenta las observaciones elaboradas en la sección III del capítulo segundo.

a. Medidas cautelares alternas a la detención administrativa

En cuanto a las medidas cautelares alternas a la detención administrativa, como ya se estableció, la única que se encuentra desarrollada, tanto en el RCM como en el Manual Administrativo, es la presentación y firma periódica.

El RCM recoge las disposiciones establecidas en los artículos 126-128 del Manual Administrativo, pero agrega los supuestos en los cuales procederá la aplicación de dicha medida²⁰⁸ (art. 243). De la misma forma, en el art. 244 -además de establecerse la obligación de las personas extranjeras de atender las citaciones pactadas, y de la facultad de las autoridades migratorias o cualquier cuerpo policial para trasladar a estas personas en caso de incumplimiento-, se agrega que en caso de no acatarse esta medida, la misma autoridad que la impuso en un inicio podrá acordar la aplicación de una distinta.

²⁰⁷ "Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal:

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

²⁰⁸ "a. Resulte imposible trasladar a la persona extranjera a las oficinas de la autoridad policial que realiza la investigación

b. Se demuestre que existe un arraigo en el territorio nacional del cual deberá dejarse constancia en el expediente".

Los arts. 245 del RCM y el 127 del Manual Administrativo establecen los mismos requisitos que deberá contener la citación: fecha y hora en que se emite el documento, nombre y apellidos, número de identificación y autoridad que cita; nombre y apellidos de la persona extranjera, dirección de la oficina, el día y hora en la que debe apersonarse la persona extranjera, el asunto para el cual se cita y la firma del funcionario que cita.

Se considera que, en general, la regulación de esta medida es adecuada. Para un mejor cumplimiento de la misma, es importante evitar que las condiciones de comparecencia resulten de alto costo, ya que esto podría generar que las personas que estuvieren dispuestas a cumplir, no pudieran presentarse por motivos económicos. Por ejemplo, si la comparecencia implica que una persona y/o su familia viajen largas distancias, teniendo que cubrir ellos mismos los costos, podría suceder que no logren asistir a la citación, lo cual resultaría discriminatorio.²⁰⁹

En cuanto a la caución, segunda medida cautelar que se establece en el art. 211 de la LGME, esta no se encuentra desarrollada en vía legislativa ni reglamentaria. Tampoco se incluye en el Manual Administrativo, ya que, al momento de su emisión, aún no se contemplaba como medida cautelar.

A pesar de que la caución es una de las medidas alternas a la detención, su uso no resulta ser el más adecuado en este contexto. Por lo general, las personas migrantes, solicitantes de asilo, apátridas, entre otras, no cuentan con una situación económica estable. En muchos casos, estas personas salen de sus países de origen o residencia con la finalidad de buscar una mejor calidad de vida y oportunidades, o deben salir de manera urgente, en virtud de que su vida, libertad o seguridad corren peligro.

²⁰⁹ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Mesa Redonda Global sobre alternativas a la detención de solicitantes de asilo, refugiados, migrantes y apátridas, párr. 22.

En vista de lo anterior, al tratarse de una medida que implica un aporte económico por parte de la persona involucrada, en la práctica, podría resultar poco realista, inefectiva e incluso podría llegar a ser discriminatoria. Sin embargo, en caso de contemplarse esta medida dentro de la normativa migratoria, el monto establecido debe ser razonable, de acuerdo a las condiciones particulares de la persona y a su capacidad económica.

Por su parte, la cuarta medida cautelar contemplada en el numeral 211 de la LGME, se trata del decomiso temporal de documentos. Al igual que en el caso anterior, aparte de su mención en la ley, no existe mayor regulación al respecto.

Es válido que se requiera a las personas extranjeras, como medida cautelar, el depósito o entrega de su documento de identidad y/o documentación de viaje (como el pasaporte). En tales casos, es fundamental expedir una documentación sustituta que autorice su permanencia en el territorio y/o su liberación y además salvaguarde a la persona contra nuevas detenciones.²¹⁰

En el caso de personas solicitantes de refugio, es importante recordar que, muchas veces, debido a su salida de carácter urgente o por cuestiones de seguridad, abandonan su país de origen o residencia habitual sin pasaporte o gestionan la obtención de un documento de viaje falso. En virtud de la Convención de 1951, no es posible penalizar a una persona solicitante de refugio debido a su entrada irregular al país donde busca asilo.

A pesar de la falta de especificaciones, el decomiso temporal de documentos sí se aplica en la práctica. De hecho, en la Resolución DG 237-2013-CATECI se determina la imposición de esta medida cautelar a un ciudadano dominicano, además de la presentación y firma periódica.

²¹⁰ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Mesa Redonda Global sobre alternativas a la detención de solicitantes de asilo, refugiados, migrantes y apátridas, párr. 24.

En cuanto a la detención domiciliaria, quinta medida cautelar que se contempla en la ley, tampoco se desarrolla en ninguno de los instrumentos mencionados ni se aplica en la práctica.

A las personas extranjeras que se les aplicare esta medida, podrían ser liberadas con la condición de que residan en una dirección determinada mientras se ejecuta la orden de deportación o expulsión.

Además, debería procurarse que dicha residencia facilitare la reunificación familiar o la proximidad a los parientes y otras redes de apoyo.

Como se pudo observar, la mayoría de medidas cautelares alternas a la detención no se encuentran desarrolladas a nivel legislativo ni reglamentario. Esto provoca que, en la práctica, la medida de uso regular sea la detención administrativa, cuando esta debería ser considerada como último recurso.

Con miras a garantizar la presunción de libertad o contra la detención, es necesario que se regulen de forma adecuada dichas medidas, es decir, que no solamente consten en el papel, sino que su aplicación sea posible y existan mecanismos que garanticen su efectividad a nivel práctico.

b. Detención administrativa

En cuanto a la regulación de la detención administrativa vía reglamentaria, se considera que debe reformarse el RCM, estableciéndose de manera más clara y ordenada todos los pasos a seguir a la hora de efectuar su aplicación.

Tal y como se analizó anteriormente, existen una serie de confusiones a nivel interpretativo, producto de la redacción desordenada y deficiente de algunos artículos. Un ejemplo de lo anterior son los arts. 254 y 255 del RCM, referentes al

término perentorio de 72 horas para recibir respuesta del consulado, en cuanto a la identificación de la persona extranjera y emisión de su documento de viaje.

Es necesario armonizar los plazos y términos establecidos en la LGME, tal y como se plantea en la propuesta realizada y, a su vez, que el RCM se ajuste a los mismos.

c. Gestión del CATECI

En cuanto al manejo interno y gestión del CATECI, el Manual Administrativo del 2008 es un instrumento valioso y, en general, bastante completo y detallado. En este documento se establecen las disposiciones que regulan el funcionamiento de dicho Centro y los procedimientos relacionados con la aprehensión y la detención, como salidas temporales y definitivas, atención en salud, etc.

Sin embargo, tal y como se comentó anteriormente, responde a la anterior Ley General de Migración y Extranjería (N°8487), por lo que con la excepción de la presentación y firma periódica, no contempla la operativización de las medidas alternas a la detención. Por el mismo motivo, tampoco señala los plazos máximos de aprehensión y detención administrativa.

Uno de los elementos que se podría mejorar es el establecimiento, de manera detallada, de la distribución de la infraestructura, de acuerdo a la separación de personas por categorías. El art. 62 del manual se limita a mencionar que los espacios disponibles se dividirán en hombres, mujeres, núcleos familiares y personas en situaciones especiales de salud o de vulnerabilidad.

Se recomienda que para la ampliación solicitada, se tomen en cuenta los siguientes lineamientos que se contemplan en el documento de Directrices sobre la Detención²¹¹, emitido en el año 2012 por ACNUR:

- Víctimas de trauma o tortura: Los acontecimientos traumáticos que podrían haber experimentado las personas extranjeras al dejar su país de origen, principalmente, tratándose de solicitantes de refugio, deben ponderarse en la evaluación de la necesidad de detener. Las víctimas de la tortura y otros actos graves de violencia física, psicológica o sexual, también necesitan atención especial. Debido a las graves consecuencias de la detención, son necesarias las evaluaciones iniciales y periódicas del estado físico y mental de los detenidos, efectuadas por médicos calificados.
- Víctimas o potenciales víctimas de trata de personas: No se puede utilizar la prevención de la trata de personas, o el objetivo de evitar que una persona vuelva a ser víctima de trata, como un motivo general para la detención, salvo que pueda justificarse en el caso individual.
- Mujeres: Como regla general, no se debe detener a las mujeres embarazadas ni a las madres lactantes, quienes tienen necesidades especiales. En caso de tener que aplicar detención, deben existir instalaciones disponibles separadas para mujeres y familias. Todo el personal encomendado para trabajar con mujeres detenidas debe recibir formación en las necesidades específicas de género y los derechos humanos de la mujer. Debe ofrecerse protección inmediata, apoyo y orientación a las mujeres detenidas que denuncien algún abuso, y autoridades competentes e independientes deben investigar dichas

²¹¹ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, “Directrices sobre la detención, Directrices sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención” (2012): 33-40, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/503489533b8.html>, consultado el 10 de noviembre de 2015.

solicitudes con pleno respeto al principio de confidencialidad. Las medidas de protección deben tener en cuenta los riesgos de represalias.

- Personas con discapacidades: Las personas que presenten cualquier tipo de discapacidad no deben ser discriminadas por esta mera condición, sino que se debe garantizar el respeto de sus derechos humanos. Como regla general, la detención de personas con discapacidad crónica física, mental, intelectual ni sensorial se encuentra restringida. En caso de efectuarse detención, es menester contar con espacios habilitados para su estancia digna.
- Adultos mayores: Las personas adultas mayores requieren de mayor cuidado y asistencia especial debido a su edad, vulnerabilidad, posible movilidad disminuida, estado físico o psicológico, entre otras condiciones. Sin tal cuidado y asistencia, su detención puede tornarse ilegal. Las medidas alternativas tienen que considerar sus circunstancias particulares, procurándose su bienestar físico y mental.
- Población LGTBI: Deben tomarse las medidas necesarias para garantizar que su detención no les ponga en riesgo de violencia, maltrato o abuso físico, mental o sexual. Asimismo, deben tener acceso a una atención médica adecuada. El personal del centro de detención y otros funcionarios públicos o privados que trabajen en dichos lugares, deberán tener conocimiento de las normas internacionales de derechos humanos y los principios de igualdad y no discriminación, en relación con la orientación sexual o identidad de género. Cuando no se pueda garantizar su seguridad en detención, debe considerarse su puesta en libertad o remitirles a otras alternativas de detención.

En cuanto al control de ingreso y estancia de las personas extranjeras en el CATECI, el Manual Administrativo es bastante detallado, sin embargo, en caso de

actualizarse dicho instrumento, este debe realizarse de acuerdo a los plazos máximos de aprehensión para verificación de la condición migratoria (24 horas) y de detención administrativa para efectuar la orden de deportación (30 días naturales); ambos sujetos a prórroga mediante resolución fundada del director(a) general.

Por otra parte, también es importante asegurar el acceso y el monitoreo de los lugares de detención migratoria, por parte de instituciones nacionales e internacionales independientes.

Este monitoreo implicaría exámenes periódicos o regulares de las condiciones en el centro de detención, los cuales serían anunciados con tiempo o se realizarían sin previo aviso. Esto con la finalidad de corregir o prevenir posibles violaciones a los derechos humanos de las personas recluidas, además de mejorar las condiciones de detención.

Es importante acotar que, en virtud de las obligaciones de carácter internacional adquiridas, debe darse posibilidad de monitoreo al ACNUR y otros organismos internacionales o regionales que trabajen en temas de detención migratoria. Asimismo, debe permitirse el acceso a organizaciones de la sociedad civil y las ONG, según proceda.

En el contexto costarricense, el Mecanismo Nacional de Protección contra la Tortura (MNPT) se encarga de visitar regularmente el centro, para verificar sus condiciones, las cuales rinde en un informe que se presenta anualmente.

Asimismo, la Asociación de Consultores y Asesores Internacionales (ACAI), agencia implementadora en Costa Rica del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (ACNUR), efectúa visitas mensuales al centro, con la finalidad de verificar la situación y condiciones de las personas que resulten de interés, principalmente

solicitantes de la condición de refugio. De dichas visitas, se elaboran pequeños informes que son presentados al ACNUR periódicamente.

CONCLUSIONES

A partir del desarrollo de la presente investigación, se comprueba la hipótesis planteada en el marco de las siguientes conclusiones:

1. Los Estados, a la hora de establecer sus políticas de control migratorio, deben respetar y garantizar los derechos humanos de las personas extranjeras, sin discriminación alguna.
2. En el marco de cualquier proceso de índole migratorio, según estándares internacionales, el derecho a un debido proceso legal debe garantizarse a toda persona involucrada, con la finalidad de que cuente con las herramientas necesarias para hacer valer sus derechos y, de esta forma, procurársele un acceso efectivo a la justicia en condiciones de igualdad procesal. A estos efectos, deben tomarse en cuenta las particularidades de los distintos grupos vulnerables, tales como menores de edad, víctimas de trata, solicitantes de refugio, personas refugiadas, apátridas, entre otros.
3. El uso de la detención administrativa, como medida cautelar aplicable a la hora de ejecutar un procedimiento administrativo de deportación o expulsión, debe ser excepcional, justificado, razonable y, por tanto, no debe utilizarse de forma desproporcionada o indiscriminada. Por ello, resulta fundamental un análisis casuístico, en el cual se valore la situación integral de la persona en cuestión y, de esta forma, se elija la medida cautelar más adecuada al caso concreto.
4. A pesar de las controversias al respecto, se ha determinado que la detención administrativa encuentra su fundamento constitucional en las limitaciones impuestas a las personas extranjeras. Sin embargo, la normativa costarricense no tipifica la condición migratoria irregular como delito, por lo que no debe criminalizarse a las personas por la irregularidad de su estatus migratorio.

5. La normativa migratoria vigente utiliza los términos “aprehensión cautelar” y “detención administrativa” prácticamente como sinónimos, a pesar de que su aplicación se realiza con fines distintos. En el primer caso, la aprehensión se efectúa con el objetivo de verificar la condición migratoria y, en el segundo, la detención se aplica como medida cautelar para asegurar la ejecución de una orden de deportación o expulsión. Con el propósito de evitar confusiones y de llevar a cabo una adecuada regulación, se considera que dichos términos deben plasmarse en la normativa de acuerdo con sus respectivos fines y no utilizarse indiscriminadamente.
6. Según estándares internacionales, las principales garantías procesales que deben procurarse en la aplicación de una detención migratoria son las siguientes: derecho a ser informado de los motivos de detención en un idioma que la persona comprenda; derecho a ser llevado sin demora ante un juez o la autoridad competente para resolver su situación; derecho a notificar a un familiar, tutor o representante legal y a comunicarse con el exterior y organismos internacionales especializados; derecho a la información y asistencia consular; y derecho a asistencia jurídica, con nombramiento de tutor en caso de menores de edad separados o no acompañados.
7. La normativa migratoria nacional responde a dichos requerimientos de índole procesal, tomándose en cuenta las condiciones especiales que presentan algunos grupos o poblaciones vulnerables, con la finalidad de garantizar la protección de sus derechos humanos.
8. La legislación migratoria costarricense no contempla la detención de personas menores de edad. En caso de las personas menores separadas o no acompañadas, se les pone en contacto con el Patronato Nacional de la Infancia, institución que velará por la protección de sus derechos fundamentales.

9. En cuanto al análisis evolutivo de la figura de la detención administrativa en la normativa migratoria costarricense, la Ley N° 7033 y su reglamento presentaban serios inconvenientes, debido, en primer lugar, a la inexistencia de garantías procesales para las personas sometidas a detención. Se constata la ausencia de plazos máximos de detención, lo cual promovía que fueran arbitrarias y desproporcionadas. Tampoco se requería de una resolución administrativa motivada por parte de las autoridades migratorias, donde se justificare la extensión desmedida de los plazos. No se contemplaban recursos judiciales ni administrativos contra dicha privación de libertad, ni se establecía de manera expresa la prohibición de aplicar detención a personas menores de edad. Se vislumbra la falta de medidas alternas a la detención. Asimismo, no se planteaba en la normativa un centro especializado en el cual mantener a las personas sometidas a detención, lo cual generaba serias violaciones masivas a derechos humanos en las zonas que se designaban arbitrariamente para esos fines.
10. El criterio jurisprudencial que correspondió a la vigencia de dicha normativa, en general, apuntaba a que la privación de libertad podría llevarse a cabo durante “el plazo razonablemente indispensable”, reiterándose que tal plazo no encontraba relación con el artículo 37 constitucional. Asimismo, establecía la mera estancia irregular de las personas extranjeras como justificación para el empleo de esta medida. Sin embargo, es importante acotar que hubo manifestaciones disidentes a esta tendencia, donde se reprochaba la aplicación desmedida de la detención administrativa debido a la ausencia de plazos definidos y se instaba a emplear el plazo de 24 horas establecido en el art. 37 de la Constitución Política, a efectos de la verificación de la condición migratoria de la persona extranjera involucrada.
11. En cuanto a la Ley N° 8487, la ausencia de plazos máximos definidos y de lugares específicos para albergar a personas detenidas continúa. Tampoco se le asigna carácter excepcional a la detención. El único avance significativo en relación con el tema de interés radica en la inclusión de la presentación y firma periódica como medida alternativa a la detención. Los criterios jurisprudenciales de la época

continuaron esgrimiendo argumentos similares respecto a la duración arbitraria de los plazos y la justificación para aplicar la privación de libertad como medida cautelar en razón de una condición migratoria irregular.

12. La normativa vigente plantea un enfoque de respeto por los derechos humanos de las personas extranjeras e incluye, de forma novedosa, un enunciado que plasma la excepcionalidad de la detención administrativa. Asimismo, se determinan plazos máximos de aprehensión cautelar y de detención administrativa, así como una serie de medidas cautelares alternas a la privación de libertad, lo cual representa un avance en el desarrollo de una presunción contra la detención. Además, en el Reglamento de Control Migratorio, lo cual se retoma en el reglamento de personas refugiadas, se establece expresamente la prohibición de detener a personas menores de edad.

13. A pesar de dichos avances, se identifican una serie de contradicciones que deben ser subsanadas entre artículos establecidos en la Ley General de Migración y Extranjería y el Reglamento de Control Migratorio, referentes al plazo para ejecutar una orden de deportación. A pesar de que el Reglamento de Control Migratorio fue emitido cuando la actual ley migratoria ya se encontraba vigente, en cuanto a detención administrativa, parece responder a la ley anterior, sobre todo porque solamente incluye a la firma y presentación periódica como medida alterna al encierro.

14. Tanto en la vía legislativa como en la reglamentaria, se omite establecer de manera clara los parámetros y condiciones que deben tomarse en cuenta a la hora de decidir si deben aplicarse medidas cautelares alternativas a la detención o si esta última se reputa como la más adecuada luego del análisis del caso concreto.

15. En cuanto a la jurisprudencia, desde la entrada en vigencia de la ley y hasta la actualidad, han existido votos que se contradicen totalmente. La mayoría de discusiones se centran en el tema de duración de plazos, sin existir un consenso

real, lo cual dificulta evidenciar una evolución progresiva al respecto. De la misma forma, si bien algunas resoluciones recientes establecen la necesidad de justificar la aplicación de una medida privativa de libertad e incluso se ha citado jurisprudencia interamericana a estos efectos, se considera que no existe un desarrollo profundo de las implicaciones de la excepcionalidad de la detención.

16. A pesar de que la jurisprudencia constitucional ha determinado la obligación que tiene la Dirección General de Migración y Extranjería de motivar adecuadamente la aplicación de cualquier medida cautelar, sobre todo en caso de utilizarse la detención administrativa, se considera que aún no existe un análisis tal que conlleve a una decisión realmente fundamentada a la hora de emplear una u otra medida cautelar por parte de las autoridades migratorias.
17. Si bien la Dirección General ya ha valorado supuestos tales como el arraigo, domicilio, antecedentes penales y peligro a la seguridad pública, como elementos por considerar a la hora de aplicar una u otra medida cautelar, resulta necesario establecer una serie de pautas claras que deban seguir las autoridades migratorias en su valoración.
18. Dentro de los informes que realiza el CATECI a la Dirección General, se reiteran una serie de recomendaciones para el funcionamiento de dicho centro, dentro de las cuales se identifican, principalmente, la contratación de mayor y más cualificado recurso humano, tanto para funciones administrativas como para la custodia y atención de la población detenida, así como la adquisición de nuevas instalaciones con mejores condiciones y más dignas.
19. En el caso de los informes elaborados por el Mecanismo Nacional de Protección contra la tortura referentes al CATECI, a pesar de que se logra identificar una mejoría en cuanto a condiciones, se vislumbran una serie de carencias a nivel estructural que deben solventarse para que este cumpla con los estándares

mínimos establecidos a nivel internacional, los cuales son esenciales para una estancia digna de las personas que deben enfrentar una detención administrativa.

20. Las buenas prácticas a nivel internacional, sobre todo la normativa migratoria argentina, muestran que la articulación de una presunción contra la detención a nivel legislativo es fundamental para procurar que la detención administrativa se utilice como último recurso.
21. Se considera que, tal y como se aplica en la normativa extranjera mencionada, el control de autoridades judiciales y no únicamente de autoridades administrativas a la hora de dictar una detención administrativa, resulta mucho más óptimo, ya que la limitación a un derecho humano como la libertad personal debería tener una revisión más estricta. Sin embargo, no es menester de la presente investigación ahondar en dicha temática.
22. Se considera que la propuesta realizada cumple con el objetivo de estructurar una nueva sección en la Ley General de Migración y Extranjería, la cual regule la detención administrativa de una forma mucho más ordenada, sistemática y articulada de acuerdo a una presunción contra la detención.
23. Se considera necesaria la actualización del Manual Administrativo creado para regular el funcionamiento del CATECI, así como del Reglamento de Control Migratorio vigente, principalmente para establecer lineamientos claros en cuanto a la ejecución de la detención administrativa, eliminar las contradicciones existentes y procurar una adecuada regulación de las medidas alternativas a la detención.
24. Actualmente, en cuanto a las medidas alternativas al confinamiento, la única que se encuentra desarrollada de manera adecuada es la presentación y firma periódica. Las medidas restantes no se encuentran detalladas a nivel legislativo ni reglamentario. Lo anterior provoca que, en la práctica, la medida de uso regular sea la detención administrativa.

25. En cuanto al Manual Administrativo, se considera que este debe regular, de manera detallada, la distribución de la infraestructura del CATECI de acuerdo a la separación de personas por categorías. Se recomienda que para la ampliación solicitada, se tomen en cuenta las Directrices sobre la Detención emitidas por ACNUR. Dicho instrumento contiene consideraciones básicas a la hora de atender grupos vulnerables y necesitados de protección internacional, tales como las víctimas de trauma o tortura, víctimas o potenciales víctimas de trata de personas, mujeres, personas con discapacidades, adultos mayores y población LGTBI.
26. Debe contemplarse, tanto en el Reglamento de Control Migratorio como en el Manual Administrativo, el acceso y monitoreo por parte de instituciones y organizaciones nacionales e internacionales independientes, de los lugares de donde se materializa la detención administrativa. Lo anterior con el fin de realizar evaluaciones periódicas que permitan mejorar las condiciones de detención y corregir o prevenir posibles violaciones a los derechos humanos de las personas reclusas.
27. En razón de lo anterior, se determina que no existe un adecuado desarrollo de una presunción contra la detención en el Derecho migratorio costarricense y que esta debe procurarse como garante del uso prioritario de las medidas alternas a la detención administrativa en los procedimientos de expulsión y deportación.
28. Por tanto, a pesar de los esfuerzos realizados por el Estado costarricense para procurar una legislación migratoria más adecuada, resulta necesario reformular la Ley General de Migración y Extranjería vigente, así como los correspondientes instrumentos reglamentarios y administrativos, con el objetivo de sanear los diferentes vacíos y contradicciones y de manera que el actuar de las autoridades migratorias sea concordante con los estándares internacionales de derechos humanos que deben orientar la política migratoria del país.

29. Como respuesta concreta a dichas necesidades, la propuesta de nueva sección normativa elaborada se articula como una opción novedosa, que pretende dar una luz a los conflictos planteados a lo largo de esta investigación, a través de una regulación más clara y concreta de la figura de la detención administrativa, así como de la aplicación efectiva de la presunción contra la detención en el Derecho migratorio costarricense.

BIBLIOGRAFÍA

Normativa nacional

Código de Niñez y Adolescencia del 6 de febrero de 1998.

Código Procesal Penal de Costa Rica del 1° de enero de 1998.

Hernández Valle, Rubén. *Constitución Política de la República de Costa Rica*. Comentada y anotada. 2011.

Ley de la Jurisdicción Constitucional del 11 de octubre de 1989.

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

Ley General de Migración y Extranjería. N° 8487 del 12 de agosto de 2006.

Ley General de Migración y Extranjería. N° 8764 del 1° de marzo de 2010.

Manual Administrativo y de Procedimientos de los Centros de Aprehensión Temporal para Extranjeros en Condiciones Irregulares. Elaborado por el Área de Planificación Institucional, la Policía de Migración y la Contraloría de Servicios de la Dirección General de Migración y Extranjería de Costa Rica. Aprobado por Mario Zamora. Director general. 2008.

Reglamento a la Ley General de Migración y Extranjería. Decreto N° 19010-G del 31 de mayo de 1989.

Reglamento de Control Migratorio. Decreto N° 36769 del 26 de setiembre de 2011.

Reglamento a la Ley General de Migración y Extranjería. Decreto N° 37112-G del 17 de mayo del 2012.

Reglamento de Personas Refugiadas. Decreto N° 36831-G del 28 de setiembre del 2011.

Normativa internacional, Declaraciones y otros instrumentos sin naturaleza vinculante

Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos. "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos". Versión Comentada (2011). www.corteidh.or.cr/tablas/28145.pdf. Consultado el 17 de agosto de 2015.

Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1988.

Convención Americana de Derechos Humanos. Suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José, Costa Rica. Entrada en vigor: 18 de julio de 1978.

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987.

Convención de Viena sobre Relaciones Consulares del 24 de abril de 1963. Entrada en vigor: 19 de marzo de 1967.

Convención Europea de Derechos Humanos. Adoptada por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950. Entrada en vigor desde 1953.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969.

Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990.

Convención para Reducir los Casos de Apatridia. Adoptada en Nueva York, Estados Unidos, el 30 de agosto de 1961 por una Conferencia de

Plenipotenciarios que se reunió en 1959 y nuevamente en 1961, en cumplimiento de la resolución 896 (IX) de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 1954. Entrada en vigor: 13 de diciembre de 1975.

Convención sobre el Estatuto de los Apátridas. Adoptada el 28 de septiembre de 1954. Entrada en vigor: 6 de junio de 1960.

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Adoptada el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas. Convocada por la Asamblea General el 14 de diciembre de 1950.

Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de setiembre de 1990.

Declaración de Cartagena sobre Refugiados. Adoptada por el “Coloquial sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios”. Celebrada en Cartagena Colombia del 19 al 22 de noviembre de 1984.

Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo. Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1986.

Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 1985.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, en París.

Declaración y Plan de Acción Brasil de 2014. Adoptada en Brasilia el 3 de diciembre de 2014, en el marco de la conmemoración del trigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984.

Declaración y Programa de Acción de Viena. Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976.

Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 4 de diciembre del 2000.

Protocolo de San Salvador. Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Entrada en vigor: 16 de noviembre de 1999.

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de mayo del 2000. Entrada en vigor: 18 de enero del 2002.

Protocolo sobre el Estatuto de Refugiados. Firmado en Nueva York, el 31 de enero de 1967. Entrada en vigor 4 de octubre de 1967.

Leyes extranjeras

Citizenship and Immigration. Enforcement 20 Detention. Canadá.
<http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/>. Consultado el 8 de octubre de 2015.

Decreto Ley N°3, del 22 de febrero de 2008. Panamá.
<https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/25986/9070.pdf>. Consultado el 11 de octubre de 2015.

Ley de Extranjería y Migración de Venezuela N° 37.944.
<http://www.cne.gob.ve/registrocivil/index.php/documento/8>. Consultado el 11 de octubre de 2015.

Migration Act 1958 and Amendments. Australia.
<https://www.comlaw.gov.au/.../0b311061-2fd8-452f-a180-c222d2de98a8>. Consultado el 11 de octubre de 2015.

Ministerio del Interior y Transporte. Dirección Nacional de Migraciones. Argentina.
Ley 25.871.
www.migraciones.gov.ar/pdf_varios/campana.../Libro Ley 25.871.pdf. Consultado el 5 de octubre de 2015.

Jurisprudencia constitucional

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 12 de las dieciséis horas cinco minutos del seis de octubre de mil novecientos ochenta y nueve.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 16 de las diez horas, treinta minutos del trece de octubre de mil novecientos ochenta y nueve.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 55 de las dieciséis horas del tres de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1052 de las dieciséis horas quince minutos del treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2317 de las nueve horas con veintiún minutos del veinticinco de abril de mil novecientos noventa y siete.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2570 de las quince horas treinta y nueve minutos del trece de mayo de mil novecientos noventa y siete.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1312 de las dieciséis horas con cuarenta y cinco minutos del veintitrés de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 6566 de las diez horas con veintiún minutos del veintisiete de agosto de mil novecientos noventa y nueve.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 8243 de las catorce horas con treinta y ocho minutos del veinte de setiembre del dos mil.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 11076 de las nueve horas con ocho minutos del quince de diciembre del dos mil.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 09042 de las quince horas con tres minutos del diecisiete de setiembre del dos mil dos.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 4673, de las catorce horas con cuarenta y ocho minutos del veintiocho de mayo del dos mil tres.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 12930 de las catorce horas con treinta y un minutos del cinco de noviembre de dos mil tres.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 02955 de las once horas con siete minutos del diecinueve de marzo del dos mil cuatro.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 03476 de las diecinueve horas con cuarenta y un minutos del veintinueve de marzo del dos mil cinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 5885 de las catorce horas con treinta y siete minutos del dieciocho de mayo del dos mil cinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 9618 del veinte de julio de dos mil cinco.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2187 de las catorce horas y treinta y uno minutos del veintidós de febrero del dos mil seis.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 5233 de las catorce horas y cuarenta y nueve minutos del dieciocho de abril del dos mil seis.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 17546 de las catorce horas y cincuenta minutos del cinco de diciembre del dos mil seis.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 10427 de las quince horas y treinta y seis minutos del veinticuatro de julio del dos mil siete.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 13565 de las quince horas y treinta y uno minutos del dieciocho de septiembre del dos mil siete.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 54 de las catorce horas y cuarenta y cinco minutos del nueve de enero del dos mil ocho.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 10734 de las dieciocho horas del veintiséis de junio del año dos mil ocho.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 8593 de las quince horas con treinta y seis minutos del primero de diciembre de dos mil ocho.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 882 de las quince horas y cuarenta minutos del veinticinco de enero del dos mil once.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 14548 de las catorce horas y treinta y cuatro minutos del veintiséis de octubre del dos mil once.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 410 de las catorce horas cuarenta minutos del dieciocho de enero de dos mil doce.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 5543 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del dos de mayo de dos mil doce.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 6285 de las catorce horas treinta minutos del quince de mayo de dos mil doce.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 07084 de las once horas treinta minutos del veinticinco de mayo de dos mil doce.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 11920 de las catorce horas treinta minutos del veintinueve de agosto de dos mil doce.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 17060 de las dieciséis horas dos minutos del cinco de diciembre del 2012.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 3697 de las catorce horas treinta minutos del diecinueve de marzo de dos mil trece.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1118 de las catorce horas treinta minutos del veintiocho de enero de dos mil catorce.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 3933 de las catorce horas cinco minutos del diecinueve de marzo de dos mil catorce.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 1545 de las catorce horas treinta minutos del tres de febrero de dos mil quince.

Jurisprudencia interamericana

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá* (2 de febrero de 2001).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Bulacio vs. Argentina* (18 de setiembre de 2003).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez vs. Ecuador* (21 de noviembre de 2007).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú* (25 de noviembre de 2005).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras* (7 de junio de 2003).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Tibi vs. Ecuador* (7 de setiembre de 2004).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Vélez Loor vs. Panamá* (23 de noviembre de 2010).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso López Álvarez contra vs. Honduras* (1 de febrero de 2006).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (2003).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva sobre Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. OC-21/14 (2014).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva sobre El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal (1999).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. OC-18/03 (2003).

Informes, opiniones y documentos

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Directrices revisadas del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables en relación con la detención de solicitantes de asilo. <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4992fb672>.

Consultado el 15 de agosto de 2015.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. “Directrices sobre la detención. Directrices sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención” (2012) <http://www.unhcr.org/refworld/docid/503489533b8.html>. Consultado el 10 de noviembre de 2015.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Mesa Redonda Global sobre alternativas a la detención de solicitantes de asilo, refugiados, migrantes y apátridas. Resumen de Conclusiones. Ginebra (2011).

Amnistía Internacional. Detención Relacionada con la Migración: Una guía de investigación de las normas de derechos humanos referentes a la detención de personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas: www.unhcr.org/refworld/docid/476b7d322.html. Consultado el 24 de mayo de 2015.

Asamblea General de las Naciones Unidas. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (1990). <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1423>. Consultado el 15 de agosto de 2015.

Centro de Aprehensión Temporal para Extranjeros en Condición Irregular. Informe Mensual de Labores. Oficio N° 173-04-2015-CATECI-EBB. San José. 1 de abril de 2015.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 51/01. Caso 9903. Rafael Ferrer-Mazorra y otros vs. Estados Unidos. (4 de abril 2001). <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/EEUU9903c.htm>. Consultado el 18 de agosto de 2015.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 86/09, Caso 12.553, Peirano Basso vs. Uruguay (6 de agosto de 2009). <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Uruguay12553.sp.htm>. Consultado el 18 de agosto de 2015.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Informe Sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso” (2011) <http://cidh.org/countryrep/USImmigration.esp/Cap.IV.a.htm>. Consultado el 18 de agosto de 2015.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”. <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>. Consultado el 18 de agosto de 2015.

Consejo Nacional de Migración. “Política Migratoria Integral para Costa Rica”, Costa Rica (2013) www.migracion.go.cr/.../leyes%20migratorias/Politica%20Migratoria.pdf. Consultado el 21 de mayo de 2015.

Coria Márquez, Elba y Gisele Bonnici. International Detention Coalition. “Dignidad sin excepción: Alternativas a la detención migratoria en México”. http://idcoalition.org/wpcontent/uploads/2013/05/DIGNIDAD_WEB.pdf. Consultado el 17 de marzo, 2015).

Crépeau, Sr. François. Cfr. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes. “Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo”. UN Doc. A/HRC/20/24 (2012).

Dirección General de Migración y Extranjería, Patronato Nacional de la Infancia. Protocolo de regularización de la permanencia de las personas menores de edad extranjeras, bajo la protección del Patronato Nacional de la Infancia. http://www.unicef.org/costarica/docs/cr_pub_Protocolo_permanencia_menores_extranjeros_proteccion_PANI.pdf. Consultado el 10 de noviembre de 2015.

Dirección General de Migración y Extranjería, Patronato Nacional de la Infancia. Protocolo para la atención de las personas menores de edad extranjeras, cuyos padres, madres, familiares o personas responsables se encuentran sometidos a un proceso de deportación. http://www.unicef.org/costarica/docs/cr_pub_Protocolo_atencion_menores_extranjeros_responsables_proceso_deportacion.pdf. Consultado el 10 de noviembre de 2015.

Dirección General de Migración y Extranjería, Patronato Nacional de la Infancia. Protocolo para la atención y protección de las personas menores de edad extranjeras, no acompañadas o separadas de su familia fuera de su país de origen. [http://www.unicef.org/lac/cr_pub_Protocolo_menores_extranjeros_solos_o_separados_fuera_pais_origen\(1\).pdf](http://www.unicef.org/lac/cr_pub_Protocolo_menores_extranjeros_solos_o_separados_fuera_pais_origen(1).pdf). Consultado el 10 de noviembre de 2015.

Gática López, Gustavo Adolfo. “Estudio comparativo de la legislación y políticas migratorias en Centroamérica, México y República Dominicana”. Instituto Centroamericano de Estudios Sociales y Desarrollo. Sin Fronteras IAP. www.sinfronteras.org.mx/attachments/article/1292/COSTA_RICA.pdf. Consultado el 20 de setiembre de 2015.

Global Detention Project. “Costa Rica Detention Brief”.
<http://www.globaldetentionproject.org/countries/americas/costa-rica/introduction.html>. Consultado el 29 de Agosto de 2014.

Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. Informe del Grupo. Anexo II. Deliberación No. 5. “Situación relativa a los inmigrantes o a los solicitantes de asilo”. UN Doc. E/CN.4/2000/4 (1999).

Informe del grupo de trabajo sobre la detención arbitraria. Visita a Australia. E/CN.4/2003/8/Add.2 (2002)
<http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/5ee11fdb969b997c1256cc20059bca5?Opendocument>. Consultado el 22 de Agosto de 2015.

International Detention Coalition. “Existen Alternativas: Manual para la prevención de la detención innecesaria de migrantes”. Centro de Investigación sobre Refugiados de La Trobe, Australia (2011)
<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8861.pdf?view=1>. Consultado el 17 de marzo de 2015.

International Detention Coalition. “There are Alternatives”. Australia. (2015)
<http://idcoalition.org/publications/there-are-alternatives-revised-edition/>. Consultado el 6 de octubre de 2015.

Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. Defensoría de los Habitantes. Informe Anual de Labores 2011.
[http://www.dhr.go.cr/prevencion de la tortura/mecanismo nacional prevencion/06 informe anua labores 2011.html](http://www.dhr.go.cr/prevencion%20de%20la%20tortura/mecanismo%20nacional%20prevencion/06%20informe%20anua%20labores%202011.html).

Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. Defensoría de los Habitantes. Informe Anual de Labores 2012.
[http://www.dhr.go.cr/prevencion de la tortura/mecanismo nacional prevencion/07 informe anual labores 2012.html](http://www.dhr.go.cr/prevencion%20de%20la%20tortura/mecanismo%20nacional%20prevencion/07%20informe%20anual%20labores%202012.html)

Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. Defensoría de los Habitantes. Informe Anual de Labores 2013.

http://www.dhr.go.cr/prevencion_de_la_tortura/mecanismo_nacional_prevenccion/08_informe_anual_labores_2013.html

Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. Defensoría de los Habitantes. Informe Anual de Labores 2014. http://www.dhr.go.cr/prevencion_de_la_tortura/mecanismo_nacional_prevenccion/09_informe_anual_labores_2014.html

Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública, Dirección General de Migración y Extranjería, Centro de Aprehensión Temporal para Extranjeros en Condición Irregular, Informe Anual 2012-2013-2014, Datos estadísticos.

Naciones Unidas. Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 6. Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005). <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf?view=1>. Consultado el 10 de noviembre de 2015.

Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH). Declaración conjunta de Expertos de la Naciones Unidas, el Relator sobre los Derechos de los Migrantes de la CIDH y la Relatora Especial sobre los Refugiados, los Solicitantes de Asilo, los Desplazados Internos y los Migrantes de la CADHP. “Los migrantes merecen pleno reconocimiento como sujetos de derecho” <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12897&LangID=S>. Consultado el 17 de marzo de 2015.

Organización de la Naciones Unidas. “232 millones de migrantes internacionales viven fuera de su país en todo el mundo”. Comunicado de Prensa (2013) http://www.un.org/es/ga/68/meetings/migration/pdf/press_el_sept%202013_spa.pdf. Consultado el 24 de mayo de 2015.

Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Observaciones a la Opinión consultiva: Niños, niñas y adolescentes migrantes”. Washington, D.C.

(2012) <http://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/6/6.pdf>. Consultado el 16 de agosto de 2015.

Organización Internacional para las Migraciones. Derecho Internacional de Migración. Glosario sobre Migración. <http://www.oim.org.co/Portals/0/Documentos/spangloss.pdf>. Consultado el 26 de abril de 2015.

Política Nacional de Niñez y Adolescencia (2009-2021). Aprobada por la Corte Plena, órgano máximo de jerarquía, en el artículo XVII, de la sesión número 34-10, del 29 de noviembre de 2010. Texto completo disponible en:
http://www.unicef.org/costarica/docs/cr_pub_Politica_Acceso_Justicia_NN_A_Costa_Rica.pdf. Consultado el 10 noviembre de 2015.

Sánchez Tomás José Miguel. “El mínimo sufrimiento necesario: Alternativas al internamiento de inmigrantes irregulares”. Fundación Ciudadanía y Valores (2012)
http://www.funciva.org/uploads/ficheros_documentos/1348050975_minimo_sufrimiento_necesario.pdf. Consultado el 17 de marzo de 2015.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a personas migrantes y sujetas de protección internacional”. Primera edición. México (2013).

Universidad Nacional Autónoma de Honduras. Instituto de Investigación Jurídica. “Análisis Crítico de la Política Migratoria de Costa Rica. Propuesta para la Implementación de Medidas Legales Distintas a la Aprehesión Cautelar y a la Detención Administrativa que Efectivamente Resguarden los Derechos Humanos de las Personas Migrantes” (2014)
<https://investigacionjuridica.unah.edu.hn/assets/Uploads/Analisis-Critico-de-las-Politicas-Migratorias-de-Costa-Rica1.pdf>. Consultado el 23 de agosto de 2015.

Resoluciones administrativas

Dirección General de Migración y Extranjería, Resolución DG-112-2013-CATECI, San José al ser las nueve horas con cincuenta y cinco minutos del veintiocho de febrero de dos mil trece.

Dirección General de Migración y Extranjería. Resolución DG 237-2013-CATECI, San José, al ser las once horas con diecisiete minutos del veintiséis de abril de dos mil trece.

Dirección General de Migración y Extranjería. Resolución DG-312-2014-CATECI, San José de las once horas con cincuenta y siete minutos del día primero de julio de dos mil catorce.

Dirección General de Migración y Extranjería, Resolución DG-074-2015-CATECI, San José, al ser las catorce horas con cincuenta minutos de veintidós de enero de dos mil quince.

Dirección General de Migración y Extranjería. Resolución DG-265-2015-CATECI, San José, al ser las ocho horas con cinco minutos del diecisiete de abril de dos mil quince.

Trabajos finales de graduación

Alvarado Herrera, Sebastián. *Los derechos humanos de la persona migrante frente a la administración pública en aplicación de la Ley General de Migración y Extranjería*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho (Universidad de Costa Rica, 2009).

Rivera Sibaja, Gustavo. *La Detención en Materia Migratoria*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho (Universidad de Costa Rica, 1993).

Libros y artículos de revista

Carpizo, Jorge. “Los Derechos Humanos: Naturaleza, denominación y características”. *Revista mexicana de Derecho constitucional* (2011) www.juridicas.unam.mx. Consultado el 20 de abril de 2015

Jiménez, Carolina. “Migración y Derechos Humanos: Un vínculo necesario”. *Revista Dfensor*. México. N° 7. Año XII. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (2014).

López Hernández, María Edith. “Diagnóstico regional de las vulneraciones de los Derechos Humanos de las personas migrantes”. *Revista Dfensor*. México. N° 7, Año XII. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (2014): 11.

Hernández Sampieri, Roberto, Carlos Collado-Fernández y Pilar Baptista Lucio, *Metodología de la Investigación*. México: McGraw-Hill/INTERAMERICANA EDITORES S.A., 2006.

Ossorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Guatemala: DATASCAN. <http://es.scribd.com/doc/31495851/Diccionario-Juridico-Manuel-Ossorio#scribd>. Consultado el 11 de octubre de 2015.

Sitios Web

Regions. Americas. Argentina. International Detention Coalition. Consultado el 6 de octubre de 2015. <http://idcoalition.org/americas/>.

Regions. Americas. Canada. Alternatives to Detention. International Detention Coalition. Consultado el 5 de octubre de 2015. <http://idcoalition.org/issues/alternatives-to-detention/>.

“Gestión Centros de Aprehensión”. Dirección General de Migración y Extranjería. Consultado el 11 de octubre de 2015. [http://www.migracion.go.cr/control_policia/index.html#HERMES TABS 1 2](http://www.migracion.go.cr/control_policia/index.html#HERMES_TABS_1_2)