

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



EL PRESO SIN DELITO

LIC. ÁLVARO BURGOS MATA

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	56
TÍTULO PRIMERO:	
Análisis del tratamiento de los extranjeros y de la vigencia de la protección de los derechos humanos en relación con su estadía intracarcelaria.	56
<i>Capítulo Primero:</i>	
Sección Primera:	
El régimen de los extranjeros dentro de nuestro Ordenamiento jurídico y el tratamiento histórico dado al extranjero.....	56
Sección segunda:	
Las inmigraciones y la xenofobia del costarricense.	57
a. La inmigración como fenómeno histórico en Costa Rica.	57
b. La reacción del costarricense ante las inmigraciones extranjeras	58
<i>Capítulo Segundo:</i>	
La situación intracarcelaria del extranjero indocumentado.	58
Sección Primera:	
Ubicación y tratamiento	58
a. Su ubicación dentro de la cárcel	58
b. El "tratamiento" al extranjero indocumentado	59
Sección Segunda:	
La escuela intracarcelaria	59
a. El proceso de criminalización.	59
b. La marca indeleble del recorrido por el sistema.	59

TÍTULO SEGUNDO:

Naturaleza jurídica y atribuciones de la Dirección General de Migración y Extranjería. Y la problemática de la detención indeterminadamente prolongada del extranjero como medio de asegurar su posible deportación. 60

Capítulo Primero:

La Dirección General de Migración y Extranjería y sus potestades dentro del Orden jurídico costarricense. 60

*Capítulo Segundo:**Sección Primera:*

La potencial expulsión como justificación de la privación de libertad. 60

a. El "Indubio contra Reo" en el plano administrativo-migratorio 61

b. La inseguridad jurídica del extranjero indocumentado detenido 61

Sección Segunda:

Violación de normas nacionales e internacionales a raíz de la detención injustificablemente prolongada del extranjero indocumentado en la cárcel. 61

a. Violación de normas legales 61

b. Violación de normas internacionales 64

c. Violación de normas constitucionales 66

CONCLUSIONES. 67

BIBLIOGRAFÍA. 67

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

EPÍGRAFE

"Más allá de cualquier ideología, más allá de lo bueno y lo profano, soy parte del espacio, soy la vida, por el hecho de ser un ser humano..."

Alberto Cortés

AGRADECIMIENTO

Quiero expresar mi más profundo agradecimiento a todos los que de una manera u otra han hecho posible la realización del presente trabajo, en especial al Dr. Luis Paulino Mora, Ministro de Justicia, al Lic. Gerardo Villalobos, Director General de Adaptación Social, a la Licda. Sonia Picado Sotela, Directora Administrativa del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Al personal de la Unidad de Admisión y Contraventores de San Sebastián y sobre todo al interno FERNANDO CASTILLO SIGLER, de nacionalidad cubana, quien se convirtió en la fuente de motivación inspiradora primaria hacia el interés por el presente tema de estudio.

El Autor

DEDICATORIA

A todo aquel ser humano que todavía en nuestros días sigue siendo objeto de restricciones a su libertad, sin haber cometido delito alguno, en síntesis, al "PRESO SIN DELITO", del que es un vivo ejemplo el extranjero indocumentado en las cárceles de nuestro país...

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación pretende poner de manifiesto, la problemática existente, en razón de la violación flagrante de los preceptos fundamentales de los Derechos Humanos, evidenciada en la detención injustificablemente prolongada de los extranjeros indocumentados a la orden del Departamento de Migración y Extranjería del Ministerio de Gobernación y Policía de la República de Costa Rica, en un medio típicamente delictivo como lo es el ambiente intracarcelario; encontrándose los mismos bajo la custodia de la Dirección General de Adaptación Social del Ministerio de Justicia y Gracia del citado país.

Nos enfrentamos pues, no a la circunstancia ampliamente descrita en reiteradas oportunidades, y no por ello menos lamentable, del *Preso sin Condena*; sino que, peor aún, nos referimos aquí a la criminalización de lo que podríamos denominar como el *Preso sin Delito*.

Es por todo lo antes citado, que expondremos como hipótesis fundamental, el hecho de que, la permanencia señalada de sujetos extranjeros que no

gozan ni siquiera de la condición de indiciados dentro del marco teórico de nuestro Ordenamiento jurídico nacional, inmersos en las cárceles comunes y corrientes de Costa Rica, evidencia una violación rotunda de la aplicación de los preceptos básicos de la vigencia de los derechos humanos.

Para desarrollar lo anterior, hemos dividido el presente trabajo en dos títulos. El primero de ellos se ocupa de lo tocante al estudio del trato histórico y jurídico que se ha dado tradicionalmente al extranjero, refiriéndonos también a nuestro contorno patrio, así como al análisis práctico de la estadía del extranjero indocumentado dentro de las cárceles; para luego de inmediato, pasar al título segundo, en donde estudiaremos lo relativo a la naturaleza jurídica y potestades de la Dirección General de Migración y Extranjería, así como también la figura de la Detención como medio idóneo e irrestricto de garantizar la posible expulsión del extranjero indocumentado, las diferentes violaciones de normativas tanto nacionales como internacionales, y finalizaremos con unas conclusiones generales acerca del tema.

TÍTULO PRIMERO

ANÁLISIS DEL TRATAMIENTO DE LOS EXTRANJEROS Y DE LA VIGENCIA DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN CON SU ESTADÍA INTRACARCELARIA

En el presente título, intentaremos dar una visión general del tratamiento que se da y se ha dado en el pasado al extranjero dentro de nuestro Ordenamiento jurídico, así como también una mirada al

perfil práctico en torno a su tratamiento dentro de la cárcel y a sus garantías efectivas de protección tanto a nivel legal, como constitucional.

CAPÍTULO I

Sección Primera

EL RÉGIMEN DE LOS EXTRANJEROS DENTRO DE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO Y EL TRATAMIENTO HISTÓRICO DADO AL EXTRANJERO

Pasaremos de inmediato a introducirnos en el tratamiento histórico que se le ha dado al extranjero y en el análisis de su vigencia carcelaria.

Primeramente, debemos aclarar desde ya, que para los efectos de nuestro estudio por "extranjero"

se deberá entender aquel sujeto o persona física, que se encuentra dentro del territorio, del cual no es nacional, y por ende está bajo la tutela legal del Ordenamiento foráneo.

Al enfrentarnos con la realidad histórica, nos da-

mos cuenta de que sin lugar a dudas, el extranjero no tuvo en la antigüedad un trato igualitario al nacional, sino que todo lo contrario, se encontraba generalmente bajo una "Capitis Diminutio" provocado precisamente en razón de su origen. Atenas, por ejemplo, señalaba a los extranjeros un barrio especial, donde los recargaba de impuestos, y los amenazaba con la más odiosa servidumbre, si se negaban a pagarlos.¹

Por su parte, Esparta, prohibía a los extranjeros la entrada en su ciudad, aduciéndose el temor de que sus costumbres fueran corrompidas con el contacto extraño.²

En Grecia la simulación no era diferente, puesto que aún sus más grandes pensadores entre los que figuraban, por supuesto, Aristóteles y Platón, apellidaban de bárbaros a todos aquellos que no habían visto al nacer su campiña.³

Roma, aunque moderó su rigor con los extranjeros, no los trató con menos desprecio, señalando las doce tablas inclusive, que el nacional era el elegido de la divinidad, y el extranjero un ser impuro, sintetizando lo anterior en el precepto que sostenía que en contra del extranjero, estaban eternamente la ley o la autoridad: "Adversus Nostem Aeterna Auctoritas".⁴ En la Edad Media, es extranjero quien se desplaza del feudo de origen a otro distinto, y se le conoce bajo el nombre de "Albana o Subana".⁵

El Albana, necesitaba para establecer en el feudo

distinto al que habitaba, rendir en el plazo de un año y un día, pleitesía y vasallaje al señor feudal.

Es aquí, cuando los monarcas, celosos del poder cada vez mayor que ejercían los señores feudales, establecen una lucha contra éstos, tratando por todos los medios posibles de cercenar la tutela ejercida por el Feudo sobre el extranjero, dando como resultado indirecto, el que se estableciera un espíritu común hacia la consecución del cambio del orden existente por medio de la liberación total del hombre y el respeto a los valores humanos, que a la par de la influencia del cristianismo, de la función desarrollada por las ciudades medievales, y de otro inmenso número de circunstancias que no es del caso anotar en este momento, se ven encarnados en el movimiento que cristaliza la Revolución Francesa.⁶

Sin embargo, inclusive, en nuestros días, aun con el desarrollo de toda una corriente que ha propugnado, y que hoy en día lucha igualmente por la vigencia de tratados, convenios y pactos, tanto bilaterales como multilaterales que tienden a garantizar la vigencia de la aplicación de los derechos humanos en nuestro mundo, la violación de los mismos, se hace desgraciadamente presente dentro de nuestros territorios, y en especial con respecto al caso que nos ocupa, en razón de la desigualdad con que son tratados en ocasiones hermanos extranjeros, cuyo único pecado es el no haber nacido en nuestro país, o bien no haber adquirido la ciudadanía correspondiente.

Sección Segunda

LAS INMIGRACIONES Y LA XENOFOBIA DEL COSTARRICENSE

En esta sección trataremos tanto lo referente a la inmigración extranjera como fenómeno histórico en Costa Rica, como también, las repercusiones que ha provocado la misma en el costarricense.

a. La inmigración como fenómeno histórico en Costa Rica.

En efecto, han sido muchas las causas de la inmigración de extranjeros hacia nuestro país, pero

1. CAMPISTEGUY, Juan, *Nacionalidad y Ciudadanía*. Tesis para optar por el grado de Doctor en Jurisprudencia: Montevideo, Uruguay, 1987, pág. 10.

2. CAMPISTEGUY, Juan. *Op cit.*, pág. 11.

3. CAMPISTEGUY, Juan. *Op. cit.*, pág. 12.

4. ALONSO, Alfonso, *Situación Migratoria del Extranjero*. Tesis para optar por el grado de Doctor en Jurisprudencia: Montevideo, Uruguay, 1987, pág. 10.

5. ALONSO, Alfonso. *Op. cit.*, pág. 41.

6. *Idem.*, pág. 45.

es evidente, que el proceso armamentista y revolucionario que viven hoy en día cientos de miles de centroamericanos, la anuencia de paz en sus suelos, la carestía del respeto a los mínimos derechos dentro de sus países, ha desembocado en un éxodo continuo hacia Costa Rica.

Paulatinamente entonces, la inmigración "normal" o tradicionalmente soportada, consecuencia lógica del desplazamiento de extranjeros hacia otros países, se vio quebrantada o desnaturalizada, por un incremento no esperado por la población costarricense.

Lo anterior se pone claramente de manifiesto, al estudiar las consecuencias o respuestas del tico ante esta situación lo que ha desembocado en una aparente xenofobia.

b. La reacción del costarricense ante las inmigraciones extranjeras.

Evidentemente, la afluencia masiva de extranjeros, el desplazamiento constante de los mismos por todo el territorio nacional, y por supuesto la manipulación de los medios de comunicación colectiva en razón del problema del posible desempleo del costarricense por la contratación de mano de obra extranjera barata, del problema de salud, del problema socioeconómico, y de muchos otros, ha dado como

resultado una aparente xenofobia del nacional ante el foráneo que llega a quitarle (o por lo menos así se piensa) su trabajo, su fuente de subsistencia, que llega a perjudicarlo al traer en muchas ocasiones, problemas colaterales de orden sanitario y socioeconómico; en síntesis, el extranjero en estas condiciones, se transforma en un verdadero peligro potencial y en el enemigo público número uno.

A lo anterior, necesariamente hay que agregar el hecho de que, generalmente, creemos que todo lo malo que nos sucede viene de aspectos externos a nosotros mismos, así pues, ante un hecho terrorista o un tráfico de drogas, se pensará fácilmente en que de manera muy posible, habrán extranjeros inmiscuidos, o en todo caso, la violencia importada de los programas televisivos "de otros países", será en mucho la causante del incremento de la violencia y del desarrollo de la criminalidad.

No queremos decir con lo anterior, que no hayan muchos casos en que sí se den en la realidad hechos similares a los mencionados, sino que no podemos generalizar, y menos descargar única y exclusivamente la culpa por medio de un mecanismo de defensa, atribuyendo a los extranjeros ser los autores directos de todos los males de la sociedad, y/o de falso patriotismo impregnado de una xenofobia casi siempre manipulada.

CAPÍTULO II

LA SITUACIÓN INTRACARCELARIA DEL EXTRANJERO INDOCUMENTADO

Dentro del presente capítulo, tocaremos lo referente a aspectos de índole criminológico-carcelario

con respecto al extranjero indocumentado detenido en prisión.

Sección Primera

UBICACIÓN Y TRATAMIENTO

Desarrollaremos primeramente la problemática de su ubicación en la prisión, para luego referirnos a si es posible hablar o pretender establecer un "tratamiento" al extranjero indocumentado detenido en la cárcel.

a. Su ubicación dentro de la cárcel.

El solo hecho de que se le refiera a un centro de reclusión común y corriente al extranjero indocumen-

tado, ya constituye un problema por sí mismo, sin embargo, el conflicto no concluye ahí, sino que todo lo contrario, es cuando empieza a agudizarse su situación.

Al llegar a la prisión, el extranjero indocumentado, se encuentra con una realidad espeluznante, que se refleja en el hecho de saberse uno más entre las decenas de detenidos o privados de libertad que se encuentran en la cárcel.

Se da cuenta al fin, que al igual que quien afronte una causa por violación, homicidio, tráfico de drogas, etc. él es uno más que deberá esperar hasta que se le diga, que el día de expulsión del país ha llegado. Al encontrarse privado de su libertad, es lógico pensar, que el individuo sufra de tremendos momentos de angustia, sufrimiento y ansiedad, acentuados en la creencia de lo injustificado de su permanencia en la prisión.

Se agrega a lo antes dicho, que la ubicación no obedece a parámetros uniformes: y es así como perfectamente se le puede tener tanto en un lugar de Tratamiento, como en un Centro de Confianza, o en una Unidad de Admisión, o bien junto a sentenciados en algunas ocasiones, o al lado de solamente indiciados y/o contraventores, o también junto a grupos mixtificados de ellos, e incluso, según sus características podrá estar en una etapa o pabellón de mínima seguridad hasta en uno de máxima seguridad, haciéndose la salvedad de que en los casos de las Unidades de Admisión se utiliza otra nomenclatura y por ejemplo en la Unidad de Admisión y Contraventores de San José (San Sebastián), los módulos se dan desde el A (en donde generalmente se ubica a individuos primarios sin ingresos anteriores), hasta el F (donde se encuentran individuos

reincidentes, con múltiples ingresos intracarcelarios, o bien sujetos que por su "peligrosidad" o su misma "seguridad" han sido ubicados allí).

b. El "Tratamiento" al extranjero indocumentado.

Evidentemente, no podemos hablar de "Tratamiento" para el extranjero indocumentado, puesto que no está en prisión por haber cometido algún delito, ni siquiera por vulnerar alguna falta de policía o contravención, sino única y exclusivamente por encontrarse a la orden del Departamento de Migración y Extranjería del Ministerio de Gobernación.

En tal circunstancia, aunque de hecho, está privado de su libertad por un requisito administrativo y no por un delito, nunca podríamos concebir el hecho de que pudiese vérselo como un sujeto apto para algún tipo de tratamiento, puesto que en ningún momento se le ha sentenciado a una pena, o se le ha impuesto una medida de seguridad, aunque en la realidad su estadía intracarcelaria podría verse perfectamente como una "Medida de Seguridad de Carácter Expulsivo", puesto que durará el tiempo necesario para que se dé su eventual expulsión del territorio nacional.

Sección Segunda

"LA ESCUELA INTRACARCELARIA"

Un hecho innegable, es el de que definitivamente, un solo día en la cárcel, ha cambiado la vida de muchas personas que muy posiblemente salgan posteriormente de allí, no mejor, y ni siquiera igual, sino casi siempre peor de como entraron por vez primera.

En esta sección desarrollaremos tanto lo que toca al proceso de criminalización del extranjero indocumentado, como también lo referente a la marca indeleble que llevará potencialmente luego de su recorrido por el sistema de justicia penal.

a. El proceso de criminalización.

Cuando hablamos de proceso de criminalización nos referimos a la metamorfosis psíquico-social que sufre el individuo que llega a tener contacto con el Sistema de Justicia Criminal, siendo objeto de una restricción de su libertad personal.

Indudablemente, sí es cierto, como antes mencionábamos, que tan solo un día dentro de la cárcel

ha cambiado la vida de un sujeto, pensemos por ejemplo en el caso de alguien que fue golpeado, agredido o violado con mucho más razón podríamos concluir que después de varias semanas, meses y hasta años, el proceso de criminalización de que hablamos, como una consecuencia lógica se verá acentuado, trayendo secuelas que podrán marcarlo para el resto de la vida.

b. La marca indeleble del recorrido por el sistema.

Al referirnos a la marca indeleble en este caso, hacemos referencia al proceso de estigmatización o etiquetaje en sentido objetivo y subjetivo del individuo.

En sentido objetivo se mostrará en razón del rechazo y agravio moral con el que el resto de la sociedad lo tratará por haber sido objeto de una privación de libertad. Es claro que en este sentido (objetivo) el proceso de estigmatización o etiqueta-

je podrá manifestarse tanto consciente como inconscientemente por parte del grupo social. En cuanto al sentido subjetivo de la marca indeleble, queremos hacer referencia al tatuaje jerárquico y moral que sufre en su fuero interno el individuo privado de su libertad, que llega a su clímax cuando se da sin ningún delito de por medio, como es el caso del extranjero indocumentado, quien se presenta como pretendemos visualizar, ya no como un *Preso sin*

Condena (el cual podría ser eventualmente inocente), sino como algo peor, como un *Preso sin Delito*, puesto que su determinación no obedece siquiera a la necesidad de la averiguación de los hechos que rodean a un determinado hecho delictivo, en el cual se le hubiere involucrado, sino que responden a un procedimiento puramente administrativo, que nunca debió haberse confundido o desarrollado, en un ambiente intracarcelario.

TÍTULO SEGUNDO

Naturaleza jurídica y atribuciones de la Dirección General de Migración y Extranjería. Y la problemática de la detención indeterminablemente prolongada del extranjero como medio de asegurar su posible deportación.

En el título segundo, trataremos de brindar al lector un recorrido en torno a la naturaleza jurídica, potestades y atribuciones de la Dirección General de Migración y Extranjería, señalando de inmediato, lo

correspondiente a la invalidez o legitimidad de la detención, sus posibles excesos y las normas tanto nacionales como internacionales que se podrían violentar con el abuso de la misma.

CAPÍTULO I

La Dirección General de Migración y Extranjería y sus potestades dentro del Orden jurídico costarricense

En el presente capítulo nos abocaremos a la tarea de analizar lo concerniente a la Dirección General de Migración y Extranjería del Ministerio de

Gobernación y Policía, tanto en torno a su naturaleza, como en relación con sus atribuciones.

CAPÍTULO II

Sección Primera

LA POTENCIAL EXPULSIÓN COMO JUSTIFICACIÓN DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

Una frase muy apropiada para esta sección sería aquella de que: "El fin no justifica los medios..."; puesto que no podríamos considerar como

justificada la introducción de un sujeto en una prisión, simplemente por un proceso administrativo de expulsión, que inclusive nunca puede llegar a darse.

Es así como desarrollaremos en esta sección dos partes, tratándose primero el problema de "Indubio contra Reo" en el plano Administrativo-Migratorio, para remitirnos posteriormente al tema de la "Inseguridad Jurídica del Extranjero Indocumentado" que ha sido privado de su libertad.

a. El "Indubio contra Reo" en el plano administrativo-migratorio.

No cabe duda, que el principio de inocencia queda en casos como éste segregado a sus mínimas repercusiones, puesto que la Ley General de Migración y Extranjería, autoriza la detención con el fin de obtener la posible expulsión del extranjero: no obstante lo dicho y sin ánimo de querer desarrollar este punto a profundidad por ahora, puesto que será retomado posteriormente, sí es oportuno indicar que no podríamos concebir un quebranto del principio de inocencia "Prima Facie", puesto que por este procedimiento se llega inclusive a invertir el Indubio pro Reo, transformándolo en un "Indubio contra Reo", pues la autoridad administrativa va a poder, mientras se desarrolle el procedimiento de expulsión y aún mientras la eventual orden de expulsión se ejecuta, mantener privado de su libertad a un individuo por el solo hecho de ser un extranjero indocumentado.

b. La inseguridad jurídica del extranjero indocumentado detenido.

Otro aspecto, de características similares al anterior en cuanto a su negatividad jurídico-procesal, lo viene a constituir el hecho de que mientras se desarrolla el procedimiento de expulsión, el

extranjero indocumentado se encuentra en prisión gozando de una absoluta inseguridad jurídica con respecto a su caso.

De la manera más absurda, cualquier otro sujeto que se encuentre en la celda a su lado, por el delito que sea de que se trate, tendrá, en el caso del sentenciado, la certeza de que le falta un determinado periodo de tiempo para recobrar su libertad, y en el caso del indiciado, igualmente, albergará la esperanza de que a corto plazo podrá salir en libertad, ir a juicio, o en el mejor de los casos, obtener algún beneficio que provoque su salida del centro de reclusión.

En contraposición, el extranjero indocumentado detenido, no cuenta más que con la incerteza, la penumbra y la remota creencia de que algún día, el que no se imagina, ni puede imaginarse siquiera, será liberado o expulsado del país.

No es difícil llegar a visualizar lo patético y lo lamentable de la situación antes descrita; la angustia rutinaria de no saber si ese día le llevarán a algún otro lado, la desesperación ante la impotencia de poder hacer algo y el desequilibrio psíquico y mental que podría producir el encierro, el hacinamiento y la criminalización reflejada en semanas y meses dentro de una cárcel.

Definitivamente esta "detención", no puede ser considerada como jurídicamente aceptable sobre todo, si nos cuestionamos las posibles violaciones de carácter legal, constitucional e internacional que se dan con su implementación cotidiana en nuestro Ordenamiento jurídico.

Sección Segunda

VIOLACIÓN DE NORMAS NACIONALES E INTERNACIONALES A RAÍZ DE LA DETENCIÓN INJUSTIFICABLEMENTE PROLONGADA DEL EXTRANJERO INDOCUMENTADO EN LA CÁRCEL

La detención, cuando vierte en un exceso de parte de la autoridad competente, se manifiesta en violaciones claras y flagrantes de normativas internas y externas; tal es el caso que nos ocupa en razón de la prolongación injustificada del extranjero indocumentado en la c) cárcel, como medio idóneo para garantizar su eventual expulsión del territorio nacional. A continuación puntualizaremos sobre las principales violaciones legales, internacionales y

constitucionales a las que nos referimos anteriormente.

a. Violación de normas legales.

Dentro de la violación de normativas al carácter legal, podemos tener primeramente, que el artículo 130 de la Ley de Migración autoriza al Ministerio de Gobernación y Policía a que solicite a la Policía Administrativa a "ejercitar la detención pero:

1. Debe existir una orden de expulsión contra el extranjero a que se refiere:

2. Deben existir, fundamentos reales y concretos para poder presumir que el extranjero indocumentado intentará eludir la orden de expulsión.

3. Debe existir también, una orden expresa de parte del Ministerio de Gobernación y Policía, disponiendo la detención del extranjero, fundamentada debidamente."⁷

De lo anterior, podemos deducir que, primeramente, es la Policía Administrativa y no los mismos oficiales del Ministerio de Gobernación, los que tienen la facultad y la obligación de proceder a la detención del extranjero indocumentado; y que por otro lado, la fundamentación de la detención debe obedecer a elementos totalmente objetivos y fehacientes, de los cuales se deduzca que se tratará de eludir la eventual expulsión, existiendo además, la orden expresa por parte del Ministerio de Gobernación y Policía decretando la detención del individuo. Lamentablemente la realidad es otra, y es así como frecuentemente observamos que los extranjeros indocumentados son detenidos por oficiales de Migración, o en todo caso por miembros del Ministerio de Gobernación y Policía, siendo privados de su libertad muchas veces, sin tener realmente la certeza que se tratará de eludir la acción de la justicia en torno a su posible futura expulsión, siendo más bien que ésta se ve inclusive retardada, cuando no coartada, por el hecho de estar encarcelado, puesto que de otra manera, el mismo extranjero hubiere salido por su propia cuenta del territorio jurisdiccional del país. En igual forma es notable el hecho de que, otras veces, se detiene al extranjero mientras es sujeto de una instrucción judicial, lo que, se extiende por varios días y a veces por varios meses por lo que al finalizar ésta, si el resultado indica que podría salir en libertad, o bien cumpliéndose con la imposición de la pena respectiva por parte de la autoridad judicial, y por supuesto habiéndose sobrepasado precisamente por el hecho de encontrarse el extranjero detenido en la cárcel, el término de su visa, éste es dejado ya no por la causa judicial que se le seguía, sino ahora a la orden del Departamento de Migración y Extranjería, y hasta en muchas ocasiones, de oficio por parte de la dependencia judicial, sin siquiera mediar la orden respectiva del Ministerio de Gobernación en razón de su detención.

Por otra parte, el artículo 64 de la misma ley, haciendo eco de un precepto constitucional, señala que "...Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que la Constitución Política y las Leyes establecen..."⁸; pero en realidad, podemos notar que evidentemente al propinárseles este tipo de detenciones arbitrariamente prolongadas, se violenta de manera clara esta normativa legal, en el tanto se ha desarrollado paulatinamente una seudoxenofobia por razones de una invasión paulatina pero constante e incontrolada de una serie de extranjeros tanto refugiados como indocumentados al territorio nacional, lo que ha provocado de alguna manera, la preocupación casi generalizada de la población en torno a problemas sociales inmediatos de vivienda, salud, ocupación laboral, criminalidad, etc.

Es por lo anterior, que de alguna manera quisiéramos hacer notar que esta especie de persecución al extranjero indocumentado bajo la consigna de su emigración de suelo nacional, no obedece de manera alguna a un hecho aislado e incoherente con la realidad nacional, lejos de ello, más bien se ha tomado como casi una especie de estandarte de patriotismo disfrazado, el hecho de desarrollar una caza encubierta del extranjero indocumentado, argumentándose que el medio idóneo para garantizar la seguridad del país viene a ser su "detención" y peor aún, con la avenencia y aprobación de una gran parte de la población del Estado.

Igualmente, la Ley número 38 del 24 de noviembre de 1932, contempla la posibilidad del ejercicio del Recurso de Presentación Personal o mejor conocido como "*Recurso de Hábeas Corpus*", en los casos en que el individuo se encuentra detenido ilegalmente a la orden de una autoridad, y como garantía de protección de su libertad individual.

De manera lamentable, los recursos de Hábeas Corpus han sido periódicamente rechazados por la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia, organismo de más alta jerarquía dentro del Poder Judicial, que comprende a los diecisiete magistrados que la componen, esto sin menoscabo de minoritarios votos salvados, que hasta la fecha no han sido suficientes para variar el criterio de mayoría en el sentido de señalar que "...en casos análo-

7. Asamblea Legislativa, República de Costa Rica, *Ley General de Migración y Extranjería*. Op. cit., pág. 17.

8. *Idem.*, pág. 11.

gos la detención constituye el medio idóneo para garantizar la posible expulsión del indocumentado..."⁹

Lo más lamentable quizás, es que la Corte Plena, no se ha pronunciado en el sentido de la posible violación a los derechos humanos, que deviene producto de la estadía extralimitadamente prolongada del extranjero indocumentado en la prisión, ni tampoco sobre el hecho de tenerseles "detenidos" en lugares típicamente criminógenos, siendo tratados como cualquier delincuente común, con todo lo que ese proceso de socialización delictiva implica para un ser humano que se ve privado de su libertad, sin ni siquiera mediar un delito de por medio y hasta frecuentemente por varios meses.¹⁰ Siendo que tampoco ha señalado la Corte un tiempo prudencial, y que tuviere carácter perentorio, para la ejecutoriedad de la orden de expulsión, limitándose únicamente a indicar amigables recomendaciones de acelerar el proceso de expulsión del indocumentado, lo que ha provocado una falta de agilidad y eficiencia de dicho procedimiento, dejando al arbitrio de la Dirección de Migración y Extranjería la consecución de la deportación del individuo sin un límite preciso de tiempo ante el cual se pudiera gestionar su libertad, límite temporal que dicho sea de paso, la misma Ley de Migración y Extranjería desgraciadamente tampoco indica, señala o al menos sugiere.

En otro orden de cosas, es interesante mencionar el hecho de que tanto el artículo primero, como el tercero del Código de Procedimientos Penales, señalan garantías que deberán respetarse en el trato del individuo ante el proceso penal, e inclusive, señala el artículo tercero que: "...Será interpretada restrictamente toda disposición legal que coarte la libertad personal..."¹¹; lo que contraviene directamente no sólo el hecho mismo de que no se establezcan plazos perentorios fijos a que atenerse dentro del tiempo de tramitación de la orden de expulsión y frente a los cuales poder invocar la libertad del individuo en razón del exceso de tiempo desarrollado en su detención injustificablemente prolongada, sino que, el extranjero indocumentado

encarna la ironía, desgraciada para él, de que, estando recluido como cualquier otro delincuente común, no puede tampoco gozar de ningún beneficio que la ley señala dentro del proceso penal, es decir, no puede darse curso a ninguna solicitud de excarcelación, libertad condicional, descuento, indulto, o beneficio alguno que sí podría tratar de obtener cualquier violador, homicida, ladrón, traficante o estafador que colindará con su celda o más diplomáticamente dicho, con su "lugar de detención".

Este mar de ignominia subculturizada a nivel intracarcelario, que de alguna forma llamara el profesor Raúl Zaffaroni como la: "Presoteca Latinoamericana"¹², ha dado como resultado en forma lamentable el hecho de observar cada día más evidentemente en nuestros suelos latinoamericanos cómo poco a poco el aparato estatal, convertido prácticamente en un mellizo del Leviatán de Hobbes¹³; ha ido incrementando como norma, la tendencia de querer ubicar dentro de la cárcel, como si fuera la panacea del universo, a todo aquello que le resulte para su gusto algo peligroso, señalando en el mejor de los casos la búsqueda utópica de la readaptación o resocialización del individuo a la sociedad, pero precisamente queriendo aislar al sujeto lo más distante de ella, o cuando no, invocando razones de seguridad nacional o peligro social para defender su derecho de introducir en la cárcel a quien así lo considere oportuno.

Por último y dentro del mismo espíritu de interpretación de la norma, los artículos primero, tercero y cuarto del Código Penal, al hablar de las normas preliminares de implementación del Código en mención y de la aplicación en el espacio del mismo, nos detallan igualmente la necesidad de ubicar toda gestión penal, dentro del principio de legalidad, así, el artículo primero nos detalla que: "...Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquélla no haya establecido previamente."¹⁴, lo que nos hace reflexionar al mismo tiempo sobre si el término "medidas de seguridad" aquí

9. Ver Anexo Nº 1.

10. Ver Anexo Nº 2.

11. Asamblea Legislativa, República de Costa Rica, *Código de Procedimientos Penales*, Editorial Porvenir S.A., 1983, III edición, pág. 5.

12. ZAFFARONI, Raúl, Conferencia dictada con ocasión del V Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos del IIDH. San José, Costa Rica, agosto de 1987.

13. HOBBS, Thomas, *El Leviatán*. Editorial Temis. Madrid, España, 1979, pág. 23.

14. Asamblea Legislativa, República de Costa Rica, *Código Penal*. Lehmann Editores S.A., IV edición, 1987.

no comprenderá también lo relativo a las disposiciones correspondientes a la detención, y si así fuere, deberíamos entender que, la detención prolongada de forma exagerada en la cárcel para el extranjero indocumentado, también debería ser considerada como ilegal de acuerdo con las disposiciones antes citadas.

b. Violación de normas internacionales.

En igual forma, tanto el proceder a detener ilegalmente al extranjero, como al prolongar injustificablemente e indeterminadamente esa detención, aunque la consideremos como "legítima" en cuanto a su procedencia primaria, nos enfrentamos de nuevo al fenómeno del quebrantamiento de diversas normas, en este caso de naturaleza internacional o supranacional.

Sin ánimo de entrar a analizar en detalle todos y cada uno de los instrumentos de carácter internacional que nuestro país ha suscrito y ratificado, producto de los cuales se violentarían normativas internacionales con la situación antes descrita, nuestro interés es el de poner de manifiesto algunos de los más importantes de estos instrumentos, algunos de ellos con carácter vinculante e incluso con rango mayor a la ley común y sólo superados por la propia Constitución Política.

En primer término, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948, estipula ya en el primer párrafo del Preámbulo de la misma que "...la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana..."¹⁵

En el mismo sentido, señala el artículo 2-1, que "...toda persona tiene todos los derechos y libertades

proclamados en esta declaración sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición..."¹⁶

El artículo 3 nos indica que "...todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad, y a la seguridad de su persona..."¹⁷

El artículo 5 señala que "...Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, o degradantes..."¹⁸

El artículo 7 menciona también que "...todos son iguales ante la ley, y tienen sin distinción, derecho a igual protección de la ley, todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación..."¹⁹

E igualmente, señala el artículo 13 que "...toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado, toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a un país..."²⁰

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 (XXI) del 16 de diciembre de 1966, dentro de este instrumento jurídico internacional, notamos de la misma forma que en el anterior, como se señalan dentro de su articulado normas tendientes a la protección del ser humano, sin distinción de su nacionalidad.

Así, el artículo 2 señala que "...cada uno de los Estados partes en el presente pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentran en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social..."²¹

15. Organización de las Naciones Unidas. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Oficina de Información Pública de la ONU, Nueva York, 1983, pág. 2.

16. *Idem.*, pág. 3.

17. *Idem.*, pág. 3.

18. *Idem.*, pág. 4.

19. *Idem.*, pág. 4.

20. ONU. *Op. cit.*, pág. 5.

21. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Recopilación de Instrumentos Internacionales*. Oficina de Publicaciones de la ONU, 1983, pág. 9.

El artículo 7 nos indica que "...Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes."²²

De igual manera, reza el artículo 9 que "...todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitraria. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta..."²³

En el mismo orden de pensamiento, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Interamericana, reunida en Bogotá, Colombia en 1948: manifiesta en su artículo "...todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona..."²⁴

El artículo V del mismo cuerpo normativo dispone que: "...toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar..."²⁵

En igual forma, el artículo XXV indica que "...Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por Leyes preexistentes..."²⁶

Para finalizar este segmento, citaremos también algunas disposiciones pertinentes al caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que ya no viene a ser solamente una declaración de buenos principios o una manifestación de palabras que se las puede llevar el viento al chocar contra el huracán de la realidad cotidiana, sino que, todo lo contrario, si bien las declaraciones y pactos antes citados hoy se conocen como fuente inspiradora y primaria de toda normativa inclusive constitucional de los miembros de la Comunidad Internacional, lo cierto es que aquí nos encontramos ya frente a un tratado multilateral suscrito por nuestro país, aprobado por la Asamblea Legislativa mediante Decreto Ley N° 4534 del 23 de febrero de 1970, y ratificado el 9 de abril del mismo año, siendo depositado ante la Secretaría General de la OEA el 2 de julio de 1980, no solamente el instrumento de reconocimien-

to de la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sino también lo correspondiente a la Jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo con los artículos 45 y 62 de la convención, lo que hace que este tratado sea vinculante para el estado costarricense, y que tenga rango superior a la ley común.

Dentro del instrumento internacional citado, señala el artículo 7 que: "...Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios...; toda persona detenida o retenida debe ser llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso..."²⁷

El artículo 22 por otra parte también señala que "...toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado, tiene derecho a circular por el mismo y, al residir en él con sujeción a las disposiciones legales: que toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio, e igualmente el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la Ley..."²⁸

Todo lo anterior, evidencia de manera lamentable la existencia de una clara violación de normativas de carácter internacional que propugnan por la vigencia de los derechos humanos en los pueblos de la tierra y que no hacen distingo para su aplicación entre el nacional y el extranjero.

Es importante anotar además, que desgraciadamente la visión externa de nuestro país queda muy desteñida con este tipo de actitudes por parte del Estado costarricense, puesto que de ninguna manera son congruentes las mismas con la política de la consecución de la paz permanente y duradera que queremos no sólo para los demás pueblos, sino también por supuesto, que debemos de propugnar por el nuestro primeramente, siendo que no debemos

22. IIDH. *Op. cit.*, pág. 10.

23. *Idem.*, pág. 10.

24. Organización de Estados Americanos. *Manual de Normas Vigentes en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*. Secretaría General de la OEA. Washington D.C., 1985, pág. 20.

25. OEA. *Idem.*

26. *Idem.*, pág. 21.

27. *Idem.*, pág. 20.

28. *Idem.*, pág. 32.

conformarnos en ningún momento con una paz que solamente se asimile a un sinónimo semántico de ausencia de guerra, puesto que tenemos que velar porque cada día se dé una aplicación más vivida de los Derechos Humanos, y no sólo a nivel de los derechos llamados de la "Primera Generación" o sea los "civiles y políticos", donde encontramos por supuesto el de la Libertad, objeto de nuestro estudio, sino también de los "económicos, sociales y culturales", o "Derechos de la Segunda Generación", y aun los que en nuestros días son ubicados como de la "Tercera Generación", en donde encontramos aspiraciones del ser humano no menos importantes como lo son "el Derecho a la Paz" y "el Derecho al Desarrollo".

c. Violación de normas constitucionales.

La Constitución de nuestro país, como todos sabemos, es el instrumento jurídico de más alta jerarquía dentro del Ordenamiento jurídico costarricense. Debe ser pues, no solamente la mejor representación de los intereses de un pueblo, sino también la fuente inspiradora de todas las demás normas que conforman el cuerpo jurídico del Estado.

Nuestra Carta Magna, contiene expresamente, disposiciones tendientes a proteger derechos tan sagrados como la Libertad y la igualdad de la ley sin poderse hacer discriminación alguna entre el nacional o el internacional, sino en cuanto sólo a lo que toca propiamente a derechos individuales de índole político.

El artículo 19 de la Constitución Política nos dice que "...los extranjeros tienen los mismos derechos y deberes individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen..."²⁹

De la misma forma y tomando en cuenta lo señalado en el artículo 19, el artículo 22 señala que "...Todo costarricense puede trasladarse y permanecer en cualquier punto de la República o fuera de ella, siempre que se encuentre libre de responsabilidad y volver cuando él convenga..."³⁰

El artículo 33 es más claro todavía al afirmar que "...Todo hombre es igual ante la Ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana..."³¹

Así también el artículo 37 dispone "...Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público..."³²

Igualmente, y para finalizar, el artículo 39 de la Constitución no deja de ser menos claro que los anteriores al establecer que "...A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de su culpabilidad..."³³

Es claro que los anteriores artículos de la Constitución de nuestro país, no ameritan mayor comentario, puesto que es evidente que existe y existió por nuestros antepasados una preocupación por la defensa de los valores coexistenciales al ser humano, dentro de los que están por supuesto, como ya se ha mencionado, el Derecho a la Libertad y el respeto al Derecho de Igualdad. Sin embargo, no podemos dejar de señalar, en cuanto a este último artículo 39, el que, es notable la forma en que es violentado, puesto que pese a que su literalidad e intencionalidad es obvia, en la realidad nos damos cuenta que con el descuento respectivo del artículo 55 del Código Penal (un día de prisión por dos días de trabajo), se ha llegado inclusive al caso de que un extranjero podría haber cumplido perfectamente con el descuento respectivo en razón del citado artículo 55 del Código Penal, una sentencia completa hasta por el máximo de la pena de un delito de citación directa (que se puede extender hasta un máximo de tres años).³⁴

Otra incoherencia de la Ley General de Migración y Extranjería, que no puede pasar inadvertida, por rozar con preceptos constitucionales es el artículo 110, el que al hablar de los recursos, plantea inclusive, la posibilidad de una "apelación", que técni-

29. Asamblea Legislativa, República de Costa Rica, *Constitución Política*. Litografía e Imprenta LIL. S.A., San José, Costa Rica, 1981, pág. 31.

30. *Idem*. Pág. 32.

31. *Idem*. Pág. 34.

32. *Idem*. Pág. 35.

33. Asamblea Legislativa, *Constitución Política*. Op. cit., pág. 36.

34. Ver anexo Nº 2.

camente viene a ser más bien una revocatoria, puesto que no sale del fuero de atracción del Ministerio de Gobernación;³⁵ estableciendo además la *no posibilidad* de acudir a la vía contencioso administrativa en este tipo de asuntos³⁶, cuando todos sabe-

mos que nuestra Constitución faculta a los administrados a acudir a la citada vía, en la medida en que se hubiere dictado un acto administrativo, que como en este caso estaría sujeto de revisión, por lo que dicho artículo vertería en inconstitucional.³⁷

CONCLUSIONES

A lo largo de nuestro trabajo, hemos llegado a la conclusión de que efectivamente, la detención y el internamiento del extranjero indocumentado en las cárceles comunes de la Administración de Justicia Penal de nuestro país, constituye una flagrante violación a las normas básicas de protección de los Derechos Humanos.

Igualmente es importante señalar que la situación que viven los extranjeros indocumentados detenidos, al no saber cuándo, en qué momento y hasta qué día tendrán que ser expulsados o se les hará efectiva su expulsión del territorio nacional, contraviene rotundamente los preceptos fundamentales del principio de inocencia, pudiéndose inclusive afirmar que en materia administrativo-migratoria el principio que rige es más bien, el del Indubio contra Reo.

Sin duda alguna, el proceso de criminalización se hace presente, en sujetos que como el extranjero indocumentado son detenidos por semanas o inclusive por meses y hasta años, perpetuándose una carrera acelerada de estigmatización y de etiquetamiento que provocará una especie de marca indeleble en el fuero interno y externo del sujeto privado de su libertad.

Para finalizar diremos, que la situación del extranjero indocumentado a la orden del Departamen-

to de Migración y Extranjería del Ministerio de Gobernación y Policía, dentro del régimen de la Dirección General de Adaptación Social del Ministerio de Justicia y Gracia de la República de Costa Rica, se visualiza, como antes se dijo, con matices que proyectan un retroceso notable en la búsqueda por la libertad y de la igualdad de todos los hombres, siendo que la Paz no es un concepto vacío, sino que debe venir acompañado diariamente del respeto efectivo de derechos que se manifiestan como inquebrantables, insustituibles e inherentes al ser humano como lo son las normas del resguardo a los Derechos del Hombre, tanto nacionales como internacionales a que tiene derecho todo individuo por el hecho de ser un ser humano, independientemente a su raza, credo, condición económica, nacionalidad, o cualquier otra circunstancia.

Es necesario pues, que exista un pronunciamiento interno de parte de organismos como la Procuraduría General de la República y la Corte Suprema de Justicia, a fin de que se limiten los plazos para la expulsión del extranjero indocumentado, así como también, para que se les ubique en lugares idóneos mientras se ejecuta su orden de expulsión.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO, Alfonso, *Situación Migratoria del Extranjero*. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala, 1962.

Asamblea Legislativa, República de Costa Rica. *Código Penal*. Lehmann Editores S.A., IV edición, 1987.

35. Ley General de Migración y Extranjería. *Op. cit.*, art. 110.

36. Ley General de Migración y Extranjería. *Op. cit.*, art. 113 in fine y 114.

37. Asamblea Legislativa, Constitución Política. *Op. cit.*, art. 49.

- Asamblea Legislativa, República de Costa Rica, *Código de Procedimientos Penales*. Editorial Porvenir S.A., 1983.
- Asamblea Legislativa, República de Costa Rica, *Constitución Política*. Litografía e Imprenta LIL S.A., San José, Costa Rica, 1981.
- Asamblea Legislativa, República de Costa Rica, *Ley General de Migración y Extranjería*. *Diario Oficial La Gaceta* Nº 152, 13 de agosto de 1986.
- CAMPISTEGUY, Juan, *Nacionalidad y Ciudadanía*. Tesis para optar al grado de doctor en Jurisprudencia, Montevideo, Uruguay, 1987.
- HALL, Ana Mary, *Instrumentos de Protección de los Derechos de los Reclusos*. Tesis de Grado para optar por el título de licenciada en Derecho. San José, Costa Rica, 1987.
- HOBBS, Thomas, *El Leviatán*. Editorial Temis. Madrid, España, 1979.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Recopilación de Instrumentos Internacionales*. Oficina de Publicaciones de la ONU, 1983.
- Organización de Estados Americanos, *Manual de Normas Vigentes en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*. Secretaría General de la OEA. Washington D.C., 1985.
- ONU, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Oficina de Educación Pública de la ONU. New York, 1983, pág. 2.
- SIEGHART, Paul, *The International Law of Human Rights*. Clarendon Press. Oxford, USA, 1983.
- ZAFFARONI, Raúl E., *Conferencia Dictada con Ocasión del V Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos del IIDH* San José, Costa Rica, agosto, 1987.
- ZAFFARONI, Raúl E., *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1986.

* * *