

Carlos Sandoval García
Instituto de Investigaciones Sociales
Universidad de Costa Rica
carlos.sandoval@ucr.ac.cr

La legalidad que produce irregularidad. La reciente reforma de la legislación migratoria en Costa Rica¹

Introducción

Si bien se estima que la mitad de las personas que emigran lo hacen a países del Sur, la investigación sobre migraciones se concentra prioritariamente en el análisis de casos de migración hacia países o regiones consideradas desarrolladas, como los Estados Unidos, Canadá o la Unión Europea (Hayden, 2003:137). Uno de los casos relevantes de inmigración Sur-Sur en el contexto latinoamericano es el de la comunidad nicaragüense en Costa Rica. De acuerdo con el último Censo de Población, realizado en el 2000, se estima que los nicaragüenses que viven en Costa Rica representan alrededor de 226.374 (5,9%) del total de los habitantes (INEC, 2001:5). Si se considera la inmigración temporal, muchas veces circular, durante el tiempo de cosechas, una cifra estimada podría ser de aproximadamente 300.000 nicaragüenses, es decir, cerca de un 7 u 8 por ciento de la población total en Costa Rica.

La comunidad nicaragüense en Costa Rica ha sido tema de una gran cantidad de comentarios, tanto en los medios de difusión como en conversaciones cotidianas. Muchos de los temas pueden resultar familiares en otros países y regiones, pues si bien las nacionalidades cambian, las tramas permanecen. ¿Se convertirán los inmigrantes en mayoría?, ¿Impondrán los inmigrantes otras costumbres?, ¿Desplazarán los inmigrantes a los nacionales de sus empleos? ¿Son los inmigrantes responsables del deterioro de los servicios públicos?, ¿El aumento de la criminalidad y la sensación de inseguridad están asociados a la inmigración?, son algunas de las preguntas recurrentes que se escuchan

¹ Esta comunicación forma parte del proyecto “Avanzando los derechos de las mujeres migrantes en América Latina y el Caribe”, el cual se desarrolla en el Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad de Costa Rica, con apoyo de Centro para la Investigación y el Desarrollo de Canadá.

en Costa Rica, pero también en Estados Unidos o la Unión Europea (Lipsitz 1998; Chaves 2001; Bhattacharya, Gabriel y Small 2002, Chaves, 2008).

Aunque la mayoría de las naciones son relativamente recientes, la nacionalidad está asociada con un sentido de pasado, de continuidad histórica. De manera semejante, pese a que la mayoría de las naciones son el resultado de un encuentro de personas de distintos orígenes, éstas se representan a sí mismas como “únicas”, representando las fronteras como límites simbólicos, y quienes las transgreden son a menudo considerados una amenaza al “identidad nacional”.

En el caso de la sociedad costarricense, habría una débil esfera pública y cultura política que impide potenciar la reflexión sobre sí misma y reconocer que ha habido un debilitamiento de instituciones claves, sobre todo generados por la disminución de la inversión pública, y un desdibujamiento de un imaginario colectivo que ha caracterizado al país como “excepcional”. Con frecuencia, las fantasías acerca de la *nación* reemplazan el debate acerca del tipo de *sociedad* a que se aspira. La hostilidad anti-inmigrante, abonada con frecuencia por los medios de comunicación, ha sido la materia prima de estas fantasías excluyentes de nación. A su vez, esta misma hostilidad anti-inmigrante pretende contener, volver llevadera, la ansiedad generada por la incertidumbre del desdibujamiento de las instituciones y los imaginarios.

Estos cambios en las instituciones y los imaginarios sociales que han venido ocurriendo en los últimos 30 años, se articulan con procesos históricos de formaciones de identidad nacional de más largo alcance, los cuales han enfatizado que la “democracia rural” prevaleciente durante el periodo colonial, el carácter democrático y igualitario surgido en último término del periodo colonial y la naturaleza blanca de la población constituyen referentes indispensables de la representación de “excepcionalidad”.

El excepcionalismo costarricense y la legislación migratoria

En este contexto histórico de más largo alcance, surgen disposiciones migratorias que desde finales del siglo XIX restringen el ingreso de personas al país. En 1897, por ejemplo, se prohibió el ingreso a Costa Rica de población china, árabe, turca, siria, armenia y gitana. En 1908, el entonces presidente Cleto González Víquez, explicó al Congreso que el aceptar “inmigrantes” podría incrementar la población con indeseables (Palmer 1995: 75,80). Mientras tanto, el reconocimiento de los indígenas como “ciudadanos” ocurrió apenas en 1993 (Sala Constitucional, 1993). Previamente, no

poseían cédulas de identidad y su ciudadanía estaba muy disminuida, aunque el reconocimiento formal no ha mejorado sus condiciones materiales de vida. Hasta 1996, la Ley General de Migración y Extranjería (N° 7033) prohibía, en su artículo 60, la entrada al país de población con “deficiencia mental”, “discapacidad”, “padecientes de enfermedades transmisibles”, “prostitutas” y “quienes carezcan de profesión u oficio”.

En 2001, el entonces Presidente Rodríguez Echeverría, presentó un nuevo proyecto de ley de Migración. Los artículos 152 y 157, por ejemplo, establecen que ninguna persona física o jurídica puede dar trabajo o alojamiento a una persona ilegal. Tampoco se puede dar un empleo no autorizado como parte de un permiso laboral. En 2003, el entonces Ministro de Seguridad Pública, Rogelio Ramos, presenta una nueva versión de proyecto de Ley de Migración y Extranjería, el cual sustituye el anteriormente citado. En su comparecencia a la Comisión Permanente de Gobierno y Administración (Sesión 59, 19.2.2003), el entonces Ministro justificó la importancia del proyecto en términos del “Plan nacional de seguridad integral y participación ciudadana”, lo cual parece presumir que las migraciones afectan la seguridad; incluso cuando se conocía ya para esa fecha que el número de nicaragüenses que se ha cometido delitos no es mayor que el número estimado de nicaragüenses en el país (véase Sandoval 2002:281). En la propuesta de ley presentada en el 2003, también se penaliza el dar alojamiento a una persona “ilegal”. Ello implica multas que pueden llegar a 20 salarios mínimos (artículo 182) o 6 años de prisión (artículo 247). En 2005, se presenta un proyecto de reforma a la Ley de Migración y Extranjería (N° 8487) - semejante a la propuesta presentada en el año 2003 - el cual finalmente entra en vigencia en el año 2006.

Pese a los esfuerzos de organizaciones civiles, encaminados a modificar la perspectiva y alcances de la iniciativa de ley, poco se logró. Entre las principales modificaciones impulsadas por las organizaciones civiles, que finalmente fueron adoptadas en el texto de la ley fue el de reemplazar “seguridad nacional” por “seguridad pública”. Asimismo, se dejó sin efecto la penalización de la solidaridad con personas migrantes en condición irregular. El texto aprobado finalmente como la Ley, entró en vigencia en agosto del año 2006.

La legalidad que produce irregularidad

La Ley de General de Migración y Extranjería (N° 8764) vigente fue aprobada por la Asamblea Legislativa en julio de 2009 y entró en efecto en marzo de 2010. En general, presenta una serie de modificaciones respecto a la ley vigente. Elimina buena parte del

vocabulario vinculado a la “seguridad”, el cual abundaba en Ley previa. Introduce el tema de Derechos Humanos, haciendo alusión a múltiples convenios internacionales ratificados y vigentes en Costa Rica. Por ejemplo, en el caso de la niñez y la adolescencia, se hace mención que en una política migratoria será importante tener en cuenta el interés superior de estas poblaciones. Otro elemento importante de esta legislación lo constituye el reconocimiento de la población costarricense como migrante y el compromiso sobre las medidas a tomar para proteger el derecho a no migrar y las garantías para las personas que desean retornar.

Sin embargo, plantea una serie de disposiciones que conviene analizar con detenimiento. Esta nueva legislación combina entonces un encuadre de derechos humanos, que le ha ganado una importante legitimidad entre actores y disposiciones específicas que vuelven el proceso el proceso de regularización migratoria aún más honeroso y difícil, al tiempo que otorga competencias a las instancias encargadas de ejecutar la legislación migratoria que más serían propias del Poder Judicial.

Respecto al modo en que los derechos humanos en ocasiones se constituyen en un referente para legitimar políticas que incluso erosionan los mismos derechos humanos que dicen proteger, Tanya Basok (2009) nota que con frecuencia el análisis de los derechos se concentra sobretudo en la implementación de las normas más que en las normas mismas. Ello ha significado que ha habido poca atención a la distinción entre aquellos derechos que se adecuan a las tradiciones liberales y aquellos que podrían desafiar la soberanía nacional. Basok sugiere distinguir entre principios de derechos humanos hegemónicos y contra hegemónicos. Los primeros son los congruentes con las nociones liberales de la igualdad de los individuos y de la libertad de los individuos frente a la coerción, así como de principios de soberanía nacional, mientras que los derechos humanos contra hegemónicos son aquellos que en una u otra forma desafían el status quo, ya sea debilitando las premisas políticas y económicas de la democracia liberales o los principios de soberanía nacional.

El aseguramiento al sistema público de seguridad social es uno de los nuevos requisitos para iniciar trámites de regularización (artículo 7, inciso 7; 78,3; 97), pese a que, de acuerdo con la Caja Costarricense de Seguro Social, a febrero de 2009, solo el 57.4% de la Población Económicamente Activa estaba cubierta por el seguro social, sobre todo como resultado de que la mayoría de los empleos que se generan son de tipo ‘informal’.

Los costos son otro aspecto relativo a la documentación. La Ley establece una serie de pagos extras para acceder a periodos de extensión de la categoría migratoria o cambiar de ésta. Por ejemplo, una persona con categoría de turista debe cancelar 100 dólares si desea prolongar su estancia en el país (artículo 90). Asimismo, una persona que desea cambiar su categoría migratoria debe, además de cumplir con los requisitos para obtener la nueva categoría, pagar 200 dólares (artículos 96 y 125), a menos que salga del país –sobre todo a Nicaragua- a visar, solicitando una visa para iniciar trámite de residencia (por un monto de \$30).

Si se toma en cuenta que los altos costos son uno de los factores que impiden los trámites de regularización del estatus migratorio o de renovación de documentos, estos costos pueden convertirse en un factor que impida la regularización. Agrega una preocupación adicional que uno de los motivos para cancelar la residencia permanente de una persona sea el no renovar su documentación en un periodo de tres meses posteriores al vencimiento de la misma (artículo 129, inciso 10). A lo anterior se debe sumar que por toda estancia irregular en territorio costarricense se deberá cancelar una multa de 100 dólares por cada mes de estancia irregular o “en su defecto, se prohibirá su ingreso por un plazo equivalente al triple del tiempo de su permanencia irregular” (artículo 33, inciso 3).

El requisito del aseguramiento aunado a la severidad de las multas, muy probablemente aumentará la no documentación. Así, la ley produce la “ilegalidad” que ella misma dice que procura erradicar, es decir, los requisitos son tales que fomenta la ausencia de la documentación. Esta es una tendencia subrayada en algunos estudios sobre legislación migratoria en varios países (DeGenova, 2002; Ngai, 2004). Moe Naggi, por ejemplo, ha notado que: “La restricción migratoria produce una persona ilegal como un nuevo sujeto político ilegal, cuya inclusión dentro de la nación fue simultáneamente una realidad y una imposibilidad legal”. Ella continua diciendo que “ser un inmigrante no autorizado o ilegal es un estatus conferido por el Estado y luego se incorpora en los cuerpos de los migrantes, porque la ilegalidad es tanto producida como vivida” (citado en Chavez, 2008:23).

El requisito del aseguramiento y los costos asociados a requisitos, multas y condición migratoria plantean interrogantes en términos de su razonabilidad y proporcionalidad, principios fundantes del Derecho. A su vez también sugiere el reto de cómo estos principios podrían ser puntos de referencia para organizaciones de personas migrantes, iglesias, intelectuales o ONGs interesadas en impugnar contenidos

específicos de esta legislación, sobre todo si se reconoce que los derechos no se reducen “a lo que la ley dice”, sino que constituyen un proceso político en que “los derechos están en construcción” (VeneKlasen *et al.* citado en Pippier, 2009:11).

Un segundo conjunto de disposiciones previstas por la Ley se refieren a las facultades otorgadas a autoridades migratorias. Las aprehensiones facultadas a la Policía de Migración son por 24 horas, pero éstas podrían extenderse, con autorización del Director de la Dirección General de Migración y Extranjería, por más tiempo, sin especificar el límite, tal y como se establece en los artículos 12 y 31 inciso 5 a y 5b. En este contexto, surge la duda de si las aprehensiones pueden ser indeterminadas y si éstas pueden ser prolongadas por una autoridad administrativa o están expresamente reservada para una autoridad judicial, tal como lo explicita la Constitución Política. En la misma dirección, se tendría que comprender la disposición del artículo 16 de la Ley de Migración y Extranjería vigente, en el sentido de que “La Policía Profesional de Migración investigará la trata y el tráfico de personas, así como cualquier infracción de naturaleza migratoria”. La policía administrativa estaría facultada para realizar aprehensiones, pero no debería estarlo para investigar casos, lo cual se supondría, nuevamente, que es una facultad del Poder Judicial.

En una perspectiva de más largo alcance, esta discrecionalidad otorgada a autoridades administrativas coincide con señalamientos realizados a propósito de cambios en la legislación de un buen número de países, los cuales han significado la erosión de un número de premisas liberales del Estado de derecho, entre las cuales se puede citar la discrecionalidad otorgada a autoridades policiales, la disminución de la presunción de inocencia y la división de los poderes (Bhattacharyya, 2008). En el ámbito migratorio entonces toman forma cambios, cuya naturaleza y consecuencias podrían ser de largo alcance.

Para continuar

A modo de síntesis, se podría apuntar que una ley que surge inspirada en nombre de los derechos humanos, termina disminuyendo las posibilidades prácticas de alcanzar la regularización migratoria. Surge entonces la interrogante de hasta qué punto enfoques asociados a los derechos humanos pueden legitimar legislaciones que disminuyen las posibilidades prácticas de ejercicio y disfrute de esos derechos que se pretende tutelar y hacer cumplir. Sheila Benhabib (2004:2) ha notado que las migraciones transnacionales ponen sobre el tapete el dilema constitutivo en el corazón mismo de las democracias

liberales entre las demandas de soberanía y autodeterminación por una parte y la adherencia a principios universales de derechos humanos, por la otra. Por una parte, se reconoce que hay derechos humanos que trascienden las políticas nacionales pero, por la otra, también se registra que la soberanía del Estado continúa determinando quién tiene o no derechos.

Una de las tareas pendientes continúa siendo concebir una política pública en materia de migración que parta del reconocimiento de la profunda interdependencia entre las personas migrantes, sus familiares y las comunidades de acogida. Miles de personas han encontrado empleo y residencia en Costa Rica, al tiempo que muchos y muchas costarricenses podemos desempeñarnos en nuestros trabajos remunerados porque una persona nicaragüense cuida a nuestros hijos e hijas, y adultos y adultas mayores. Algunas actividades económicas dependen estructuralmente de la participación de nicaragüenses como es el caso de la construcción, la agricultura de exportación, la seguridad privada y desde luego el trabajo doméstico remunerado. Aunque, como Benhabib (2004:18) anota, las personas seamos “radicalmente y no meramente interdependientes”, ella misma subraya que: “La ciudadanía y las prácticas de la membresía política son los rituales a través de los cuales la nación se reproduce espacialmente. El control de las fronteras territoriales, las cuales es coetánea con la soberanía del Estado nación moderno, busca asegurar la pureza de la nación en *el tiempo* a través de la vigilancia de tus contactos e interacciones en *el espacio*” (p. 18).

La construcción de vínculos entre saberes, agentes y prácticas sociales en torno a la demanda de justicia y derechos en el campo de la migración requiere la búsqueda de formas de articulación entre perspectivas más de tipo analítico, que describen por ejemplo el incremento de políticas de control de flujos migratorios, y aquellos enfoques cuya atención principal está en una perspectiva normativa, cuya prioridad es imaginar posibles modos de transformación. Boaventura de Souza Santos sugiere que la realidad no puede ser reducida a lo que existe (2009:125), para lo cual se requiere una sociología de las ausencias y una sociología de las emergencias. La primera es caracterizada como “una investigación que intenta demostrar que lo que no existe es, en verdad, activamente producido como no existente, es decir, como una alternativa no creíble a lo que existe” (p.109). Por su parte, “[I]a sociología de las emergencias consiste en la investigación de las alternativas que caben en el horizonte de las posibilidades concretas” (p.129). “Mientras que la sociología de las ausencias se mueve en el campo de las experiencias sociales, la sociología de las emergencias se mueve en el campo de

las expectativas sociales” (p. 130). “Ambas le otorgan al presente un contenido más denso y sustantivo que el instante fugaz entre pasado y futuro (p. 131). Más que sugerir nuevas totalidades, por lo demás necesariamente incompletas, Santos sugiere el trabajo de traducción, el cual es precisado como “el procedimiento que permite crear inteligibilidad recíproca entre las experiencias del mundo, tanto las disponibles como las posibles, reveladas por la sociología de las ausencias y la sociología de las emergencias” (p.136).

Esta necesidad de zonas de contacto las ausencias y las emergencias se interroga cómo comunidades migrantes, intelectuales, iglesias, ONGs, entre otras, podrían o no tener algún margen de acción para, por ejemplo, impugnar en el Tribunal Constitucional algunas de estas disposiciones. Ello implica no solo sistematizar algunas de las críticas a la legislación vigente, sino también consolidar capacidades para impugnar persuasivamente la necesidad de hacer prevalecer la justicia y los derechos ciudadanos más allá de la nacionalidad. Como apunta Ruth Lister (1997:4), “Buena parte de la historia política del siglo XX ha estado caracterizada por batallas por extender, defender o hacer realidad derechos políticos, civiles y sociales de ciudadanía”. En un sentido similar, Elizabeth Jelin (2005:51) sostiene que “La historia de la ciudadanía es, en realidad, la historia de luchas sociales por la expansión y la profundización de los derechos”.

Ahora bien, el enorme reto es cómo reconocer y articular el potencial de las comunidades migrantes, de modo que las iniciativas de trabajo comunitario, a veces descalificadas con el membrete de “asistencialismo”, de modo que puedan dialogar con esfuerzos de incidencia política a nivel regional o nacional y con iniciativas supranacionales y, desde luego, viceversa. Marc Goodale (2007:21) subraya que “muchos de los más importantes actores cuyos encuentros con los derechos humanos contribuyen a su transnacionalismo nunca dejan físicamente sus comunidades, ciudades o países”. En una perspectiva similar, Alana Lentin (2004:239) subraya la importancia de discutir la dicotomía que ella identifica entre el trabajo en contra el racismo a una escala si se quiere local en países europeos y las iniciativas antiglobalización. Lentin (2004:298) argumenta que desde ciertas perspectivas el inmigrante es conceptualizado más como “un símbolo o un movimiento y no como un individuo”, con lo cual se malogra reconocer las condiciones locales en y desde las cuales las personas y las comunidades migrantes viven y resisten las fuerzas sociales que los movimientos antiglobalización critican.

Este diálogo solo será posible si se reconoce la interdependencia entre diferentes escalas, actores y demandas. De igual importancia es considerar, modos en que las redes de organizaciones podrían consolidarse al tiempo que mantienen y fortalecen vínculos con las redes e iniciativas locales. A menudo, y no exclusivamente a propósito de iniciativas de organizaciones migrantes, suele haber mutuas recriminaciones entre quienes realizan un trabajo más focalizado en comunidades y quienes priorizan la incidencia política si se quiere a escala nacional. Plantear la relación entre lo comunitario o local y lo nacional como una disyuntiva o una dicotomía es algo que requiere subvertirse (Pallares, 2010:56; Flores-González, 2010). Con frecuencia las posibilidades del trabajo comunitario no están disponibles en las labores de incidencia a escala nacional y viceversa. Es posible que la clave resida en la articulación, más que en la mutua descalificación. Un paso en el trabajo de articulación podría consistir en facilitar posibilidades de formación política en comunidades, de modo que quienes participan en iniciativas comunitarias puedan también contar con competencias para participar en redes nacionales o regionales. Es decir, independientemente de la condición migratoria, se requiere facilitar procesos pedagógicos que potencien lo que Davis, Martínez y Warner (2010:87) llaman “ciudadanía sustantiva” (en contraste con la ciudadanía formal según la cual las personas están en condición irregular o son residentes, etc.), es decir, iniciativas mediante las cuales las personas puedan participar en sus barrios, retomar espacios públicos, así como también participar en acciones políticas de escala más amplia.

Bibliografía citada

- Basok, Tanya (2009) "Counter Hegemonic Human Rights Discourses and Migrant Rights Activism in the US and Canada" in *International Journal of Comparative Sociology*, Vol 50 (2), pp. 183-205.
- Benhabib, Seyla (2004) *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bhattacharya, Gargi (2008). *Dangerous Brown Men. Exploiting Sex, Violence and Feminism in the War of Terror*. London: Zed books.
- Bhattacharya, Gargi, John Gabriel and Stephen Small (2002) *Race and Power. Global racism in the twenty-first century*. Londres: Routledge.
- Chaves, Leo (2001) *Covering Immigration*. Berkely: University of California Press.
- Chaves, Leo (2008) *The Latino Threat. Constructing immigrants, citizens, and the nation*. Berkeley: University of California Press.
- Davis, Stephen P., Juan R. Martínez y R. Stephen Warner (2010) "The Role of the Catholic Church in the Chicago Immigrant Mobilization" en Pallares, Amalia y Nilda Flores-González (editoras) *¡Marcha! Latino Chicago and the Immigrant Rights Movement*. Chicago: University of Illinois Press.
- DeGenova, Nicholas (2002) "Migrant 'illegality' and deportability in everyday life" en *Anun Review of Anthropology*, pp. 1419-47.
- Flores-González, Nilda (2010) "Immigrants, Citizens, or Both? The Second Generation in the Immigrant Rights Marches" en Pallares, Amalia y Nilda Flores-González (editoras) *¡Marcha! Latino Chicago and the Immigrant Rights Movement*. Chicago: University of Illinois Press.
- Goodale, Marc (2007) "Locating Rights. Envisioning Law Between the Global and the Local" en Marc Goodale y Merry Sally Engle (eds.) *The Practice of Human Rights. Tracking Law between the Global and the Local*. Cambridge (Mass.): Cambridge University Press.
- Hayden, Bridget (2003) *Salvadoreans in Costa Rica*. Tucson: University of Arizona Press.
- INEC (Instituto Nacional de Estadística y Censos) (2001). IX Censo Nacional de Población y V de Vivienda del 2000: Resultados Generales. San José: INEC.
- Jelin, Elizabeth (2005) "Migraciones y derechos: instituciones y prácticas sociales en la construcción de la igualdad y la diferencia" en A. Grimson y E. Jelin (comps.) *Migraciones hacia la Argentina. Diferencia, desigualdad y derechos*. Buenos Aires: Prometeo.
- Lentin, Alana (2004) *Racism & Anti-racism in Europe*. Londres: Pluto.
- Lipsitz, George (1990) *The possessive Investment in Whiteness. How White People Profit from Identity Politics*. Filadelfia: Temple University Press.
- Lister, Ruth (1997) *Citizenship. Feminist Perspectives*. New York: New York University Press.
- Pallares, Amalia (2010) "The Chicago Context" en Pallares, Amalia y Nilda Flores-González (editoras) *¡Marcha! Latino Chicago and the Immigrant Rights Movement*. Chicago: University of Illinois Press.
- Palmer, Steven (1995). 'Hacia la auto-inmigración. El nacionalismo oficial en Costa Rica 1870-1930', en A. Tara-cena y J. Piel (eds) *Identidades nacionales y Estado Moderno en Centroamérica*. San José: EUCR.
- Pipper, Nicola (2009) "International Migration and Gendered Axes of Stratification" in N. Pipper (ed.) *New Perspectives on Gender and Migration. Livelihood, Rights and Entitlements*. Londres: Routledge.
- Sala Constitucional. Voto 1786-93. San José, Costa Rica, 1993.
- Sandoval García, Carlos (2002) *Otros amenazantes. Los nicaragüenses y la formación de identidades nacionales en Costa Rica*. San José: EUCR.
- Santos, Boaventura de Sousa (2009) *Una epistemología del Sur*. México: Siglo XXI-CLACSO ediciones.