

Acción Inconstitucional
Voto 4673-03

Exp: 02-013228-0007-CO

Res: 2003-04673

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas con cuarenta y ocho minutos del veintiocho de mayo del dos mil tres.-

Acción de inconstitucionalidad promovida por Miriam Elena Chehade Larach, mayor, casada, costarricense, abogada, en su condición de defensora pública de Sergio Suárez Mairena, vecina de San José contra los artículos 13 inciso 6), 88, 89 y 130 de la Ley de Migración y Extranjería, número 7033 del cuatro de agosto de mil novecientos ochenta y seis. Interviene la Procuraduría General de la República representada por el Procurador General Adjunto, Farid Beirute Brenes.

Resultando:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las catorce horas cuarenta minutos del diecisiete de diciembre del dos mil dos, la accionante solicita que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 13 inciso 6), 88, 89 y 130 de la Ley de Migración y Extranjería. Como asunto base pendiente de resolver refiere el recurso de hábeas corpus tramitado con el número de expediente 02-13167-0007-CO, el cual se encuentra pendiente de resolver, donde invocó la inconstitucionalidad de las normas como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado. En cuanto al artículo 13 inciso 6) de la Ley de Migración y Extranjería, según el cual, para velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones de esa 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 interrogar y recibir declaración a los presuntos infractores de esta Ley y detenerlos en cuanto fuere procedente por el tiempo estrictamente necesario; sostiene que es contrario a los principios de juez natural, derecho de defensa y debido proceso contenido en los artículos 35, 39 y 41 de la Constitución Política y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La garantía del juez natural presupone la existencia de órganos judiciales preestablecidos en forma permanente por la ley y el derecho a la jurisdicción consiste precisamente en tener la posibilidad de acceso a uno de esos jueces. Las autoridades de migración no fueron creadas como órganos jurisdiccionales, por lo que no se pueden atribuir facultades eminentemente jurisdiccionales que no les competen, como es el hecho de interrogar y recibir declaración a los presuntos infractores. Por otro lado, sostiene que la norma también infringe el artículo 37 de la Constitución Política, el cual establece que nadie puede ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito y sin mandato escrito del Juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando se trate de reo prófugo o delincuente infraganti, pero en todo caso, deberá ser puesto a disposición del Juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas. Al señalar el artículo 13 inciso 6) que la detención se hará por el tiempo estrictamente necesario, puede interpretarse que podría tratarse de horas, días, semanas o meses, lo cual atenta con lo dispuesto en el artículo 37 referido y en los numerales 7, 24 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Aduce que las autoridades de migración no pueden detener a ningún extranjero por un tiempo mayor al estipulado por la Constitución Política, pues se transgrede claramente el artículo 33 de la Constitución, según el cual toda persona es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana. Como segundo aspecto considera que el artículo 130 in fine de la Ley de Migración también roza con los mismos preceptos, en cuanto refiere que la policía administrativa durará el tiempo estrictamente indispensable para hacer efectiva la orden de expulsión. En tercer lugar la accionante refiere que los artículos 88 y 89 de la Ley de Migración y

Extranjería no protegen ningún bien jurídico y por ello infringen lo establecido en el artículo 28 de la Constitución Política, así como los principios de lesividad y ofensividad. Afirma que a su cliente se le priva de su libertad por encuadrar su actuación dentro del supuesto de hecho del artículo 88 de la Ley de Migración y Extranjería, el cual indica que será sancionado con pena de seis meses a un año de prisión, el extranjero deportado que reingresare sin autorización o el extranjero que ingresare al país eludiendo el control migratorio por un lugar no habilitado. Dicho artículo resulta inconstitucional porque de él se desprende la no existencia de lesión a ningún bien jurídico, con lo cual, se infringe lo dispuesto en el artículo 28 constitucional, según el cual, las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley. Los conceptos de moral, orden público y buenas costumbres pueden variar según el entorno social y cultural de que se trate; también es cierto que dicha definición puede hacerse tomando en cuenta los principios dentro de los cuales se haya definido el proyecto político de organización del Estado. El principio de lesividad establece que ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no exista por lo menos una afectación a un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo. En el caso del artículo 88 cuestionado aduce que se trata de un tipo penal abstracto en donde no hay lesión a ningún bien jurídico. Asimismo considera que también el artículo 89 de la Ley de Migración adolece de los mismos problemas de constitucionalidad, en cuanto no contiene dentro de sus presupuestos de hecho ninguna lesión a un bien jurídico tutelado. Cita la sentencia 6410-96 de las quince horas doce minutos del veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y seis de la Sala Constitucional, donde se declaró inconstitucional el artículo 230 del Código Penal por considerar que no había afectación al bien jurídico tutelado, así como la número 7034-96 de las nueve horas treinta y nueve minutos del veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y seis, que declara inconstitucional el inciso 10) del artículo 384 del Código Penal. Afirma que la Sala Constitucional ha sido clara al señalar que la norma penal debe proteger una relación social concreta y fundamental para la vida en sociedad. No se trata de crear normas por crearlas, es el hecho de crear leyes que protejan las relaciones sociales concretas y fundamentales. La Ley de Migración contiene trámites administrativos para poder solventar cualquier problema a nivel migratorio sin tener que recurrir al Derecho Penal, el cual se debe utilizar como extrema ratio. De ahí el carácter de fragmentalidad y subsidiariedad del Derecho Penal. Debe tenerse en cuenta que la extrema ratio o última ratio deriva en definitiva del principio de necesidad que es consecuencia del principio de proporcionalidad en sentido amplio. La última ratio o intervención mínima tiene como finalidad evitar la criminalización de nuevas conductas y lleva a su vez a la decriminalización de conductas sancionadas. Considera que el Derecho Penal se debe utilizar únicamente en casos graves y no para solucionar un problema migratorio. La ley penal no debe ser una respuesta administrativa, inmediata a los conflictos. Las medidas impuestas tanto por la Dirección General de Migración como por el Juzgado Penal de San José, resultan desproporcionadas puesto que no sólo limitan y afectan su libertad de tránsito, sino que le aplican una sanción anticipada que violenta el principio de inocencia, aún respaldados por normas que resultan evidentemente inconstitucionales.

2. Por resolución de las diez horas treinta minutos del dieciocho de febrero del dos mil tres, se le dio curso a la acción de inconstitucionalidad interpuesta, otorgándosele audiencia a la Procuraduría General de la República (folios 79 frente y vuelto y 80 frente)

3. La Procuraduría contestó la audiencia conferida mediante informe agregado a folios 82 a 92 del expediente. En relación con la alegada inconstitucionalidad de los artículos 13 inciso 6) y 130 de la Ley General de Migración y Extranjería, sostiene que ya la Sala Constitucional se ha pronunciado en cuanto a la inaplicabilidad del plazo de detención previsto en el artículo 37 de la Constitución Política para los casos previstos en esas normas. Cita para fundamentar esa afirmación, las sentencias 1999-07366 de las nueve horas cincuenta y siete minutos del

veinticuatro de setiembre de mil novecientos noventa y nueve y 2002-09042 de las quince horas tres minutos del diecisiete de setiembre del año dos mil dos. En cuanto a la primera parte del inciso 6) del artículo 13, considera que la norma no es inconstitucional porque no se atribuyen potestades jurisdiccionales a la policía migratoria, sino que esa potestad está referida a un control migratorio para la determinación de la legalidad de la permanencia del extranjero en territorio nacional. Sea, para comprobar de manera inmediata cuál es la situación migratoria del extranjero, si está legal, si tiene algún trámite pendiente en las oficinas de la Dirección General de Migración. La facultad otorgada en esa norma es parte de un procedimiento administrativo que se inicia a fin de determinar la condición migratoria del extranjero en el país y proceder conforme corresponda, nunca a establecer una imputación en los términos que se exponen en el recurso. La vigilancia de los extranjeros dentro del territorio nacional, es una función típica de la policía estatal, a cargo en este caso de la policía migratoria. Determinada la condición migratoria del extranjero, según se regula en la misma Ley de Migración, si la misma es de legalidad no se da ulterior trámite; pero si se trata de un ilegal se iniciará un debido proceso administrativo con las garantías correspondientes o se planteará una denuncia penal por infracción a los artículos 88 y 89 de la Ley General de Migración y Extranjería. La Sala Constitucional ya reconoció la facultad de la policía migratoria en cuanto a interrogar y tomar declaración, como parte del control y vigilancia del movimiento migratorio y de la función que le corresponde de hacer cumplir las disposiciones legales respecto al ingreso, permanencia y actividades de los extranjeros. En lo que a los artículos 88 y 89 de la Ley de Migración se refiere, considera que los mismos no rozan con ninguna norma constitucional, ya que sí establecen una protección a bienes jurídicos fundamentales definidos así como parte de la política criminal adoptada por el Estado costarricense. Dichas normas implican una suerte de desobediencia, por cuanto sancionan al extranjero que ha sido deportado o expulsado, si reingresa al territorio nacional sin la autorización debida. La desobediencia como tipo penal contenido en el Código reprevisto en el artículo 307 implica un no acatamiento a la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. Es esto ni más ni menos lo que reprimen los artículos cuestionados, pues claramente indican que la sanción se impondrá al extranjero que habiendo sido deportado o expulsado, reingresare a territorio nacional sin la debida autorización. Es claro que en este tipo de delitos, el bien jurídico protegido es la autoridad pública, entendida ésta como la facultad que tiene todo funcionario público en el ejercicio del cargo de velar por el normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, en todas las ramas de sus tres Poderes. De tal manera que lo que menoscaba el delito es la autoridad pública del funcionario público en el ejercicio de sus competencias. La deportación, conforme al artículo 118 de la Ley General de Migración y Extranjería, "...es el acto ordenado por la autoridad migratoria competente, por medio del cual se pone fuera de la frontera del territorio nacional al extranjero que se encuentre en cualquiera de las situaciones..." Como consecuencia de la deportación se establece un impedimento de reingreso al país, si no es con la previa autorización de la autoridad competente. De tal manera que conforme al artículo 88 cuestionado, si ese reingreso se da sin esta autorización, se configura el elemento objetivo del tipo penal y se comete el delito previsto y sancionado por dicha norma. Por su parte, la expulsión conforme al artículo 120 es la "orden emanada del Ministro de Gobernación y Policía por medio de la cual un extranjero residente, debe hacer abandono del territorio nacional en el plazo fijado al efecto". Complementando esta norma se encuentra el artículo 129 que dispone: "El extranjero expulsado no podrá reingresar al país, excepto que lo autorice expresamente el Ministro de Gobernación y Policía." Al igual que en la deportación, la expulsión implica un impedimento de reingreso del extranjero al país, sino es que así lo autoriza expresamente el Ministro de Gobernación y Policía. En tal sentido, es que el artículo 89 cuestionado reprime con pena de prisión al extranjero expulsado del territorio nacional que reingresare con violación a lo dispuesto por el artículo 129. Es claro entonces que el bien jurídico protegido por ambas normas es la autoridad pública. En cuanto al segundo supuesto que prevé el numeral 88, que tipifica la conducta del extranjero que ingresare al país eludiendo el

contro migratorio por un lugar no habilitado; no está de por medio un impedimento de reingreso al territorio nacional. Se penaliza el ingreso puro y simple de extranjeros eludiendo el control migratorio por un lugar no habilitado. Este supuesto impone una fuerte sanción a los extranjeros que ingresan al territorio nacional eludiendo el control migratorio por un lugar no habilitado, a pesar de que existen en la misma Ley General de Migración, medidas administrativas menos gravosas para resolver este problema. Siendo que se entiende el derecho penal como la última ratio, y que para estos casos, previo a acudir al derecho penal, el asunto se puede resolver administrativamente, es claro que a pesar de que la norma acude directamente al derecho penal, este hecho no implica roce constitucional por falta de protección a algún bien jurídico tutelado, tal y como lo señala la accionante. Conforme a la redacción de esta segunda parte del artículo 88 cuestionado, se está claro que el ingreso al territorio nacional eludiendo el control migratorio, no implica una desobediencia en los términos anteriormente analizados. No obstante, sí es claro que dicha disposición lo que resguarda y protege son bienes jurídicos básicos en todo Estado de Derecho, como son la seguridad de la nación, el orden público y el mismo estilo de vida, en este caso, de los costarricenses. Es claro que el ingreso indiscriminado de extranjeros al territorio nacional compromete gravemente la seguridad y el orden público, por cuanto al ser un ingreso clandestino, pierde el Estado toda posibilidad de ejercer los controles debidos para determinar la cantidad y calidad de extranjeros que estén residiendo en su territorio. Y si se presenta ese descontrol, es claro que se ve gravemente afectado el estilo de vida ante una eventual diversidad de culturas conviviendo sin ningún control. Considera el Procurador que se trata de una conducta delictiva que sí daña el orden público y que sí perjudica a terceros, se produce una lesión significativa a bienes jurídicos fundamentales. En el caso del ingreso de extranjeros al territorio nacional sin el debido control migratorio, sin duda afecta gravemente, tanto el orden público de la Nación como los derechos de terceros. Sin embargo, la sanción penal debe ser la última ratio y más que una sanción penal a quienes ingresan por primera vez a territorio nacional eludiendo los controles migratorios y por puestos no autorizados, lo que corresponde esa una sanción administrativa como la deportación o el rechazo, dejando de penalizar este tipo de conductas.

4. Los edictos de ley fueron publicados en los Boletines Judiciales número 52, 53 y 54 de los días 14, 17 y 18 de marzo del dos mil tres (folio 95)

5. Se prescinde de la celebración de la vista oral y pública prevista en el artículo 10 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, en virtud de la facultad que otorga el artículo 9 ibidem, por considerar que se cuenta con los elementos de juicio suficientes para resolver.

Redacta el magistrado **Solano Carrera**; y,

Considerando:

I. Sobre la admisibilidad. La acción planteada resulta admisible al amparo de lo dispuesto en el artículo 75 párrafo primero de la Ley de Jurisdicción Constitucional según el cual, para interponer una acción de inconstitucionalidad es requisito indispensable la existencia de un asunto previo pendiente de resolver, donde hubiere invocado la inconstitucionalidad de la norma como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado; ya, en la fase de agotamiento de la vía administrativa o bien, en sede judicial. En este caso, el asunto base está constituido por el recurso de hábeas corpus que se encuentra pendiente de resolver, tramitado con el número de expediente 02-13167-0007-CO, donde se invocó la inconstitucionalidad de las normas impugnadas. No obstante, pese que se dio curso a esta acción en relación con todas las normas impugnadas, debe hacerse la salvedad de que en cuanto a los artículos 130, 88, concretamente la frase que indica: *“o el extranjero que ingresare al país eludiendo el control migratorio por un lugar no habilitado”* y 89, la acción no resulta procedente, por cuanto, se trata

de normas que no son susceptibles de ser aplicadas en el asunto base y por ende, en cuanto a esos aspectos la acción no constituye medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado, por lo que se incumple con uno de los requisitos esenciales que prevé el artículo 75 de la Ley de Jurisdicción Constitucional. Dichas normas señalan:

ARTICULO 88. Será sancionado con pena de seis meses a un año de prisión, el extranjero deportado que reingresare sin autorización o **el extranjero que ingresare al país eludiendo el control migratorio por un lugar no habilitado.**

ARTICULO 89. Será reprimido con prisión de seis meses a un año de prisión el extranjero expulsado del territorio nacional que reingresare con violación a lo dispuesto por el artículo 129.

ARTICULO 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.

Esos preceptos no están siendo aplicados ni son susceptibles de ser aplicados en el asunto base. Tal y como puede leerse a folios 27 y 30 del expediente, en el proceso penal que se sigue contra el defendido de la accionante, la conducta que se le imputa es la de **reingresar sin autorización** habiendo sido deportado, la cual está tipificada en la primera parte del artículo 88. Además, se cuestiona en el recurso de hábeas corpus, que constituye la base de esta acción, la potestad de la Policía Especial de Migración para interrogar, recibir declaración y detener a los presuntos infractores en cuanto fuere procedente, por el tiempo estrictamente necesario, establecida en el artículo 13 inciso 6) de la Ley (folios 27 y 28 del expediente). De manera que se circunscribe el objeto de esta acción a lo dispuesto en el artículo 88, en la parte que le es aplicable y a lo establecido en esta última norma citada. En lo demás, procede rechazar de plano la acción.

II. Objeto de impugnación. Los artículos cuya impugnación se admite son entonces los numerales 13 inciso 6) y la primera parte del artículo 88:

ARTICULO 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.

ARTICULO 88. Será sancionado con pena de seis meses a un año de prisión, el extranjero deportado que reingresare sin autorización [...].”

En relación con el artículo 13 inciso 6), la accionante sostiene que es contrario a los principios de juez natural, derecho de defensa y debido proceso contenidos en los artículos 35, 39 y 41 de la Constitución Política y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por cuanto, se faculta a la Policía de Migración para interrogar y recibir declaración a los infractores de la Ley. Considera que también infringe el artículo 37 de la Constitución Política, por establecer que puede detener a los presuntos infractores por el tiempo estrictamente necesario, lo cual, podría hacer que se supere el plazo de veinticuatro horas que refiere esa norma constitucional. En

relación con el artículo 88, sostiene que infringe el artículo 28 de la Constitución Política, así como los principios de lesividad y ofensividad, por cuanto, no sanciona la lesión ni puesta en peligro de bienes jurídicos fundamentales, pues, se trata de un tipo penal abstracto, en donde no hay lesión a ningún bien jurídico tutelado.

III. Declaración rendida ante autoridades migratorias

El artículo 13 inciso 6) de la Ley de Migración y Extranjería señala que los miembros de la Policía Especial de Migración, deberán interrogar y recibir declaración a los presuntos infractores de la Ley. Considera este Tribunal que tratándose de la investigación de delitos, resulta violatorio de los principios de defensa y del derecho a no declarar contra sí mismo, establecidos en los artículos 39 y 36 de la Constitución Política, el que se otorgue a la policía la facultad de interrogar y recibir declaración a los sospechosos. El artículo 98 del Código Procesal Penal claramente dispone que:

“Artículo 98.- **La policía no podrá recibirle declaración al imputado.** En caso de que manifieste su deseo de declarar, deberá comunicar ese hecho al Ministerio Público para que reciban sus manifestaciones con las formalidades previstas por la ley.

Podrá entrevistarle únicamente con fines de investigación y para constatar su identidad, cuando no esté suficientemente individualizado.”

Por otra parte, refiriéndose a las atribuciones de la Policía Judicial, el artículo 286 del mismo Código señala dentro de ellas, la de entrevistar e identificar al imputado respetando las garantías establecidas en la Constitución y las leyes. Esa posibilidad de entrevistar al imputado en ningún modo equivale a interrogar o tomar declaración; se trata de la simple constatación de la identidad del imputado, a fin de realizar el informe policial y remitirlo al Ministerio Público para lo que corresponda. No puede el sospechoso o imputado ser interrogado respecto del hecho que eventualmente se le atribuiría. La declaración respecto de los hechos debe ser rendida ante el Ministerio Público con las formalidades que establece la ley:

“Artículo 91.- Oportunidades y autoridad competente.

Cuando exista motivo suficiente para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible, el funcionario del Ministerio Público encargado de la investigación procederá a recibirle la declaración.

Si el imputado ha sido aprehendido, se le deberá recibir la declaración inmediatamente o, a más tardar, en el plazo de veinticuatro horas contadas desde su aprehensión. El plazo se prorrogará por otro tanto, cuando sea necesario para que comparezca el defensor de su confianza.

El imputado tendrá derecho a declarar cuando lo estime indispensable, siempre que su declaración sea pertinente y no constituya una medida dilatoria del procedimiento.”

Esa declaración debe ser rendida de conformidad con lo dispuesto en los artículos 92 y siguientes del Código Procesal Penal a fin de resguardar el derecho de defensa del imputado y el principio de imputación. La inobservancia de los preceptos relativos a la declaración del imputado, impedirá que ésta se utilice en su contra, aún cuando él haya dado su consentimiento para infringir alguna regla o utilizar su declaración. Lo anterior rige para los casos en que se trate de conductas tipificadas como delitos, las cuales deben ser investigadas de conformidad con las

reglas del debido proceso, incluyendo las referidas a la declaración e interrogación del imputado.

IV. Detención por más de veinticuatro horas.

Estima la accionante que el plazo de detención establecido en el artículo 13 inciso 6) de la Ley de Migración y Extranjería, según el cual, los miembros de la Policía Especial de Migración, debidamente identificados, deberán detener a los presuntos infractores de esa Ley, en cuanto fuere procedente por el tiempo estrictamente necesario; es contrario a lo dispuesto en el artículo 37 de la Constitución Política, que señala:

“Artículo 37.- Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando se trate 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.”

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. Ver, entre otras, las resoluciones 1999-06566 de las nueve horas cincuenta y siete minutos del veinticuatro de setiembre de mil novecientos noventa y nueve y 2002-09042 de las quince horas tres minutos del diecisiete de setiembre del dos mil dos). 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 plazo del artículo 37 de la Constitución Política, sino el racionalmente indispensable para hacer efectiva la orden.

V. Función garantizadora del bien jurídico tutelado en la creación de tipos penales.

Impugna la accionante el artículo 88 de la Ley de Migración y Extranjería por considerar que infringe el artículo 28 constitucional, así como los principios de lesividad y ofensividad, pues, a su juicio, la conducta ahí descrita no lesiona ni pone en peligro ningún bien jurídico tutelado. Respecto de la importancia del bien jurídico tutelado como legitimación de la existencia de tipos penales, este Tribunal ha señalado:

“...en primer término ha de decirse que es hoy comúnmente admitido que una teoría del delito sólo puede partir del interés de la protección del bien jurídico. Para poder declarar una conducta como delito, no basta que infrinja una norma ética, moral o divina, sino que es necesario, ante todo, la prueba de su carácter lesivo de valores o intereses fundamentales para la sociedad. Ello encuentra fundamento en nuestro sistema jurídico en el artículo 28 de la Constitución Política, que establece que: “Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley”. Ciertamente, la decisión de cuáles bienes jurídicos han de ser tutelados por el Derecho Penal, es una decisión de carácter político criminal; no obstante, dentro de un sistema democrático como el que consagra nuestra Constitución, en donde se pretende realizar el ideal de una sociedad libre e igualitaria, las intromisiones del Derecho Penal, han de ser las estrictamente necesarias y sobre todo, han de atender al

principio de proporcionalidad. Lo anterior por cuanto, la existencia del derecho penal, actualmente, implica la existencia de la estructura carcelaria, que apareja la más grave restricción a la libertad humana; libertad, que el Estado debe paradójicamente, debe garantizar y proteger. Esto es, tal restricción, debería ser la mínima imprescindible para hacer efectivas las libertades de los demás ciudadanos. La intervención del Derecho Penal afecta siempre derechos fundamentales de la persona, priva de libertad de hacer o incluso física, y supone una muy grave ingerencia del Estado en la vida y el desarrollo de la personalidad de los ciudadanos. Desde ese punto de vista, el bien jurídico tiene una función limitadora trascendental; no se justifica la existencia de una norma penal sin que sea inherente el objetivo de la protección de un bien. En este sentido, esta Sala en la sentencia número 6410 de las quince horas doce minutos del veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y seis señaló:

“Los bienes jurídicos protegidos por las normas penales son relaciones sociales concretas y fundamentales para la vida en sociedad. En consecuencia, el bien jurídico, el interés, ente, relación social concreta o como se le quiera llamar tiene incidencia tanto en el individuo y en la sociedad como en el Estado y sus órganos. Para el individuo el bien jurídico implica por un lado, el derecho a disponer libremente de los objetos penalmente tutelados y, por otro, una garantía cognoscitiva, esto es, que tanto el sujeto en particular como la sociedad en su conjunto han de saber qué es lo que se protege y el porqué de la protección. Para el Estado implica un límite claro al ejercicio del poder, ya que el bien jurídico en su función garantizadora le impide, con fundamento en los artículos 39 y 28 constitucionales, la producción de tipos penales sin bien jurídico protegido y, en su función teleológica, le da sentido a la prohibición contenida en el tipo y la limita. Estas dos funciones son fundamentales para que el derecho penal se mantenga dentro de los límites de la racionalidad de los actos de gobierno, impuestos por el principio republicano-democrático. Sólo así se puede impedir una legislación penal arbitraria por parte del Estado. El bien jurídico al ser el "para qué" del tipo se convierte en una herramienta que posibilita la interpretación teleológica (de acuerdo a los fines de la ley) de la norma jurídica, es decir, un método de interpretación que trasciende del mero estudio formal de la norma al incluir en él el objeto de protección de la misma, cuya lesión constituye el contenido sustancial del delito. La importancia del análisis del bien jurídico como herramienta metodológica radica en que el valor de certeza del derecho (tutelado por el principio de legalidad criminal), a la hora de la interpretación de la norma, viene precisamente de entender como protegido sólo aquello que el valor jurídico quiso proteger, ni más ni menos. Así las cosas, la herramienta de interpretación intenta equilibrar el análisis de la norma, al tomar en consideración el bien jurídico a fin de establecer los límites de la prohibición.

... La **necesidad del bien jurídico** como fundamento de todo tipo penal nace de la propia Constitución Política; el principio Democrático-Republicano de Gobierno, consagrado en el artículo 1º constitucional, que reza: "Costa Rica es una República democrática, libre e independiente"; le impone al Estado la obligación de fundamentar razonablemente su actuar, lo que implica límites razonables a los actos de gobierno, es decir, al uso del poder por parte del gobierno. Como complemento a esta máxima democrática tenemos, por un lado, al principio de reserva, (artículo 28, párrafo 2 de la Constitución Política), que pone de manifiesto la inadmisibilidad en nuestro derecho positivo de una conducta considerada delictiva por la ley penal y que no afecte un bien jurídico. Y por otro, la existencia de un principio de legalidad criminal que señala un derecho penal republicano y democrático, por lo que no sólo es necesaria la tipicidad (descripción clara, precisa y delimitada) de la conducta, sino además, el conocimiento de un orden sancionador basado en bienes jurídicos. Esto significa que todas y cada una de las

prohibiciones de conducta penalmente conminadas, están montadas sobre una base razonable: la protección de zonas de fundamental importancia para la convivencia del grupo social. De lo expuesto se desprende el indudable valor constitucional del bien jurídico (la necesidad de que el tipo penal sea jurídicamente válido) y sus implicaciones en la consolidación de un Estado de Derecho.

... El valor constitucional del bien jurídico ha sido ya analizado por la Sala, que en aplicación y acatamiento de las potestades que la Constitución Política y la Ley de la Jurisdicción Constitucional le otorgan, le consideró como fundamento del ius puniendi estatal, y como base para la interpretación por parte de los demás órganos jurisdiccionales a la hora de aplicar la ley penal a un caso concreto. Mediante la sentencia número 0525-93 de las catorce horas veinticuatro minutos del tres de febrero de mil novecientos noventa y tres, al reconocer la existencia de un derecho penal democrático y acorde con sus postulados dogmáticos, que rigen esa forma de gobierno, se consideró que: “Al disponerse constitucionalmente que “las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley” -Art. 28- se impone un límite al denominado ius puniendi, pues a cada figura típica ha de ser inherente una lesión o peligro de un valor ético social precisamente determinado; en otros términos, puesto que no basta que una conducta u omisión “encaje” abstractamente en un tipo, es también necesaria una lesión significativa de un bien jurídico. De lo contrario, tendríamos conductas delictivas pese a que no dañan la moral o el orden público o a que no perjudican a tercero”. Las implicaciones que el citado fallo conlleva para la vida jurídico-penal son muy significativas: primero, que una teoría del delito basada en los principios del Estado de Derecho debe tender siempre a la seguridad jurídica, la cual sólo puede ser alcanzada a través de la protección de los bienes jurídicos básicos para la convivencia social; segundo, para que podamos comprobar la existencia de un delito la lesión al bien jurídico no sólo debe darse, sino que ha de ser de trascendencia tal que amerite la puesta en marcha del aparato punitivo estatal, de ahí que el análisis típico no se debe conformar con el estudio de la tipicidad sino que éste debe ser complementado con un análisis de la antinormatividad de la conducta; tercero, que la justicia constitucional costarricense tiene la potestad de controlar la constitucionalidad de las normas penales bajo la óptica de la Carta Magna, ajustándolas a la regularidad jurídica, con lo cual se puede asegurar el cumplimiento de los aspectos de la teoría del delito que gozan de protección constitucional.”

(Sentencia 1998-01588 de las dieciséis horas veintisiete minutos del diez de marzo de mil novecientos noventa y ocho)

VI.- Reingreso del extranjero deportado del territorio nacional. El artículo 88, en su primera parte, tipifica y sanciona con una pena de seis meses a un año de prisión, la conducta del extranjero deportado que reingresare sin autorización. El artículo 118 de la Ley General de Migración y Extranjería, refiere que:

“La deportación es el acto ordenado por la autoridad migratoria competente, por medio del cual se pone fuera de la frontera del territorio nacional al extranjero que se encuentre en cualquiera de las siguientes situaciones:

- 1) Haber ingresado clandestinamente al país o sin cumplir con las normas que reglamentan su ingreso o admisión.
- 2) Haber obtenido el ingreso o permanencia en el país mediante declaraciones o presentación de documentos falsos.

- 3) Permanecer en el país una vez vencido el plazo autorizado.
- 4) Permanecer en territorio nacional una vez cancelada su residencia.
- 5) Cuando a los no residentes se les cancele su permanencia y no hagan abandono del país en el plazo otorgado.”

La conducta del extranjero que reingrese al país sin la debida autorización, una vez que fue deportado por alguna de las causales señaladas, sí resulta ser una acción que lesiona el orden público, que es en este caso el interés o bien jurídico que se pretende tutelar. El artículo 28 de la Constitución Política, tal y como se señaló, establece en qué casos está facultado el Estado para limitar el ejercicio de la libertad: cuando exista un daño a la moral, al orden público o se perjudique a terceros. De un modo similar, cuando este Tribunal conoció sobre una acción de inconstitucionalidad planteada contra los numerales 274 y 370 del Código Penal, respecto de los que se alegaba la inexistencia de un bien jurídico tutelado, se señaló:

“...al aplicar la jurisprudencia expuesta a las normas discutidas en este caso, se concluye que no existen las violaciones constitucionales acusadas. En cuanto al artículo 370 del Código Penal, su texto es el siguiente:

"Artículo 370.- Tenencia de instrumentos de falsificación. Se impondrá prisión de un mes a un año, al que fabricare, introdujere en el país o conservare en su poder materias o instrumentos **destinados a cometer alguna** de las falsificaciones consignadas en este título."

Las acciones que se sancionan son "fabricar", "introducir en el país", "conservar en su poder" no cualquier tipo de bienes, sino un grupo de ellos bien definidos específicamente como "materias o instrumentos **destinados a cometer alguna** de las falsificaciones consignadas en este título"; con ello se configura claramente una conducta atribuible a un determinado sujeto, la cual cumple a cabalidad con los requerimientos de la Constitución Política respecto del principio de culpabilidad. No resulta cierto afirmar que exista responsabilidad objetiva en este tipo penal y que sanciona a las personas aunque no se haya falsificado nada, pues no se trata de la sanción de una acción de falsificación (ni de sus tentativas), sino de otra conducta, plenamente diferenciada y perfectamente descrita en la norma discutida, para cuya imposición requiere -por parte del Juez- la necesaria demostración de que el imputado ha incurrido en ella, que le es atribuible, es decir: que fabricó, introdujo al país o posea los señalados materiales o instrumentos que destinará alguna de las falsificaciones a que se refiere el capítulo en que está ubicada la norma; no se trata pues de una simple tenencia de ganzúas u otros instrumentos como regulaba el tipo penal del anulado artículo 230. Los accionantes señalan que el tipo penal cuestionado no protege en realidad ningún bien jurídico, porque se les podrá sancionar por la tenencia de materiales e instrumentos que se pueden adquirir en cualquier ferretería del país, sin que sea necesaria la existencia de ninguna falsificación; tal afirmación, no se corresponde con la descripción existente en el tipo penal analizado, pues en él, se habla de materiales e instrumentos, pero se agrega -como una condición imprescindible para la configuración del tipo penal- el que ellos sean destinados a la comisión de alguno o algunos delitos de falsificación de los descritos en el Título XVI del Libro Segundo del Código Penal; de tal manera, una sentencia condenatoria por este delito, deberá incluir la certeza del juez respecto de la comprobación de la existencia de esa finalidad específica que se señala para el caso concreto. Por otra parte, debe anotarse que los bienes jurídicos tal cual se definieron en la sentencia recién transcrita, no se agotan en el Código Penal, sino que nuestra Constitución permite al legislador ejercer una amplia discrecionalidad cuando se trata de reglar (sea estimulando o sancionando) las diferentes conductas de los ciudadanos, con

miras al adecuado desarrollo social. Desde esta perspectiva, no cabe duda que una persona que fabrica, introduce al país o conserva en su poder materias e instrumentos cuyo destino es cometer los delitos de falsificación que se describen en el título XVI del Libro Segundo del Código Penal, atenta claramente con tales actos contra el orden y la paz sociales, y por eso mismo, aparece como correcto y razonable que el legislador haya decidido -con base en propio artículo 28 Constitucional- reprimir esa actuación, que puede fácilmente percibirse como lesiva de los valores morales y principalmente del orden público.-

... Igual sucede con el artículo 272 del Código Penal, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 272.- Asociación ilícita.

Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que tomare parte en una asociación de dos o más personas para cometer delitos, por el sólo hecho de ser miembro de la asociación.

La pena será de tres a diez años de prisión si el fin de la asociación es realizar actos de terrorismo."

En el texto transcrito queda descrita de forma suficientemente clara una conducta atribuible a una persona, cual es la de "tomar parte en una asociación de dos o más personas **para cometer delitos**".- Es eso lo que se castiga y por lo tanto sí existe una conducta específica que resulta sancionable cuando se configura, independientemente que en algunas situaciones resulte ser actividad preparatoria para la comisión de otros delitos. No hay tampoco violación del principio de tipicidad cuando se establece la condición de la asociación sea para "cometer delitos" sin que se defina cuales son, pues lo cierto es que las conductas que constituyen delito están clara y taxativamente definidas por la legislación y, desde luego, la discusión sobre si una conducta concreta encuadra o no en la descripción hecha en la norma, para efectos de tener como existente la asociación ilícita, se debe resolver en la sede jurisdiccional, como parte de los elementos constitutivos del tipo penal, lo que implica la aplicación de todas las garantías constitucionales para el imputado. Resta analizar la cuestión relativa a la inexistencia de un bien jurídico que dé soporte constitucional a la decisión legislativa de punir la conducta definida en el artículo 274, pero como ya se ha dicho, la cuestión no consiste en tratar de subsumir o relacionar esta figura delictiva exclusivamente con alguno de los bienes jurídicos protegidos en el Código Penal, sino que en definitiva lo que la Sala debe controlar es el apego de la actuación legislativa en esa materia, a sus límites establecidos constitucionalmente, particularmente por el artículo 28 Constitucional; y en tal sentido, resulta muy claro que tomar parte de una organización para cometer delitos, es una actividad claramente alteradora de la normal convivencia que pretende garantizar el ordenamiento jurídico, de modo que debe admitirse que el legislador está plenamente facultado para tratar de desestimularla mediante una sanción para quienes la realicen.-"

En consecuencia, considera este Tribunal, que, de igual modo, el tipo penal que se cuestiona no riñe con los principios de lesividad y ofensividad contenidos en el artículo 28 constitucional; por cuanto, la conducta que se sanciona es contraria al ordenamiento jurídico, concretamente al orden público y en ese sentido sí existe un bien jurídico que se pretende tutelar. Adicionalmente, hay que decir que en gran medida una política migratoria como la que implica la elevación a ilícito penal de conductas como la que ahora se analiza, tiene que ver con la propia seguridad del país o sus habitantes, ya que cualquiera de las hipótesis que contiene el artículo 88 de la Ley General de Migración y Extranjería arriba transcrito, puede estar originada en motivos graves que el extranjero tenga interés en ocultar. Estima la Sala, pues, que la respuesta del ordenamiento jurídico penal ante estas realidades, está justificada.

VII. Conclusión.- Con base en todas las consideraciones expuestas este Tribunal concluye que procede declarar sin lugar la acción. Sin embargo, en cuanto a lo dispuesto en el artículo 13 inciso 6) de la misma Ley, debe interpretarse que el mismo es constitucional, siempre y cuando la potestad de la Policía Especial de Migración, de interrogar y recibir declaración a los presuntos infractores de la ley; en el caso de la investigación de los delitos previstos en esa normativa, se limite a la determinación de aspectos referentes a la identidad del imputado y no sobre los hechos que se le atribuyen penalmente. Asimismo, tratándose de investigación de la comisión de un delito, el plazo de detención máximo, para poner al imputado a disposición del juez competente, es de veinticuatro horas según lo dispone el artículo 37 de la Constitución Política.

Por tanto:

Se rechaza de plano la acción en cuanto a la frase “...*el extranjero que ingresare al país eludiendo el control migratorio por un lugar no habilitado*” contenida en el artículo 88 así como en cuanto a los artículos 89 y 130 todos de la Ley General de Migración y Extranjería, número 7033 del cuatro de agosto de mil novecientos ochenta y seis. En cuanto a los artículos 13 inciso 6) y la frase “*Será sancionado con pena de seis meses a un año de prisión, el extranjero deportado que reingresare sin autorización...*” del artículo 88, ambos también de la Ley de Migración y Extranjería, se declara sin lugar la acción. Sin embargo, se declara que el artículo 13 inciso 6) es constitucional, siempre y cuando se interprete que la potestad de la Policía Especial de Migración, de interrogar y recibir declaración a los presuntos infractores de la ley, en el caso de la investigación de los delitos previstos en esa normativa, la intervención de las autoridades de migración, se limita a aspectos referentes a la identidad del imputado y no sobre los hechos que se le atribuyen penalmente. Finalmente, tratándose de investigación de la comisión del delito contemplado en el artículo 88 de la misma Ley, el plazo de detención máximo, para poner al imputado a disposición del juez competente, es el de veinticuatro horas, de conformidad con lo que dispone el artículo 37 de la Constitución Política. Reséñese este pronunciamiento en el Diario Oficial La Gaceta y publíquese íntegramente en el Boletín Judicial. Notifíquese.

Luis Fernando Solano C.
Presidente

Luis Paulino Mora M. Carlos M. Arguedas R.

Ana Virginia Calzada M. Adrián Vargas B.

Gilbert Armijo S. Ernesto Jinesta L.