

Consulta Legislativa
Voto 12535-03

Exp: 03-010184-0007-CO

Res: 2003-12535

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las doce horas con treinta y ocho minutos del treinta y uno de octubre del dos mil tres.

Consulta legislativa facultativa de constitucionalidad interpuesta por los diputados Margarita Penón Góngora, cédula de identidad 1-417-456, Epsy Campbell, portadora de la cédula 1-607-983, Ruth Montoya, cédula número 1-419-311, Laura Chinchilla, cédula de identidad 1-548-818, Gerardo Vargas, portador de la cédula 3-181-908, Marta Zamora Castillo, cédula 2-433-573, Edwin Patterson, cédula 7-080-962, Rafael Ángel Varela, cédula 2-283-075, Daisy Quesada C, portadora de la cédula 6-034-039 y Rodrigo Alberto Carazo Zeledón, cédula de identidad 1-363-910, respecto del Proyecto de Ley “Reforma al artículo 46 de la Ley de Migración y Extranjería, N° 7033 del cuatro de agosto de novecientos ochenta y seis”, iniciativa del Poder Ejecutivo, aprobado en primer debate en la Comisión Plena Segunda en la Sesión Ordinaria N° 13 del diecisiete de setiembre del dos mil tres, expediente legislativo número 15.186.

Resultando:

1. La consulta se recibió en la Secretaría de la Sala a las dieciséis horas y cinco minutos del veintinueve de setiembre del dos mil tres (folio 1). La copia certificada del expediente legislativo número 15.186 se recibió en la Sala el día dos de octubre siguiente. En consecuencia, el plazo para evacuar la consulta vence el día dos de noviembre del año en curso.

2. Consultan los señores diputados si la “Reforma al artículo 46 de la Ley de Migración y Extranjería, N° 7033 del cuatro de agosto de mil novecientos ochenta y seis” quebranta el artículo 51 de la Constitución Política y los artículos 3 y 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como entrar en contradicción con el espíritu y las disposiciones contenidas en los convenios específicos de protección de la niñez y la adolescencia, aprobados y ratificados por Costa Rica, leyes N° 8172 y 8315 que desarrollan y complementan la Convención sobre los Derechos del Niño. Señalan que el proyecto en cuestión pretende agregar al artículo 46 un segundo párrafo que dice: “Mediante recomendación del Consejo Nacional de Migración y Extranjería, el Poder Ejecutivo podrá por vía de decreto, autorizar el ingreso de nacionales de países específicos, con documentos oficiales distintos al pasaporte”. Indican que según la propuesta del Poder Ejecutivo a esas personas se les permitiría el ingreso con un documento válidamente emitido por las autoridades de su país distintos del pasaporte, que posibilite la debida identificación de la persona (podría ser la cédula de identidad o la licencia de conducir); fundamenta el Poder Ejecutivo su decisión en razones de conveniencia. Según los promoventes del proyecto, este tipo de documentos alternativos, son aceptados ampliamente en gran cantidad de países alrededor del mundo, los cuales mantienen una política migratoria más abierta a nacionales de ciertos países, consideran que para Costa Rica el introducir mecanismos que faciliten el ingreso de turistas considerados como mercados meta y que representan un gran flujo turístico hacia nuestro país, ya que al establecer restricciones a los mismos podría afectar sensiblemente el ingreso de turistas perjudicando la actividad económica. Indican que los promoventes del proyecto señalan que la desaparición de la tarjeta turismo ha despertado gran preocupación del sector turismo público y privado, por la posible repercusión negativa en el sector turismo. Señalan los consultantes que en la Comisión Plena Segunda, los argumentos en contra de ese proyecto se basaron en dos aspectos de fondo, la naturaleza jurídica del pasaporte y la irracionalidad de la medida frente a la grave

situación de explotación sexual de la que son objeto los niños, las niñas y los adolescentes. Indican que en la opinión jurídica de la Procuraduría General de la República (OJ-171-2003 del doce de setiembre del dos mil tres), se hace un análisis de la naturaleza del pasaporte como documento internacional de viaje. Indican los consultantes que en el artículo 51 de la Constitución Política se establece una protección especial a las personas menores de edad, consecuente con ello, aprobó y ratificó la Convención de los Derechos del Niño, Ley 7184 del dieciocho de julio de mil novecientos noventa. Además se han adoptado una serie de disposiciones contra la Explotación Sexual Comercial de las Personas Menores de Edad (CONACOES), también el Plan Nacional contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes en Costa Rica, en ese mismo sentido se estableció el Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006. A su vez, la emisión de un decreto ejecutivo que restringe el ingreso al país de turistas con antecedentes delictivos vinculados a la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes además de tres proyectos de ley en ese mismo sentido. Señalan que Costa Rica ha ratificado dos instrumentos internacionales específicos sobre la materia, que imponen compromisos para el Estado tendientes a la prevención, sanción y reparación de las víctimas de esas conductas delictivas: Ley N° 8172 del siete de diciembre del dos mil uno, “Aprobación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía” y la Ley N° 8315 del veintiséis de octubre del dos mil dos “Aprobación del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, en esta última se establecen medidas de control fronterizo y de control de documentos para la prevención de ese tipo de delitos. Afirman los consultantes que el segundo párrafo que se pretende adicionar al artículo 46 de la Ley de Migración y Extranjería resulta inconstitucional por violar el derecho a la protección especial de la niñez consagrado en el artículo 51 de la Constitución Política y los artículos 3 y 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, por no priorizar el interés superior del niño como principio guía de la acción legislativa y contrariamente privilegiando el interés turístico sobre la protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia, así como por entrar en contradicción con el espíritu y las disposiciones contenidas en los convenios específicos de protección de la niñez y la adolescencia, aprobados y ratificados por Costa Rica.

3. En los procedimientos se han acatado las disposiciones del artículo 100 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y esta resolución se dicta dentro del término que establece el artículo 101 *ibidem*.

Redacta el magistrado **Alfaro Rodríguez**; y,

Considerando:

I. Admisibilidad de la consulta. La presente consulta fue efectuada por diez diputados de la Asamblea Legislativa luego de la aprobación en primer debate del presente proyecto de ley (ver folio 200 del expediente legislativo) y antes de su aprobación definitiva. De conformidad con lo establecido en el artículo 96 inciso b) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, esta consulta legislativa de constitucionalidad resulta admisible, y se procede a evacuarla.

II. Objeto de la consulta. Consultan los diputados acerca de la constitucionalidad de la adición de un párrafo segundo al artículo 46 de la Ley General de Migración y Extranjería, expediente legislativo número 15.186, que dice: “Mediante recomendación del Consejo Nacional de Migración y Extranjería, el Poder Ejecutivo podrá por vía de decreto, autorizar el ingreso de nacionales de países específicos, con documentos oficiales distintos al pasaporte”.

III. Sobre el fondo. El Derecho Internacional reconoce a los Estados absoluta determinación de los requisitos para permitir el ingreso y estadía de los extranjeros a su territorio. No se admite el ingreso incondicional de todo aquel que pretenda vivir en otro Estado que no es el propio. La Convención de Derecho Internacional Privado suscrita en La Habana en 1928, que contiene el denominado Código de Bustamante establece que cada Estado puede promulgar condiciones especiales en relación con los extranjeros que ingresen al territorio, sea por razones de orden público o de interés nacional, bajo las reglas impuestas por cada Constitución Política y por las obligaciones internacionales. Con fundamento en esta tesis cada Estado tiene la posibilidad de imponer reglas y procedimientos para la entrada y salida de extranjeros, y definir la política migratoria que considere como más adaptada a su realidad. Esta regulación es lo que comúnmente se denomina control migratorio y comprende una serie de mecanismos y procedimientos para garantizar que el ingreso y egreso de extranjeros se ajuste tanto a nuestro ordenamiento jurídico como a las normas internacionales.

IV. Normalmente el pasaporte es el documento expedido por las autoridades de cada país que autoriza a los ciudadanos a trasladarse hacia otro y que además identifica a su titular ya que contiene datos suficientes para la determinación de su identidad y nacionalidad. Se entiende como pasaporte el documento expedido por la autoridad competente que autoriza a los ciudadanos de un país para trasladarse a otro y que además identifica a su titular. En el caso de nuestro país, el artículo 25 de la Ley General de Migración y Extranjería establece que para salir del territorio nacional los costarricenses deberán proveerse de un pasaporte expedido por la Dirección General de Migración y Extranjería, y obtener la visa correspondiente, concretamente dice:

“Artículo 25. Para salir legalmente del país, los costarricenses deberán proveerse de un pasaporte expedido por la Dirección general y obtener la visa correspondiente.” Se prohíbe la expedición de pasaportes a personas que no tengan nacionalidad costarricense (artículo 27 de la misma ley). Ahora bien, concretamente en cuanto al control migratorio que debe ejercer el Estado costarricense, tenemos que dicha potestad deriva del artículo 19 de la Constitución Política, norma que delega tal facultad a la Dirección General de Migración y Extranjería. En este sentido, el artículo 44 de la Ley General de Migración y Extranjería dice: *“Todas las personas que lleguen al país serán sometidas al correspondiente control migratorio, con el fin de determinar si están en condiciones de ser o no admitidas de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias vigentes.”* Así las cosas, la Dirección General de Migración y Extranjería es la entidad competente para aplicar las disposiciones migratorias internas, se le atribuye entre otras funciones la de fiscalizar el ingreso y egreso internacional de personas, es decir es el órgano encargado de realizar el control migratorio y de determinar las condiciones en las que los extranjeros pueden o no ingresar a territorio nacional. Entre éstas se puede destacar la regulación que se debe hacer de la entrada, salida y estancia de los extranjeros al territorio nacional. Es evidente que esta competencia, tiene sus límites en la propia Constitución y en los principios y derechos que derivan de los instrumentos internacionales que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, la política migratoria debe respetar el Derecho de la Constitución y procurar el respeto de las garantías reconocidas en la Constitución Política. En este sentido, no se debe perder de vista que entre la protección de la sociedad costarricense y procurar el aumento del ingreso de turistas al país, debe prevalecer lo primero, esto como decisión razonable y proporcional desde el punto de vista constitucional.

V. El objeto de la consulta desde el punto de vista constitucional. En cuanto al argumento esgrimido por los consultantes, en el sentido de que la reforma al artículo 46 de la Ley General de Migración y Extranjería contraría lo dispuesto en los instrumentos internacionales aprobados por

nuestro país en materia de protección de menores de edad, concretamente en cuanto al control migratorio y fronterizo que se debe dar para garantizar los derechos de los menores de edad, resulta imperativo hacer referencia de la garantía reconocida en el artículo 51 de la Constitución Política que establece la obligación del Estado de brindar protección al menor de edad. En el mismo marco de protección la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley N° 7184) establece en lo conducente en el artículo 3 que:

“(...) los Estado Partes se comprometen a asegurar a niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar (...)”

A su vez el artículo 4 dispone:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención (...)”

En este mismo sentido de protección, la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (Ley N° 8071), establece en el artículo 1 que:

“El objeto de la presente Convención, con miras a la protección de los derechos fundamentales y el interés superior del menor, es la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como la regulación de los aspectos civiles y penales del mismo.”

Esta norma se refiere a la obligación de implementar mecanismos que prevengan el tráfico ilícito de menores. En función de la protección de los derechos de los menores y del interés superior, el artículo 7 establece:

“Los Estados Parte se comprometen a adoptar medidas eficaces, conforme a su derecho interno, para prevenir y sancionar severamente el tráfico internacional de menores definido en esta Convención.”

En esta tesitura, concluimos que los instrumentos que tienden a proteger los delitos contra menores de edad, instan a los Estados partes a implementar políticas que eviten y procuren un mayor control que evidentemente involucra el control migratorio. De forma más concreta, la Ley N° 8172 del siete de diciembre del dos mil uno, que es “Aprobación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía”, establece medidas de control migratorio para prevenir delitos en perjuicio de los menores de edad. Ahora bien, si bien es cierto los consultantes hacen especial énfasis en la garantía de los derechos de los menores de edad y en la especial protección que les debe el Estado, es menester recalcar el hecho de que el refuerzo de los controles migratorios tiene su fundamento en la seguridad nacional y en ese sentido, la identificación de las personas que ingresen al territorio también proveen de garantía y responden a la necesidad de evitar a toda costa y a través de controles fronterizos y migratorios, el auge del crimen organizado y del terrorismo. Esta exigencia, se encuentra estipulada concretamente en la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada, instrumento aprobado por la Asamblea Legislativa por Ley N° 8302 (Así RATIFICADO por el artículo 1° del Decreto Ejecutivo N° 31270 de 01 de julio de 2003, publicado en La Gaceta N° 150 de 06 de agosto de 2003.)

VI. De lo anteriormente expuesto claramente se deduce el imperativo supremo que establecen la Constitución Política y los instrumentos internacionales adoptados por nuestro país, en cuanto a la

protección que se debe a los menores de edad y en cuanto a la obligación de evitar el desarrollo de redes y organizaciones de crimen organizado, en ese sentido los controles migratorios son un mecanismo para que el Estado procure controles mínimos en el ingreso y egreso de personas del territorio nacional, entre estos controles mínimos se encuentran la exigencia normalmente aceptada de ingresar con un pasaporte, documento que facilita la identificación de las personas y permite un mayor control migratorio. En consecuencia, esta Sala considera que la reforma al artículo 46 de la Ley de Migración y Extranjería resulta inconstitucional, toda vez que abre la posibilidad de que al eliminar los controles mínimos tendientes a realizar un mejor control migratorio implica una desprotección contraria al Derecho de la Constitución. Ahora bien, garantizar la seguridad de los menores de edad va más allá del control migratorio que se puede ejercer al exigir el pasaporte a las personas que intenten ingresar al territorio nacional, ya que el esfuerzo que el Estado realice en ese sentido debe ser parte de una política integral que se ejecute con las más alta prioridad por parte de la Asamblea Legislativa, el Poder Ejecutivo, las Instituciones Públicas e involucre a todos los sectores de la sociedad civil. Así las cosas, considera la Sala que la facultad de eliminar el ingreso a territorio nacional con un pasaporte, documento que garantiza la identificación de personas deviene en inconstitucional.

VII. Salvan el voto los Magistrados Arguedas, Batalla y Sosto y declaran que no es inconstitucional el proyecto consultado.

Por tanto:

Se evacua la consulta formulada en el sentido que el proyecto de "Reforma al artículo 46 de la Ley de Migración y Extranjería, N° 7033 del cuatro de agosto de mil novecientos ochenta y seis", expediente legislativo número 15.186, es inconstitucional.

Luis Fernando Solano C.
Presidente

Carlos M. Arguedas R. Adrián Vargas B.

Gilbert Armijo S. José Miguel Alfaro R.

Alejandro Batalla B. Federico Sosto L.

Exp: 03-010184-0007-CO

VOTO SALVADO DE LOS MAGISTRADOS ARGUEDAS, BATALLA Y SOSTO
(Redacta el primero)

Disentimos del criterio de la mayoría, que tiene por inconstitucional la reforma al artículo 46 de la Ley General de Migración y Extranjería, No. 7033, de 8 de abril de 1996, y, contrariamente,

opinamos que esta reforma no es inconstitucional. Nuestra opinión se basa en las razones que exponemos de seguido.

1. La reforma agrega un segundo párrafo al artículo 46. Es importante, en primer lugar, llamar la atención sobre el hecho de que las diputadas y los diputados consultantes hacen una transcripción incompleta del nuevo párrafo, a juzgar por los documentos legislativos que hemos tenido a la vista (especialmente, los folios 202 y 206 del expediente legislativo). El texto, según ellos, dice:

“Mediante recomendación del Consejo Nacional de Migración y Extranjería, el Poder Ejecutivo podrá por vía de decreto, autorizar el ingreso de nacionales de países específicos, con documentos oficiales distintos al pasaporte” (cf., memorial inicial de la consulta). Pero el texto de la reforma que fue aprobado en primer debate dice: “Mediante recomendación del Consejo Nacional de Migración, el Poder Ejecutivo podrá autorizar el ingreso de nacionales de países específicos, con documentos oficiales distintos del pasaporte, siempre que estos contengan elementos necesarios de identificación y de seguridad para Costa Rica; deberán implementarse los registros y el control de dichos documentos, lo cual se regulará por la vía reglamentaria”.

2. La diferencia entre los textos transcritos es notable, como la simple lectura de ambos deja ver, y muy importante para dar un juicio de inconstitucionalidad relacionado con ellos. Esta circunstancia es ya un primer punto de discrepancia con los Magistrados de la mayoría, que se atienen a la transcripción incompleta de la reforma, según exponen en el considerando II de la opinión consultiva. Por nuestra parte, nos parece que la potestad discrecional que se confiere al Poder Ejecutivo de eximir del pasaporte está rodeada, sobre todo en la parte final del párrafo segundo, de graves cautelas, atinentes a que los documentos oficiales alternativos cumplan requisitos de verdaderos medios de identificación y de seguridad, y que de ellos se lleve adecuados control y registro. De los antecedentes legislativos que hemos examinado, colegimos que si por una parte la exención del pasaporte persigue facilitar las condiciones de ingreso al país de los nacionales de países específicos, con repercusiones económicas (especialmente, en materia de turismo), lo cual no tenemos por irrazonable o desproporcionado, las mencionadas cautelas legales ha de entenderse que, en compensación, están destinadas a fortalecer la protección de los grupos de población que de acuerdo con la Constitución y diversos instrumentos internacionales requieren de ella (especialmente, las personas menores de edad). Por consiguiente, el ejercicio correcto de la mencionada potestad discrecional persigue una finalidad legítima (valga decir, el estímulo a una área significativa de la actividad económica), pero también ha de configurar garantías de protección de aquellos grupos que el contexto normativo exige proteger. En estas condiciones, el diseño legal de esta potestad no es per se inconstitucional.

3. Desde nuestra perspectiva, la exigencia del pasaporte como único medio de identificación solvente o adecuado a la función garantista o proteccionista que en el párrafo anterior se mencionó, podría, hipotéticamente, ser inexcusable si faltaran los elementos necesarios de identificación y de seguridad a que se refiere el artículo 46, o si no se implementaran, como advierte la norma, los registros y el control que ella demanda. Pero esto, en realidad, no constituye un reproche de inconstitucionalidad que pueda hacerse a la disposición misma, sino un déficit de protección que puede achacarse, dado el caso, al ejercicio concreto de la potestad discrecional prevista en la norma.

4. Nada de lo dicho hasta aquí podría entenderse en el sentido de que discrepemos de los diputados y las diputadas consultantes, y de nuestros compañeros de la mayoría, en lo relativo al grave e intolerable problema de la explotación sexual de los niños, las niñas y los adolescentes (cf., memorial de la consulta, a folio 2). Pero la constitucionalización del pasaporte limita

innecesariamente la potestad legislativa de diseño de la política migratoria, y no a otro resultado llegaríamos si fuésemos del mismo criterio que los Magistrados de mayoría.

Carlos Ml. Arguedas R.

Alejandro Batalla B.

Federico Sosto L.