

Amparo
Voto 9500-02

Exp: 02-006312-0007-CO

Res: 2002-09500

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas con veintiséis minutos del primero de octubre del dos mil dos.

Recurso de amparo interpuesto por GERMAN ISIDRO MARTINEZ GONZALEZ, de nacionalidad nicaragüense, pasaporte número C683962, contra el DIRECTOR GENERAL DE MIGRACION Y EXTRANJERIA.

Resultando:

1. Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las catorce horas y treinta minutos del treinta de julio de dos mil dos (folio 1), el recurrente interpone recurso de amparo contra el DIRECTOR GENERAL DE MIGRACION Y EXTRANJERIA y manifiesta que se le rechaza la solicitud de residencia aduciendo que existe un proceso previo de deportación al procedimiento de residencia citado, notificado el diez de julio de dos mil. Previo a dicha notificación, nació su hijo Eliécer Yamir Martínez Barrasa, el día 24 de mayo de dos mil. Señala que de acuerdo con el artículo 8 de la Convención de los Derechos del Niño, los Estados Partes se comprometen a respetar el Derecho de mantener las relaciones familiares. Asimismo, el artículo 51 de la Constitución Política, establece que la familia es el fundamento de la sociedad costarricense, por ende, existe el imperativo para las autoridades públicas de proteger y respetar por todas las formas posibles la integridad del grupo familiar. Estima que el Principio de Reunión Familiar es un Derecho Humano que se antepone a los preceptos de la Ley General de Migración y Extranjería, basándose en la jerarquía de las normas; pero incluso, el artículo 35 inciso ch) y 50 de dicha Ley otorga el derecho de residencia al migrante con hijos nacidos en Costa Rica. Solicita el recurrente que se declare con lugar el recurso, con las consencuencias legales que ello implique.

2. Informa bajo juramento Marco Badilla Chavarría, en su condición de Director General de Migración y Extranjería (folio 4), que esa Dirección General inició un procedimiento de deportación en contra del recurrente y mediante la resolución número 911-2000-DPPEMBB del diez de julio de dos mil, tomando en cuenta que desde su ingreso al país, el foráneo no había realizado trámite alguno tendiente a regularizar su situación migratoria ni ostentaba ningún estatus migratorio, se declaró ilegal su permanencia en territorio nacional, se ordenó su deportación y el respectivo impedimento de entrada al país por diez años. Dicha resolución fue debidamente notificada al amparado, el mismo día de su emisión, al ser las dieciocho horas con diez minutos. El extranjero presentó los recursos ordinarios de revocatoria y apelación en subsidio en contra de la resolución indicada, siendo ambos declarados sin lugar mediante las resoluciones número DJUR.381-2000 JEH del veintisiete de junio, y la número 1011-2000 D.M.G. del primero de setiembre ambas del año dos mil, emitidas por esa Dirección General y el Ministerio de Gobernación y Policía respectivamente. La resolución que declaró sin lugar el recurso de apelación fue notificada al extranjero el nueve de octubre de dos mil, por lo que la orden de deportación adquirió su firmeza al día siguiente y podía ser ejecutada inmediatamente después. El Departamento de Policía realizó las gestiones pertinentes, a efectos de localizar al extranjero para materializar la orden de deportación, pero los resultados fueron infructuosos, ya que no se encontró en el domicilio por él señalado. No obstante, el impedimento de entrada al país a nombre del extranjero, fue debidamente ingresado al sistema de cómputo de esa Dirección General. Es hasta el 18 de enero de este año, que el extranjero presentó ante esa Dirección

General una solicitud de residencia permanente libre de condición, fundamentando su petición en el vínculo con hijo costarricense, aportando todos los requisitos establecidos en la Ley de Migración y Extranjería, y su respectivo Reglamento. Mediante resolución número 00085-2002 DP de las nueve horas con quince minutos del veintinueve de mayo de este año, esa Dirección General resolvió rechazar la solicitud de residencia presentada por el amparado, considerando entre otras razones las siguientes: a) En contra del extranjero existe una orden de deportación firme, la que no pudo materializarse por los motivos antes expuestos; b) El dictámen número C057-99 del 19 de marzo de 1999, emitido por la Procuraduría General de la República, que indica que una petición es improcedente cuando carece de fundamento de oportunidad o de derecho y siendo que en contra del foráneo existe un procedimiento de deportación previo, su solicitud de residencia es improcedente por carecer de fundamento de oportunidad; c) El voto de la Sala Constitucional número 2001-9322 del 18 de setiembre de dos mil uno. Agrega que el dictámen número C195-2002 y su adición y aclaración número C219-2001 del 7 y 23 de agosto de este año, emitidos por la Procuraduría General de la República, que establece: a)... "La recepción de solicitudes de cédulas de residencia presentadas directamente ante las autoridades de la Dirección General de Migración y Extranjería en sede central en San José, constituye un vicio en el procedimiento que da lugar a una nulidad relativa del acto, la cual queda subsanada en el posterior trámite y resolución de la gestión." B) ..."La buena fe que se presume a favor de quienes hasta la fecha de ponerse en vigencia la irregularidad, habían utilizado ese procedimiento viciado, desaparece en el momento en que se comunica a las autoridades migratorias el dictámen de comentario, de manera que no se justificaría en adelante, la admisión de solicitudes que no hubieren cumplido con el trámite de presentación previa ante el funcionario consular...", C)...La Dirección General de Migración y Extranjería, al conceder cédula de residencia al extranjero que la ha solicitado en Costa Rica, cuando su situación migratoria era irregular o ilegal en razón de su categoría de ingreso, está haciendo uso de las potestades discrecionales consagradas en los artículos 7-3 y 42 de la Ley de la materia, que permiten al extranjero en tales condiciones regularizar su situación cuando fueren intimados para ello..." Indica que trae a colación dicho dictámen, ya que al extranjero no se le denegó en ningún momento su derecho a solicitar la residencia en el país, se le aceptó su petición ante esa Dirección General, mediante resolución fundamentada se resolvió su solicitud de residencia, la que le fue debidamente notificada y se le permitió la interposición de los recursos ordinarios de ley. En fecha 24 de julio del año en curso, el extranjero presentó recurso de revocatoria y apelación en subsidio en contra de la resolución indicada y mediante resolución número 00156-2002-DP de las nueve horas con quince minutos del treinta de julio de dos mil dos emitida por esa Dirección General, se resolvió declarar sin lugar el recurso de revocatoria y elevar los autos al Superior jerarquizó para lo que correspondiera. Dicha resolución aún no ha sido notificada al extranjero. Indica que al recurrente se le indica, tanto en la resolución que rechazó su solicitud de residencia, como en la que se resolvió el recurso de revocatoria, que en virtud del vínculo con hijo costarricense podrá solicitar su residencia a través del Consultado respectivo. El extranjero, una vez resuelta en definitiva su solicitud de residencia y se confirmara su rechazo, y se declarara sin lugar el presente recurso de amparo, deberá abandonar el país en calidad de deportado y tramitar su residencia a través de la autoridad consular costarricense ubicada en su país de origen. En la solicitud de residencia respectiva, el extranjero deberá expresamente pedir que se levante el impedimento de entrada al país registrado en su contra y cumplir con la presentación de requisitos y formalidades establecidas en la Ley de la materia y su respectivo Reglamento. Una vez completo el expediente, esa Dirección resolverá lo correspondiente, y se es del caso ordenará el levantamiento del impedimento de entrada a su nombre. Señala que si bien es cierto, consta en el expediente del extranjero una certificación de nacimiento de su menor hijo costarricense Eliécer Yamir Martínez Barrasa, quien nació el 24 de mayo de 2000, este no realizó ninguna manifestación en ese sentido sino hasta el 18 de setiembre, fecha en que el Departamento legal de esa dependencia recibió del extranjero una solicitud para que se suspendiera el procedimiento de deportación, en virtud de su

vínculo con hijo costarricense. En la misiva que presentó el extranjero en esa oportunidad, indica que aporta acta de reconocimiento del menor y que le es imposible presentar aún la certificación respectiva emitida por el Registro Civil, más no aporta documento alguno. Es importante mencionar que la nota presentada por esa dependencia y la certificación de nacimiento del menor costarricense emitida por el Registro Civil el 27 de setiembre de 2000, fueron aportadas al expediente, cuando ya el Ministerio de Gobernación y Policía había declarado sin lugar el recurso de apelación por el presentado, mediante resolución emitida el primero de setiembre de dos mil, por lo que era jurídicamente imposible variar lo resuelto. Agrega que si bien es cierto la familia tiene derecho a la protección del Estado, ello de ninguna manera puede justificar que se transgredan las leyes migratorias, como lo hizo el recurrente, para luego alegar que su convivencia familiar no puede ser perturbada o inquietada. De conformidad con la tesis del recurrente, esto implicaría que aún si comete un delito y es sentenciado a la pena de prisión, esta no podría hacerse efectiva, ya que su grupo familiar se desintegraría. Los principios constitucionales tienen limitaciones y excepciones que se establecen en la propia Constitución y en otras disposiciones legales, por ende, no pueden ser irrestrictos e ilimitados. Indica que en todo momento, esa Dirección General ha observado el debido proceso en el trámite de residencia presentado por el recurrente, las resoluciones emitidas han sido debidamente fundamentadas y se le ha permitido el ejercicio del derecho de defensa, sin limitación alguna. Su manifestación de ser padre de menor costarricense ya no es de recibo para esa Dirección General, por cuanto en su contra existe una orden de deportación firme, que de ser lo procedente se ejecutará en el momento en que se resuelva en definitiva su solicitud de residencia y el presente recurso. Solicita que se desestime el recurso planteado.

3. En los procedimientos seguidos se han observado las prescripciones legales.

Redacta el magistrado **Arguedas Ramírez**; y,

Considerando:

I. Objeto del recurso. El recurrente acude a esta Sala en la vía de amparo, con el fin de que se tutelen sus derechos constitucionales, debido a que la Dirección General de Migración y Extranjería, le rechazó la solicitud de residencia aduciendo que existe un proceso previo de deportación al procedimiento de residencia citado, notificado el diez de julio de dos mil. Sin embargo, anterior a dicha notificación, nació su hijo Eliécer Yamir Martínez Barrasa, el día veinticuatro de mayo de dos mil. Señala que de acuerdo con el artículo 8 de la Convención de los Derechos del Niño, los Estados Partes se comprometen a respetar el Derecho de mantener las relaciones familiares. Asimismo, el artículo 51 de la Constitución Política, establece que la familia es el fundamento de la sociedad costarricense, por ende, existe el imperativo para las autoridades públicas de proteger y respetar por todas las formas posibles la integridad del grupo familiar.

II. Hechos probados. De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos:

Que la Dirección General de Migración y Extranjería, inició un procedimiento de deportación en contra del recurrente, y mediante la resolución número 911-2000-DPPEMBB del diez de julio de dos mil, se declaró ilegal su permanencia en territorio nacional, se ordenó su deportación y el respectivo impedimento de entrada al país por diez años. Dicha resolución fue debidamente notificada al amparado, el mismo día de su emisión, al ser las dieciocho horas con diez minutos (vid. folio 18 frente y vuelto).

Mediante resoluciones números DJUR.381-2000-JEH del veintisiete de junio, y la número 1011-2000 D.M.G. del primero de setiembre ambas del año dos mil, emitidas por la Dirección General de Migración y Extranjería y el Ministerio de Gobernación y Policía respectivamente, se resolvieron recursos de revocatoria y apelación en subsidio interpuestos por el recurrente, contra la resolución número 911-2000-DPPEMBB del diez de julio de dos mil de esa Dirección (folios 21 y 27).

Que el dieciocho de enero de este año, el recurrente presentó ante la Dirección General recurrida, una solicitud de residencia permanente libre de condición, fundamentando su petición en el vínculo con hijo costarricense, aportando los requisitos establecidos en la Ley de Migración y Extranjería, y su respectivo Reglamento (folio 34, e informe del recurrido).

Mediante resolución número 00085-2002 DP de las nueve horas con quince minutos del veintinueve de mayo de este año, la Dirección General de Migración resolvió rechazar la solicitud de residencia presentada por el amparado (folio 69).

El veinticuatro de julio del año en curso, el extranjero presentó recurso de revocatoria y apelación en subsidio en contra de la resolución indicada y mediante resolución número 00156-2002-DP de las nueve horas con quince minutos del treinta de julio de dos mil dos emitida por esa Dirección General, se resolvió declarar sin lugar el recurso de revocatoria y elevar los autos al Superior jerarquicó para lo que correspondiera (folio 76).

III. Sobre el fondo. Si bien esta Sala ha manifestado que las autoridades migratorias costarricenses tienen la potestad de ordenar y ejecutar la deportación de aquel extranjero que carezca de un estatus migratorio -cuya permanencia en el país sea ilegal- y no haya hecho gestión alguna a la fecha de la deportación para regularizar su estadía en nuestro territorio, en el caso concreto se tiene por acreditado que el recurrente si realizó gestiones, con el fin de obtener la residencia permanente en el país, en las cuales aportó documentación con la que demuestra ser padre de un menor de edad nacido en territorio nacional, e inscrito como costarricense, contrario a lo afirmado por el funcionario recurrido, quien señala que el amparado no acreditó lo anterior. Además, por su especial característica, considera este Tribunal que sí se produjo la alegada violación a los derechos fundamentales del amparado, consagrados en el artículo 51 de la Constitución Política. Conviene por ende, citar la siguiente sentencia, relevante para el caso concreto en tanto reconoce el interés superior de los menores de edad:

No obstante, el caso concreto reviste particularidades especiales que imponen ponderar ciertos principios de rango constitucional, a fin de dar una adecuada resolución al conflicto que se plantea a la Sala. Esto por cuanto en la especie está de por medio el interés de un niño, hijo de la señora (...), de nacionalidad cubana y a quien el Estado costarricense ya le otorgó el status de residente en virtud de haber contraído nupcias con un costarricense. Así las cosas, necesariamente debe este Tribunal Constitucional valorar ese interés superior del menor, con el también importante principio garantizado en el artículo 51 de la Constitución que dispone, entre otras cosas, que la familia tiene derecho a la protección especial del Estado. El cuadro fáctico que nos ocupa corresponde al de un grupo familiar, configurado por un costarricense y una extranjera con su hijo, pues es claro que siendo un menor de edad lo lógico y necesario para su estabilidad física y psíquica es que permanezca bajo el cuidado y protección de su progenitora, y dadas las circunstancias, en unión de su actual cónyuge. No permitir el pronto ingreso al país del menor (...) tiene como efecto concreto la separación de madre e hijo, quien por su minoridad requiere de los cuidados de su progenitora; o bien, la

separación de los cónyuges, a fin de que la madre permanezca con el niño en su país de origen. Ambas situaciones conllevan ineludiblemente a la separación del grupo familiar, que como se ha dicho supra, tiene derecho a la protección especial del Estado por imperativo constitucional" (Sentencia numero 2000-07706 de las 16:37 horas del 29 de agosto del 2000).

En el caso bajo estudio, se ordenó la deportación del amparado, pese a que tiene un niño menor de edad, quien nació el veinticuatro de mayo de dos mil, y es costarricense, de manera que al ser separado de su padre se ha lesionado lo dispuesto en el artículo 51 de la Carta Magna, en los términos de la sentencia citada, que implica que el padre tiene el derecho a permanecer con su hijo y brindarle su protección, y, correlativamente, el niño tiene derecho a permanecer con su padre. Así las cosas, dado que el recurrente acreditó por medios idóneos que es padre de un menor costarricense, de escasa edad y que debe proteger, las autoridades recurridas provocaron una lesión a sus derechos fundamentales, al ordenar la deportación sin tomar en consideración para tal decisión la existencia de un menor de edad costarricense, lo cual fue alegado y demostrado por el recurrente, en las gestiones realizadas ante el despacho recurrido, con la aportación de la certificación de nacimiento del menor. En conclusión, estima la Sala que en el caso concreto existe una violación al derecho del amparado de permanecer con su hijo menor de edad, del que se tendría que separar en virtud de la deportación que se ordenó en su contra. Por lo expuesto, lo procedente es ordenar la estimación del amparo, como en efecto se dispone.

Por tanto:

Se declara con lugar el recurso. Se condena al Estado al pago de los daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. Los magistrados Solano, Vargas y Castro salvan y el voto y declaran sin lugar el recurso.-

Luis Fernando Solano C.
Presidente

Carlos M. Arguedas R.

Ana Virginia Calzada M.

Adrián Vargas B.

Gilbert Armijo S.

Ernesto Jinesta L.

Susana Castro A.