



Lunes 06 de junio de 2011, n. 108

SALA CONSTITUCIONAL

PRIMERA PUBLICACIÓN

ASUNTO: Acción de inconstitucionalidad.

A LOS TRIBUNALES Y AUTORIDADES DE LA REPÚBLICA

HACE SABER:

PUBLICACIÓN DE UNA VEZ

Res. N° 2008-016978.—San José, a las catorce horas cincuenta y seis minutos del doce de noviembre de dos mil ocho. Exp. 07-003653-0007-CO.

Acción de inconstitucionalidad promovida por Adilia Eva Solís Reyes, mayor, divorciada, psicóloga, ciudadana nicaragüense, con cédula de residencia número 270-0136556-0072587, vecina de San José en su condición de Presidenta de la Junta Administrativa de la Fundación Centro de Derechos Sociales del Inmigrante en contra del artículo 69 de la Ley de Migración y Extranjería (8487). Interviene además la Procuraduría General de la República.

Resultando:

1°—Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala el dieciséis de marzo de dos mil siete, Adilia Eva Solís Reyes, de calidades señaladas en su condición de Presidenta de la Junta Administrativa de la Fundación Centro de Derechos Sociales del Inmigrante (Cenderos) solicita que se declare la inconstitucionalidad de artículo 69 de la Ley de Migración y Extranjería (8487). Alega que la norma citada lesiona 51 de la Constitución Política. Porque deja sin protección a la familia formada a partir de una unión de hecho, no obstante que la Constitución Política dispone en el artículo 51 citado que el Estado protegerá la familia, sin entrar en consideraciones sobre el origen de la misma. Adicionalmente introduce una diferencia de trato en relación con nacionales y extranjeros, pues mientras en relación con los nacionales la unión de hecho despliega amplios efectos jurídicos, los extranjeros ven limitada esa posibilidad en relación con los asuntos migratorios, sin que exista un fundamento objetivo que justifique esa excepción. Afirma que la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha indicado que el concepto “familia” debe ser entendido en forma amplia, no solo como aquella producto de un matrimonio y en consonancia con ello el ordenamiento ha recogido en diferentes normas estas reglas como es el caso del Código de Familia para efectos patrimoniales, el Código Procesal penal para efectos del derecho de abstención, la Ley de Violencia doméstica y otras. Por ello solicita que se declare la inconstitucionalidad de la norma impugnada y se orden su ineficacia.

2°—Por resolución de las catorce horas veinticinco minutos del veinte de marzo de dos mil siete, (visible a folios 16 y 17 del expediente), se le dio curso a la acción, confiriéndole audiencia a la Procuraduría General de la República.

3º—La Procuraduría General de la República rindió su informe visible a folios. Señala que en primer lugar la Fundación accionante se encuentra legitimada para la interposición de la acción por cuanto se ampara en el párrafo segundo del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dado que se encuentran en discusión los intereses colectivos de la población inmigrante cuya defensa es el objetivo de la entidad. En cuanto al fondo del planteamiento, se señala que el artículo 51 destaca la familia como elemento natural y fundamento de la sociedad, protección que también se destaca en diversos instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica. Se apunta que tanto la jurisprudencia nacional como internacional han ampliado el concepto de familia para incluir otras formas de constituirla además del matrimonio, tal y como sucede con las uniones de hecho. Así lo ha hecho la propia Sala Constitucional que afirma que la familia debe ser vista de manera amplia y nunca restrictiva y que ello incluiría la formada cuando la unión se establece por lazos afectos no formales. Claro está que tal reconocimiento se ha sometido a la posibilidad de que se determinen ciertas condiciones señaladas por la ley, tal y como lo señalan los artículos 242 y 243 del Código de Familia, que ya han superado el examen de constitucionalidad respecto de las condiciones que ellos determinan para entender que existe unión de hecho. Por otra parte, señala el órgano asesor que existe una incuestionable potestad del Estado para el diseño de políticas migratorias, no obstante, cabe entender que existen una serie de limitaciones y restricciones a la capacidad de los Estados en este sentido, limitaciones que provienen tanto de los tratados internacionales de Derechos Humanos como del propio derecho constitucional interno. Un caso particular de esas limitaciones se presenta cuando las potestades del Estado en materia migratoria, se enfrentan con los derechos de protección a la familia. En tales casos, se apunta, intervienen una serie de factores que hacen que pueda limitarse el ejercicio de las potestades estatales, como por ejemplo lo ha señalado la Sala Constitucional cuando está de por medio el interés superior del menor. Con base en las anteriores consideraciones entiende la Procuraduría que en el caso en estudio, se regulan dos situaciones diferentes, la primera que tiene que ver con la deportación y la segunda que se relaciona con la autorización de permanencia como residente. Para la Procuraduría ambos temas deben tratarse distinta y separadamente.

4º—Los edictos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional fueron publicados en los números del Boletín Judicial, de los días (folio).

5º—Se prescinde de la vista señalada en los artículos 10 y 85 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, con base en la potestad que otorga a la Sala el numeral 9 ibídem, al estimar suficientemente fundada esta resolución en principios y normas evidentes, así como en la jurisprudencia de este Tribunal.

6º—En los procedimientos se han cumplido las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado Mora Mora; y,

Considerando:

I.—Sobre la admisibilidad. La accionante es la representante legal de una persona jurídica denominada “Fundación Centro de Derechos sociales del inmigrante” cuya identificación puede hacerse también mediante el nombre de “Cenderos” y que ostenta, entre otros los siguientes fines recogidos en la escritura de constitución: mejorar las condiciones de vida de los inmigrantes en Costa Rica, y en particular de los ciudadanos centroamericanos y además la protección de los derechos legales que asisten al inmigrante. De acuerdo con lo anterior, dicha persona jurídica puede -al tenor del párrafo segundo del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, ojo arreglar.

II.—**Objeto de la impugnación.** La norma impugnada es el artículo 69 de la Ley de Migración y Extranjería, número 8487 que dispone:

“Artículo 69.—La unión de hecho no produce efecto jurídico migratorio alguno, por tanto, no podrá alegarse con fines de eludir la ejecución de la orden de deportación ni para pretender autorización de permanencia legal como residente.”

De ella se discute que al disponer legalmente la ausencia de efecto jurídico migratorio alguno para la unión de hecho, se infringen derechos constitucionales de las personas extranjeras,

específicamente el establecido en el artículo 51 Constitucional, así como de forma indirecta los artículos 19 y 33 Constitucional.

III.—Sobre el fondo. Una mayor claridad expositiva impone comenzar por señalar las normas y principios constitucionales que puedan estar en juego en el caso. En dicho sentido, como bien lo afirma la Procuraduría, se confrontan por una parte la potestad soberana del Estado costarricense en materia de extranjería, al amparo de la cual, existe sin duda un amplio margen en la Constitución Política respecto de las reglas a imponer en los temas de políticas migratorias. Al respecto, este mismo órgano ha señalado recientemente (sentencia 2008-10734 de las dieciocho horas del veintiséis de junio de dos mil ocho:

“**IV. Sobre política migratoria del estado.** En reiteradas ocasiones, esta Sala ha señalado que una de las manifestaciones de la soberanía del Estado es la de definir la política migratoria a seguir, la cual implica la facultad de regular el ingreso, permanencia y salida de los extranjeros en el territorio nacional, potestad que deberá ser ejercida por el Estado, con absoluto respeto de las normas y principios que integran el Derecho de la Constitución, atendiendo principalmente a la dignidad del ser humano y a los derechos fundamentales. En ese sentido, la potestad del Estado de definir su propia política migratoria, se encuentra reconocida no solo por nuestra Carta Magna, sino también por el Derecho Internacional, tal como se desprende del artículo 22 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en lo que interesa, señalan lo siguiente:

“**Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia.**

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo, y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales
2. Toda persona detiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.
3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás (Convención Americana sobre Derechos Humanos).”

“**Artículo 12.**

1. Toda persona que se halle legalmente en territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente en él y a escoger libremente su residencia.
2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.
3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).”

Bajo esa inteligencia, resulta claro que aún cuando la Constitución Política establece los derechos y principios de los extranjeros, lo cierto es, que el desarrollo de estos preceptos se encuentra reservado a la ley. De esta manera, el establecimiento de reglas y requisitos, que regulen el ingreso y permanencia de extranjeros en el territorio nacional, así como la facultad de expulsar a un extranjero que incumpla dichos requisitos o atente contra la seguridad nacional, el orden público, la moral, la salud pública y los derechos fundamentales de los demás, no es sino, el producto del ejercicio de las potestades soberanas del Estado. En virtud de ello, todo extranjero que se encuentra legalmente en un país, o bien, que desee ingresar a el, deberá cumplir con los requisitos que a esos efectos exige el ordenamiento interno del país al que desee ingresar. En ese sentido, de conformidad con el artículo 5 de la Ley General de Migración, corresponde al Poder Ejecutivo definir la Política Migratoria del Estado y determinar cuáles extranjeros ingresan o no al territorio nacional. Así las cosas, cabe agregar, que no corresponde a este Tribunal Constitucional, cuestionar la Política Migratoria establecida por el Poder Ejecutivo, ni determinar en forma casuística a quien debe autorizársele o no, el ingreso al territorio nacional. No obstante, sí es

competencia de esta Sala, ejercer el control de constitucionalidad de las normas que integran el ordenamiento jurídico, a fin de constatar si éstas se encuentran acordes con el derecho de la Constitución.”

Por otra parte, es también la propia Constitución Política la que recoge la obligación para el Estado y sus instituciones, de respetar ciertas condiciones y derechos asociados al hecho de que las personas hayan entrado en una particular relación cual es la matrimonial, a la cual el Constituyente le ha establecido una especial protección y jerarquía, tal y como también lo ha sostenido reiteradamente este órgano, por ejemplo en la sentencia 2008-10734 que señaló:

“V.—(...) En ese sentido, el constituyente del 49, decidió plasmar en nuestra Constitución Política, la gran relevancia que este instituto tiene para la sociedad costarricense, al señalar en los artículos 51 y 52, que el matrimonio es la base esencial de la familia y que ésta es el fundamento de la sociedad. Asimismo, el legislador desarrolló estos principios constitucionales, a través del Código de Familia, para lo cual estableció los fines que persigue, requisitos, impedimentos y efectos del matrimonio, los cuales resultan acordes con la Constitución Política. En lo que interesa al caso concreto, los artículos 11, 12, 13, de ese cuerpo normativo, señalan lo siguiente:

“Artículo 11.—El matrimonio es la base esencial de la familia y tiene por objeto la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio.

Artículo 12.—Toda condición contraria a los fines esenciales del matrimonio es nula.

Artículo 13.—Para que exista matrimonio el consentimiento de los contrayentes debe manifestarse de modo legal y expreso.”

De esta manera, en el plano nacional resulta claro que tanto la intención del constituyente, como la del legislador ordinario, es que el Estado ofrezca una especial protección al matrimonio, siempre que éste se manifieste como una forma de familia, pues no se trata solo de un instituto jurídico, sino que además, es un pilar esencial sobre el que se fundamenta y fortalece la sociedad costarricense.”

La conciliación de ambos conjuntos de normas y principios -en aquellos casos en que puedan servir para producir soluciones contrarias a casos concretos- resulta ser como se indicó en el antecedente recién citado, una labor primordialmente asignada al legislador y que éste ha realizado en los términos contenidos en la Ley 8487.de Migración y Extranjería en la cual se dispone y autoriza la residencia permanente para el cónyuge en la relación matrimonial como se aprecia del artículo 73 de la citada ley que expone en lo siguientes términos:

Artículo 73.—Podrán optar por esta categoría migratoria, las personas extranjeras que cumplan los siguientes requisitos:

- a. La persona extranjera, su cónyuge y sus familiares de primer grado por consanguinidad que hayan gozado de una residencia temporal durante tres años consecutivos.
- b. La persona extranjera con parentesco de primer grado por consanguinidad con ciudadano costarricense, entendiéndose como tales a los padres, hijos menores o mayores con discapacidad y hermanos menores o mayores con discapacidad, al igual que aquella casada con costarricense”.

Es conveniente tener lo anterior en cuenta porque si bien en esta acción no se discute la opción tomada por el legislador respecto de lo que podríamos llamar “el caso normal” de la relación matrimonial, sí se disputa la validez de la opción legislativa respecto de lo que cabe denominar una “variante” de tal relación. En particular, en esta acción se analiza la unión de hecho, a la cual el legislador, en el tema migratorio ha decidido tratar de forma distinta a la relación matrimonial y negarle consecuencias jurídicas en tal ámbito migratorio. Procede entonces decidir si tal trato diferenciado plasmado en el artículo 69 cuestionado, es acorde con el derecho de la Constitución.

IV.—Para dilucidar el tema recién enunciado cabe apuntar que la jurisprudencia de la Sala ha entendido la unión de hecho como una forma de relación familiar constitucionalmente válida y alterna al matrimonio legalmente constituido, razón por la cual debe entenderse cubierta por el Derecho

de la Constitución, en términos similares a lo dispuesto para el matrimonio. Las siguiente cita es de la sentencia número 2001-07521 de este Tribunal y en ella se razonan ampliamente los fundamentos de tal conclusión:

“II.—Del concepto de familia contenido en la Constitución Política. Como bien lo señala el Procurador de Familia, el análisis de las normas que se consultan debe hacerse a la luz de los principios y normas constitucionales que se refieren al tema de la protección de la familia, es decir, al tenor de lo dispuesto en los artículos 51 y 52 de la Constitución Política, en cuanto disponen textualmente -en lo que interesa-:

“Artículo 51. La familia como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido.”

“Artículo 52. El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges.”

De la primera disposición transcrita se deriva una obligación especial para el Estado costarricense, la de dotar de una protección especial a la familia, a la mujer, al niño, al anciano y al enfermo desvalido, en el caso concreto interesa la que se da a la familia; y en la segunda de ellas, aunque el constituyente potenció el matrimonio, entendiendo por tal la pareja (hombre y mujer) unida por vínculo jurídico, no prohibió la familia de hecho, de manera que el concepto de familia tutelado en las normas constitucionales es amplio y no restrictivo, de manera tal que en él se incluye tanto la familia unido por un vínculo formal -matrimonio-, como aquella en la cual la unión se establece por lazos afectivos no formales pero estables -uniones de hecho- en los que hay convivencia, ya que en ambas instituciones se garantizan la estabilidad necesaria para una vida familiar, en tanto se sustentan en una misma fuente, sea el amor, el deseo de compartir y auxiliarse, apoyarse y tener descendencia. En este sentido, aunque existe un derecho fundamental de las personas a contraer matrimonio, que deriva de lo dispuesto en los artículos 52 constitucional (supra transcrito), 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo contenido, por una parte implica el Estado no puede -en forma alguna- impedir o obstaculizar en forma irrazonable el matrimonio de las personas; y por otra parte, que no es posible que el Estado imponga el matrimonio como única forma de constitución de una familia, sea la fundada en el matrimonio, de modo que bien puede afirmarse que en ejercicio de esta libertad individual, las personas tienen el derecho de optar por fundar una familia sin cumplir con las formalidades del matrimonio (en este sentido ver sentencias número 2129-94 y 3693-94). De esta suerte, tanto en el ámbito legal, toda vez que mediante la Ley número 7532, de ocho de agosto de mil novecientos noventa y cinco, se incluyó en el Código de Familia el Título VII., Capítulo Único, referente a la Unión de Hecho, como en la propia jurisprudencia de la Sala Constitucional se reconoce la existencia de una situación fáctica, a la que el ordenamiento jurídico no puede ser indiferente, esto es, la unión de hecho, bajo la consideración de que aún cuando el constituyente estableció que “el matrimonio es la base esencial de la familia”, no es la única fuente de familia, de manera que en diversas ocasiones (por ejemplo, en sentencias número 3435-92, 0346-94, 1151-94, 1975-94, 3693-94, y 7515-94) la Sala ha insistido en la legitimidad de dotar de protección legal a la familia de hecho.

“La Sala debe partir de que la familia, tal y como lo indica el artículo 51 de la Constitución Política, es la cédula-fundamento de la sociedad, merecedora de una debida protección por parte del Estado. Pero la familia debe ser vista de manera amplia y nunca restrictiva, ya que la concepción reciente de la misma incluye, tanto a la familia unida por un vínculo formal -el matrimonio (artículo 52 de la Constitución Política)-, como aquella en la cual la unión se establece por lazos afectivos no formales -uniones de hecho, regulares, estables, singulares, etc.-) ... Encontramos en la norma constitucional dos elementos de suma importancia en la comprensión de la intención del legislador al promulgarla, cuales son el “elemento natural” y “fundamento de la sociedad”, como componentes básicos de la formación de la familia. En la primera frase, entendemos que nuestro legislador quiso que en dicho concepto -familia- se observara que su

sustento constituye un elemento “natural”, autónomo de los vínculos formales. Por otro lado, y siguiendo esta misma línea de pensamiento, también debemos entender que al decirse que la familia es el “fundamento de la sociedad” no debemos presuponer la existencia de vínculos jurídicos.” (sentencia número y en el mismo sentido las número 0346-94 y 1782-97)

Adicionalmente a este desarrollo general, en la sentencia número 2003-7576, se conoció y resolvió sobre el rango de la unión de hecho frente a las potestades del Estado en materia migratoria.- Allí se expuso en lo que interesa que:

“IV.—Ha sido el criterio de esta Sala que al tenor del numeral 22 constitucional, los nacionales tienen garantizado el libre ingreso y permanencia en el territorio nacional y que los extranjeros deben someterse a las disposiciones normativas que regulan todo lo referente al control migratorio, lo cual es también establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos, cuando en su artículo 22 dispone que toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado, tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él sujeto a las disposiciones legales. En el sub examine, si bien la amparada ingresó legalmente a territorio costarricense, permitió que se venciera el plazo de su permanencia autorizado sin realizar ningún trámite para legalizar su situación migratoria, de manera tal que al ser debidamente comprobada su situación por parte de la policía migratoria, con el estudio que corresponde del caso, la Dirección General de Migración y Extranjería dictó la resolución respectiva ordenando su deportación y el respectivo impedimento de entrada al país. Además al tenor de la Ley General de Migración y Extranjería se le otorgó la posibilidad de impugnar la resolución anterior mediante los recursos de revocatoria y recurso de apelación. No obstante, corresponde a esta Sala determinar si la orden de deportación girada por la Dirección General de Migración y Extranjería infringe la protección especial que debe el Estado a la familia (artículo 51 constitucional), por cuanto se alega en este recurso que la amparada ha convivido en unión libre con el señor José Manuel Fonseca Alvarado —de nacionalidad costarricense-, y las dos hijas de ésta habitan con ambos en territorio nacional, en incluso asisten a escuelas públicas. En cuanto a la protección especial que debe el Estado a la familia, este Tribunal ha señalado lo siguiente:

IV.—Pero, ante la existencia del calificado vínculo del matrimonio, u otro que implique el derecho a la unión familiar, la mayoría de la Sala, se ha replanteado el asunto y ha llegado a otras conclusiones. En efecto, al ser encomendada por la Constitución Política a esta Sala el conocimiento de los recursos de hábeas corpus y de amparo, tiene especialmente presente que toda persona, costarricense o extranjera, tiene derecho a los recursos de habeas corpus y de amparo, para garantizar su libertad e integridad personales y mantener el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República. De lo anterior, se derivan dos premisas fundamentales: la primera, de naturaleza procesal, de que, en cuanto al derecho al amparo, en sí mismo, la condición de nacional o extranjero no tiene incidencia alguna y que las normas de derechos fundamentales se aplican en forma igual para unos y otros salvo, naturalmente, en aquellos casos en que la propia Constitución o los instrumentos internacionales sobre derechos humanos admiten las diferencias, por ejemplo, en materia de derechos políticos. La segunda premisa, de naturaleza sustantiva, es la de que todos los extranjeros, sean irregulares o no, son titulares de los derechos fundamentales, como inherentes a su condición de persona humana, por lo que su dignidad y libertad deben ser respetadas por igual que las de los nacionales, con todas sus consecuencias; salvo aquellos casos en que, sin mengua del respeto a esa dignidad y libertad, la Constitución y los instrumentos internacionales reconozcan distinciones, como por ejemplo, en materia de derechos políticos.

V.—Desde la óptica de la ley y de las políticas migratorias, el cuadro fáctico es el de un extranjero que se encuentra ilegalmente en el país, a quien se le detiene y deporta en virtud de un acto administrativo firme y se dicta en su contra un impedimento de entrada por diez años; el hecho de su matrimonio con costarricense no modifica la ilegalidad de su status, por lo que, de conformidad con la Ley General de Migración Extranjería y su Reglamento procede su

deportación. En cambio, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, resulta absurdo resolver el caso con la Ley General de Migración y Extranjería y su Reglamento. Al resolver el amparo, la Sala tiene que aplicar la Constitución Política y los instrumentos internacionales de los derechos humanos, como fuentes primeras en la jerarquía de sus fuentes. Esto conduce a abordar el asunto y apreciar el cuadro fáctico de otra manera, ya que lo que tenemos delante es el de una persona que dejó su país de origen e ingresó legalmente a Costa Rica, donde radica desde entonces; posteriormente contrajo matrimonio con una costarricense —lo cual, por cierto, según el artículo 14 constitucional le daría incluso derecho incluso a nacionalizarse— y que después es detenido para ser deportado a su país de origen, adicionalmente, con un impedimento de entrada por diez años.

VI.—Tales hechos, apreciados a la luz de las premisas arriba indicadas, revelan una clara violación de los derechos fundamentales del amparado, entre otros, a su dignidad humana, a la prohibición de un tratamiento cruel, dado que como casado con una nacional, deportarlo a su país, del que salió ejerciendo su derecho fundamental a emigrar, implica una reacción inhumana y desproporcionada por el mero hecho de no haber formalizado su status migratorio oportunamente. En este sentido, la jurisprudencia internacional es particularmente iluminadora. La Corte Europea de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas han puesto, por encima de las legislaciones domésticas, los derechos y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y de la amplia doctrina de estos órganos internacionales, este Tribunal extrae la conclusión de que el vínculo familiar prevalece sobre la voluntad de deportación en este caso concreto, en que el punto medular radica en el vínculo familiar de la recurrente con un costarricense, por el matrimonio contraído en 1999, según la certificación de registro adjunta.

VII.—Porque, en efecto, el principio de protección de la familia y el derecho a la unión familiar, han venido conformando una especie de excepción oponible al deseo de expulsión o deportación del Estado en una variedad de situaciones de inmigración. Existen disposiciones relevantes, contenidas en los instrumentos aplicables en Costa Rica, como las de los artículos 17 y 23 del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos o los artículos V y VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de las que se deriva la prohibición de la interferencia arbitraria en la familia, tal como lo ha señalado el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y que al término “familia” se le da una interpretación amplia que incluye a “todos aquellos comprendidos en la familia según se entiende en la sociedad del Estado parte correspondiente”. El derecho de los cónyuges extranjeros de unirse y gozar de la vida de casados con los nacionales adquirió precedencia sobre las leyes de inmigración en el caso de Aumeeruddy-Cziffra contra Mauricio (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 1981). También, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos conduce a similares conclusiones (p.ej. Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido). Incluso la jurisprudencia reciente de aquella Corte ha prohibido la expulsión de extranjeros con antecedentes penales, con fundamento en relaciones de familia (v. Beldjoudi contra Francia, 1992; Djeroud contra Francia, 1991; Moustaquim contra Bélgica, 1991). Si bien dentro del Sistema Interamericano no encontramos jurisprudencia vinculante en este sentido, porque todavía no se han conocido casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos que así lo demuestren, es emblemática su resolución sobre medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de 18 de agosto de 2000, en el caso de haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana, en que la Corte Interamericana, como medida provisional, requirió al Estado dominicano la reunificación familiar de Antonio Sension y su mujer Andrea Alezy con sus hijos menores. (...) (voto N° 2002-9895 de las catorce horas con cincuenta y cinco minutos del quince de octubre de dos mil dos).

V.—La Sala estima que el antecedente de cita es plenamente aplicable al caso que nos ocupa. En efecto, aún cuando la detención y la orden de deportación de la amparada tiene fundamento en la existencia de un acto administrativo, y de los autos se demuestra que la amparada nunca gestionó la regularización de su situación migratoria, desde la perspectiva del derecho

constitucional, el principio de protección de la familia y el derecho a la unión familiar, han venido conformando una especie de excepción oponible al deseo de expulsión o deportación del Estado, en una variedad de situaciones de inmigración. La Directora General de Migración y Extranjería incurre en craso error, al aseverar en el informe rendido a esta Sala que la unión de hecho no genera derecho migratorio alguno, toda vez que en reiteradas ocasiones este Tribunal ha señalado que ante la existencia del calificado vínculo del matrimonio, u otro que implique el derecho a la unión familiar, la Ley General de Migración y Extranjería, así como las disposiciones migratorias adoptadas por el Estado, ceden ante la Constitución Política, y los instrumentos internacionales de los derechos humanos. Estos abordan el asunto y aprecian el cuadro fáctico de otra manera, ya que desde esta óptica tenemos entonces una persona que ingresó legalmente a Costa Rica, donde radica desde entonces sus con dos hijas, y desde 1999 convive en unión de hecho con un costarricense, por ello, estima la Sala que en el particular se ha producido una infracción del artículo 51 de la Constitución Política en los términos de la sentencia citada, que implica el deber superior del Estado de ofrecer protección a la familia. De conformidad con lo dispuesto por los artículos 51, 52 de la Constitución Política y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estado tiene la obligación de proteger el núcleo familiar, cuya base esencial es el matrimonio o la unión de hecho. Asimismo, esta Sala ha manifestado que la familia como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado, y que esta protección constitucional protege a toda familia, incluyendo a aquella conformada por costarricense y extranjero en virtud del principio de igualdad. Del mismo modo, es criterio de esta Sala que con la palabra “familia” se entienda tanto a la familia de hecho como a la de derecho, por lo que en este caso, se considera violatorio del artículo 51 de la Constitución Política, lo actuado por la autoridad migratoria recurrida.(...)”

V.—Se extrae de las dos sentencias recién transcritas, una clara doctrina aplicable al análisis del artículo 69 impugnado en esta acción, la cual da primacía a los elementos sustanciales por encima de los meramente formales en lo que respecta al otorgamiento de protección constitucional a las uniones familiares. La posición ha sido consecuente y, tal y como se recoge en cita inmediata anterior de la resolución 2003-7576, con el tiempo se ha venido profundizando tal tendencia de hacer equivaler la unión de hecho y el matrimonio en aquellas situaciones donde se reconocen derechos y prestaciones para quienes se hallan en una relación matrimonial formalmente establecida, lo cual ha incluido la materia migratoria. De este modo y con tales antecedentes, la conclusión en este caso debe ser similar a lo expuesto; es decir, constitucionalmente cabe sostener que en principio el matrimonio y la unión de hecho (ésta última bajo las condiciones de reconocimiento que se explicaron en la cita anterior y se reiteran más abajo) deben gozar de similar tratamiento en materia migratoria, excepto que la diferencia existente en el plano formal entre el uno y la otra fuese tan relevante para la materia migratoria que ameritara y justificara tomarse en cuenta para hacer una diferenciación jurídica. Tal situación no ocurre aquí pues -como lo señalan la accionante y la Procuraduría- no hay elementos que lleven a entender que el balance de fines y valores constitucionales hecho por el legislador en la ley de Migración entre matrimonio y política migratoria (y reseñado en el considerando III anterior) tiene como su elemento básico, esencial o fundamental el aspecto estricta y meramente formal de la relación familiar establecida. Es más, en el propio texto legislativo pueden incluso encontrarse elementos que abonan la tesis contraria en el sentido de que el legislador prestó más atención a los elementos sustanciales y a la existencia material de la relación familiar que al simple cumplimiento de las exigencias formales, tal y como se aprecia del texto del artículo 67 de la Ley señalada, que declara insuficiente la realización (formal) de un matrimonio por poder para efectos del otorgamiento de alguna categoría migratoria, tal y como se aprecia con claridad de su texto que establece: “De solicitarse el ingreso o la permanencia de una persona extranjera, en razón de matrimonio con una persona costarricense celebrado mediante poder, deberá demostrarse, obligatoria y fehacientemente, la convivencia conyugal.”. Esta última exigencia fue además analizada ya por este Tribunal quien mediante 2008-10734 transcrita en el considerando tercero, la encontró apegada a la Constitución Política, al entenderla como una

decisión legislativa coherente con la doctrina contenida en nuestra Carta Fundamental respecto del debido realce que amerita la unión familiar y la familia entendida como un instituto que va más allá de un conglomerado de condiciones formales. De todo esto, cabe concluir que el artículo 69 discutido, en tanto que acoge una posición estrictamente formalista respecto de la institución del matrimonio, resulta incompatible con el Derecho de la Constitución, y en particular de los artículos 33, 51, 52, pues tales disposiciones y la doctrina que de ellas se extrae, han servido más bien como fundamento -no sólo en sede jurisdiccional sino en el propio ámbito legislativo- para forjar jurídicamente una equiparación cada vez mayor respecto de las consecuencias y los efectos jurídicos entre la unión de hecho y el matrimonio formalmente realizado, tendencia que resulta sin ninguna duda contrariada por el artículo discutido, el cual por ello mismo debe declararse inconstitucional.

VI.—Sobre las condiciones formales para el reconocimiento de la unión de hecho. Dicho lo anterior y establecida la inconstitucionalidad del artículo 69, debe sin embargo esta Sala dejar bien establecidas las condiciones en que se ha entendido y se entiende aquí posibilidad y validez jurídicas de tal equiparación entre unión de hecho y matrimonio, en tanto no puede ser cualquier tipo de relación ajena a la matrimonial formal la que puede aspirar a calificarse como unión de hecho con efectos jurídicos. Por el contrario, todo lo que hasta ahora se ha planteado en este pronunciamiento respecto de la unión de hecho, tiene como presupuesto una única y específica modalidad de unión de hecho, a saber la que cumple con los requisitos y condiciones establecidas en el Código de Familia, tal y como ya lo había señalado en la sentencia 2001-7521 citada en la que se apuntó que:

III.—De los elementos y características que la unión de hecho requiere para la protección estatal. Ya con anterioridad la Sala se ha pronunciado acerca del tema de la regulación de la familia de hecho y sus implicaciones legales. Es así como se ha insistido que para su reconocimiento deben cumplirse una serie de elementos fundamentales para su definición, por cuanto la regulación de la familia de hecho no puede ser de tan extenso alcance que exceda la que la ley acuerda para la familia fundada en el matrimonio, porque ello constituiría una infracción al principio de razonabilidad constitucional. Para que tal unión tenga reconocimiento jurídico (constitucional y legal), debe reunir una serie de elementos, los cuáles están definidos en el artículo 242 del Código de Familia, de manera que le confiere efectos jurídicos a la “unión de hecho pública, notoria, única y estable, por más de tres años entre un hombre y una mujer que posean aptitud legal para contraer matrimonio, [...]”

Estos elementos han sido reconocidos y validados por la Sala Constitucional con anterioridad, bajo las siguientes consideraciones:

“La familia de hecho es una fuente de “familia”, entendida esta como el conjunto de personas que vinculadas por la unión estable de un hombre y una mujer, viven bajo el mismo techo e integran una unidad social primaria. Sin embargo, debe quedar claro que no pueden equipararse a las uniones de hecho, los amoríos o las relaciones esporádicas o superficiales; las uniones de hecho, cumplen funciones familiares iguales a las del matrimonio, y se caracterizan al igual que éste, por estar dotados al menos de, estabilidad (en la misma medida en que lo está el matrimonio), publicidad (no es oculta es pública y notoria), cohabitación (convivencia bajo el mismo techo, deseo de compartir una vida en común, de auxiliarse y socorrerse mutuamente) y singularidad (no es una relación plural en varios centros convivenciales)” (sentencia número 01151-94).

En cuanto a la exigencia de la libertad de estado, esto es, que no exista impedimento para contraer matrimonio entre los convivientes, encuentra sustento en las siguientes consideraciones:

“IV.—Es cierto que los criterios morales o éticos no inciden, normalmente, en la toma de una de las dos opciones: matrimonio o unión de hecho. Pero si por motivos morales se prohíbe la bigamia y tal disposición tiene asiento constitucional (artículo 28), no puede entenderse cómo, para otorgarle a la unión extramatrimonial efectos jurídico-patrimoniales, se obvie un requisito tan fundamental como el de la libertad de estado. Ya la situación de los hijos tiene soluciones a tono con lo que la Constitución Política dispone en su artículo 53, sean nacidos en o fuera de

matrimonio, porque ellos no pueden sufrir consecuencia jurídica alguna en razón de que sus progenitores hayan escogido la vía del matrimonio o de la unión de hecho. Sin embargo, respecto de éstos, sí puede y cabe distinguirse, ya que si pretendemos otorgar efectos patrimoniales plenos a la unión de hecho, entonces es razonable y legítimo condicionarlos a que la unión reúna ciertos requisitos. Uno de esos requisitos, es el de la estabilidad y así como en el proyecto se establece cuatro años, para que la unión merezca la protección legal, lo que se considera razonable, bien pudo haberse pensado en una cifra mayor -cinco años- u otra menor -tres-, sin que por eso dejara de ser razonable, pues se trata de una materia para la que se reconoce cierta discreción del legislador, dada la naturaleza de la situación a normar. Obviamente, la discrecionalidad no podría ser tal que quedaran protegidas uniones pasajeras o meramente transitorias, puesto que al faltar las formalidades, precisamente es difícil encontrar un propósito claro y no es sino estableciendo un determinado plazo, que podría entenderse. Pero otro requisito, fundamental, es que los convivientes tengan aptitud legal y libertad de estado, ya que si eso no se contempla, se estaría quebrantando el régimen jurídico del matrimonio, como base esencial, devaluándolo jurídicamente, con el estímulo de uniones irregulares o imperfectas, que en nuestra opinión serían de imposible protección en los términos que se pretenden con el proyecto de ley que se consulta a esta Sala. Si afirmamos al inicio de esta sentencia que en respeto a la libertad, las personas pueden escoger entre el matrimonio o la unión de hecho, ciertamente que las responsabilidades libremente asumidas no podrían ser eludidas posteriormente en invocación, ahora torcida, de esa libertad. Creemos, pues, que para la validez de la protección a la unión extramatrimonial, debe someterse a los convivientes a parámetros similares a los del matrimonio, pues de lo contrario, se les estaría dando un marco de protección exorbitado”

Y más adelante continuó diciendo:

“El ordenamiento jurídico-matrimonial costarricense se inspira en el concepto monogámico de la cultura occidental, de modo tal que para contraer matrimonio, debe existir libertad de estado. Si no tenemos presente este requisito fundamental, al otorgar protección a la convivencia extramatrimonial, estaríamos excediendo el propósito de equipararla a la matrimonial, para pasar a un escenario en que la oponemos a la institución matrimonial, de una manera evidente [...] Lo aceptable, entonces, es que en ejercicio de su libertad, las personas escojan por contraer matrimonio, o simplemente decidan unirse para fundar una familia sin los rigores formales de aquél. Pero puesto el legislador en la tesitura de regular una y otra, no puede exonerar a los convivientes de ciertos requisitos considerados normales para los cónyuges, como el de la libertad de estado, porque se coloca en situación de poner en ventaja a aquellos por sobre éstos, cuando la idea es asimilarlos” (Sentencia número 3693-94 de las nueve horas dieciocho minutos del veintidós de julio de mil novecientos noventa y cuatro).

Se torna evidente, pues, que hay una infracción al artículo 52 Constitucional, si la regulación de la unión de hecho no parte de las mismas reglas vigentes para el matrimonio, como ésta en particular de la libertad de estado, en tanto lo lógico es que en ejercicio de su libertad, las personas escojan contraer matrimonio, o simplemente decidan unirse para fundar una familia sin los rigores formales de aquél. Pero, puesto el legislador en la tesitura de regular una y otra, no puede exonerar a los convivientes de ciertos requisitos considerados normales para los cónyuges, como el de la libertad de estado, la estabilidad, la publicidad, así como la cohabitación y la singularidad de ésta, en tanto se le reconoce como fuente moral y legal de la familia protegida constitucionalmente.”

Adicionalmente, y en apego a la necesidad de proveer una mayor coherencia a esta decisión, resulta fundamental señalar que si -tal como se viene afirmando- son aplicables los requisitos fijados en artículo 242 del Código de Familia para la equiparación de la unión de hecho al matrimonio en materia migratoria, adquiere pleno sentido entender aplicable también el artículo 243 del Código citado en lo que respecta al órgano estatal competente para la declaratoria de su existencia y respecto de los procedimientos a seguir para obtenerla. Con otras palabras, la modalidad de unión de hecho que debe entenderse equivalente al matrimonio para efectos migratorios será aquella declarada formalmente por un juez de familia luego del proceso respecto, ello al tenero del numeral 243 del Código de Familia. Con esta decisión revierte la Sala de forma expresa los criterios emitidos

anteriormente sobre este punto concreto y expresados en las resoluciones 1998-07179 de las dieciséis horas cuarenta y ocho minutos del siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho, 1998-8186 de las dieciocho horas cuarenta y cinco minutos del diecisiete de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, ambas citadas por la sentencia número 2003-6576 y en las cuales se estableció la necesidad de que las autoridades migratorias realizaran “un procedimiento sumarísimo en donde se le permitiera a la pareja de extranjero y costarricense demostrar su vínculo familiar, de hecho o de derecho,” opción que resulta no solamente impropia para esta sede, sino además innecesaria en tanto existe un órgano y un procedimiento legalmente establecido para ello.

VII.—**Sobre la unión de hecho y la deportación.** En último término, resulta necesario abordar de forma explícita un tema planteado por la Procuraduría General de la República y que está referido a la distinción que -en su criterio- cabe hacer de dos supuestos diferentes que se recogen en la norma discutida. En concreto, sostiene el órgano asesor que la solución constitucionalmente correcta de esta controversia debe tomar en cuenta que el artículo 69 discutido contiene dos dispositivos que merecen ser analizados desde ópticas diferentes: por una parte -señala- el artículo 69 afirma la ausencia de valor jurídico de la unión de hecho “para eludir la ejecución de la orden de deportación” y por otra, le niega igualmente valor jurídico para “pretender autorización de permanencia legal como residente” Lo que se apunta es que en el primer caso no existe inconstitucionalidad en el tanto la norma habla de una “ejecución de la orden de deportación”, lo cual implica necesariamente la existencia previa de un agotamiento de todas las oportunidades de defensa de la persona deportada y por ello mismo el análisis y desestimación -se presume que fundado apropiadamente- por parte de la autoridad competente de cualquier situación relacionada con los vínculos familiares del deportado con alguna persona costarricense. De tal manera, se concluye no es inconstitucional que se prive de valor jurídico a la unión de hecho cuando lo que se pretenda enervar a través de ella una decisión administrativa firme y tomada luego del cumplimiento del debido proceso. Al respecto, la perspectiva del tribunal es diferente porque entiende que lo constitucionalmente correcto es que en materia migratoria la unión de hecho sea sometida al mismo régimen al que es sometido el matrimonio, de manera que el valor jurídico de uno y otra sean similares respecto del ejercicio de los poderes, deberes y en general de las competencias en materia migratoria establecidas en la ley. Por ello, el artículo impugnado en tanto fija reglas restrictoras sólo para la unión de hecho es inconstitucional, sin que importe si la restricción de la norma se refiere a posibilidad de obtener residencia o la posibilidad de dejar sin efecto la orden de deportación, porque en ambos casos, lo que se exige constitucionalmente es que en ambos casos la solución sea la misma, bien que se trate de matrimonio o de unión de hecho y además porque para estas dos situaciones se deja de tomar en cuenta el mayor peso que la Sala ha venido reconociendo a tales condiciones frente a las potestades migratorias, tal y como claramente se expresó en la sentencia 2003-7576, de repetida cita y que vale la pena transcribir en lo pertinente por su contundencia:

“...(D)esde la perspectiva del derecho constitucional, el principio de protección de la familia y el derecho a la unión familiar, han venido conformando una especie de excepción oponible al deseo de expulsión o deportación del Estado, en una variedad de situaciones de inmigración. La Directora General de Migración y Extranjería incurre en craso error, al aseverar en el informe rendido a esta Sala que la unión de hecho no genera derecho migratorio alguno, toda vez que en reiteradas ocasiones este Tribunal ha señalado que ante la existencia del calificado vínculo del matrimonio, u otro que implique el derecho a la unión familiar, la Ley General de Migración y Extranjería, así como las disposiciones migratorias adoptadas por el Estado, ceden ante la Constitución Política, y los instrumentos internacionales de los derechos humanos..”.

De tal manera, lo procedente es desestimar en este punto el argumento del órgano contralor y declarar con lugar la acción en todos sus extremos.

VIII.—**Conclusión.** De conformidad con todo lo que se ha expresado, el artículo 69 de la Ley de Migración y Extranjería número 8487 es inconstitucional en el tanto que priva incorrectamente de valor jurídico a la unión de hecho, decisión legislativa que está en clara contradicción con el derecho de la Constitución que más bien ha prestado atención a los aspectos materiales para ir equiparando

el tratamiento constitucional del matrimonio y la unión de hecho, por entender que ambos son expresiones válidas de la unidad familiar que el Constituyente y actualmente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos han querido relevar en ciertos casos por encima de la manifestación de soberanía estatal plasmada en el ejercicio de potestades en materia migratoria. Por ello, corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo discutido con las consecuencias del caso.

XI.—Los Magistrados Armijo Sancho y Cruz Castro, salvan el voto por las razones que exponen más abajo y declaran sin lugar la acción planteada, Por su partela Magistrada Abdelnour Granados concuerda con el voto de mayoría pero redacta nota separada. **Por tanto:**

Se declara con lugar la acción planteada y en consecuencia se anula por inconstitucional el artículo 69 de la Ley de Migración y Extranjería número 8487.- Esta sentencia tiene efectos declarativos y retroactivos a la fecha de vigencia de la norma anulada, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. Reséñese este pronunciamiento en el Diario Oficial *La Gaceta* y publíquese íntegramente en el *Boletín Judicial*. Notifíquese. La Magistrada Abdelnour Granados concuerda con el voto de mayoría pero redacta nota separada y los Magistrados Armijo Sancho y Cruz Castro, salvan el voto y declaran sin lugar la acción planteada.

Ana Virginia Calzada M.,Presidenta a. i./Luis P. Mora Mora/Gilbert Armijo S./Ernesto Jinesta L./Fernando Cruz C./Rosa María Abdelnour G./Horacio González Q.

Nota separada de la Magistrada Abdelnour Granados

El voto de mayoría declara inconstitucional el artículo 69 de la Ley de Migración, por no otorgar ningún efecto migratorio a la unión de hecho, por lo que no podrá alegarse con fines de eludir la ejecución de la orden de deportación, ni para pretender autorización de permanencia legal como residente. En esta resolución, la Sala anula la norma citada y equipara, para efectos migratorios, la unión de hecho al matrimonio, por lo que exige que esa unión de hecho sea declarada formalmente por un juez de familia, luego del respectivo proceso al efecto. Ya no resulta suficiente, entonces, la realización de un proceso sumarísimo en el que se demuestre el vínculo familiar. No obstante, la suscrita Magistrado considera que esa unión de hecho, judicialmente declarada, como indica el voto de mayoría, sí debe tener valor, pero únicamente para constituirse en un elemento más a tomar en consideración por las autoridades de la Dirección General de Migración y Extranjería, cuando deben resolver acerca de la situación migratoria de un extranjero y esto en consideración al derecho a la unión familiar, previa oportunidad concedida al extranjero para ejercitar su defensa, autoridades a las que, en todo caso, corresponde decidir si se debe emitir la orden de deportación o, cuando proceda, la autorización de permanencia legal en el país de esa persona, como residente. Por lo tanto, no es un elemento que impida, por sí mismo, el rechazo de la solicitud de residencia permanente y la consecuente deportación, ya que existe la obligación de todo extranjero de regularizar su situación migratoria y debe evitarse que se utilice, en este caso, la unión de hecho, aun la judicialmente declarada, para obviar el cumplimiento de los requisitos que establece la legislación costarricense en la materia. En cuanto a este último punto, concuro con el voto salvado, conforme al cual la unión de hecho no impide la deportación o la no autorización de residencia./Rosa María Abdelnour G., Magistrada

Voto particular de los magistrados Cruz Castro y Armijo Sancho, con redacción del primero:

La norma cuya inconstitucionalidad se declara se refiere a una situación en la que se pretende acreditar una unión que se funda, exclusivamente, en un hecho o condición que no tiene ningún reconocimiento de una autoridad administrativa o judicial, por esta razón ese hecho tan informal y que se ejecuta en medio de una flagrante ilegalidad, no puede impedir la ejecución de una orden de deportación, ni permite autorizar la permanencia en el país. Consideramos que esa disposición no se refiere a la unión de hecho que regula el código de familia, puesto que ésta se refiere a una situación jurídica legítima que debe cumplir con las exigencias del artículo 242 y 243 del Código de Familia, siempre que sea pública, notoria, única y estable, por más de tres años, declarada, además, por una autoridad judicial conforme a un procedimiento previamente establecido; como lo ha expresado esta instancia judicial, se trata de una fuente de "familia", que es algo más que una simple unión de hecho, que es el supuesto al que se refiere la norma cuya constitucionalidad se objeta. (ver votos de

esta instancia, números 1151-94 y 7521-2001) La unión de hecho que cumpla con las exigencias legales, reconocidas por una autoridad judicial, no es a la que se refiere el artículo sesenta y nueve de la Ley de Migración, por esta razón las limitaciones impuestas en la disposición legal recién mencionada, es aplicable en todos los casos en los que no exista una unión de hecho judicialmente declarada. En estos supuestos no se trata de una unión de hecho en sentido literal, como lo prevé la norma que se objeta, sino que es otra opción jurídica constitucionalmente reconocida de constituir la familia.

La política migratoria de un Estado enfrenta siempre limitaciones constitucionales y convencionales, especialmente cuando las medidas incidan en la unidad de un vínculo familiar reconocido como familia de hecho o de derecho, teniendo especial relevancia el interés superior del menor en relación a sus padres, así como el principio de no injerencia de los Estados en la vida privada de las personas. (ver voto de la Sala 2030-2006) Como bien lo ha establecido la Corte Europea (ver precedente del caso Ünder contra los países Bajos, solicitud 46410/99- resolución del 18/102006, según cita de la Procuraduría), las medidas migratorias restrictivas, como la que contiene el artículo 69 de la ley de migración, deben aplicarse sin desconocer la situación familiar del extranjero que pretende mantenerse en un país, tomando en cuenta, como indicadores determinantes, el tiempo de duración del matrimonio o de la familia de hecho judicialmente reconocida, así como otros factores que evidencien la efectividad de la vida de la pareja, así como la existencia de hijos, su edad y las dificultades que los miembros del núcleo familiar puedan enfrentar en el país al que se pretende expulsar al inmigrante. Todos estos criterios permiten establecer que la unidad familiar responde a una estabilidad y permanencia, excluyendo las hipótesis en las que las relaciones son transitorias, precarias o de conveniencia, convirtiéndose en una excusa legal artificial con la que se pretende enervar las potestades migratorias del Estado, que es la finalidad de la norma cuya constitucionalidad se objeta.

El artículo sesenta y nueve de la ley de Migración, no es inconstitucional siempre que se interprete que no es aplicable a los casos judicialmente declarados conforme a los artículos 242 y 243 del Código de Familia. Además, coincidimos con la observación que plantea la magistrada Abdelnour Granados, en el sentido que la unión de hecho, judicialmente declarada, es uno de los elementos de juicio que debe evaluarse junto con las otras exigencias legales, cuando las autoridades competentes resuelvan sobre la condición migratoria de un extranjero./Fernando Cruz C./Gilbert Armijo S.

San José, 20 de mayo de 2011

Gerardo Madriz Piedra
Secretario

1 vez.—(IN2011040632)