

PREMIO SENTENCIAS 2020

SEXTO FORO REGIONAL EN MATERIA DE
MIGRACIÓN Y PROTECCIÓN INTERNACIONAL:
LA RESPONSABILIDAD Y OBLIGACIONES DE LOS
ESTADOS FRENTE A LA COYUNTURA DEL COVID-19

1^{er} LUGAR

Ecuador

Expediente: Facultad de revisión de sentencias
en materia constitucional 335-13-JP/20

Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador

1^{er} LUGAR

Ecuador

Expediente: Facultad de revisión de sentencias
dictadas en procesos de garantías
jurisdiccionales 3897-11-JP/20

Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador

2^o LUGAR

Costa Rica

Expediente: Recurso de Apelación 19-0782-TAM

Tribunal Administrativo Migratorio

3^{er} LUGAR

México

Expediente: Amparo indirecto 54/2019

Juzgado Octavo de Distrito en el Estado de San Luis Potosí

MENCIÓN ESPECIAL

Ecuador

Expediente: 05202-2019-01771

Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez
y Adolescencia de Latacunga

RECONOCIMIENTO A EQUIPO LITIGANTE

México

Expediente: Juicio de Amparo indirecto 1597/2018

Juzgado Primero de Distrito en Materia de Amparo
de Juicios Federales en el Estado de Baja California

RECONOCIMIENTO A EQUIPO LITIGANTE

Argentina

Expediente: Nro. 81.740/2018

Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en
lo Contencioso Administrativo Federal.



Datos Generales de la Sentencia:

1. País donde fue emitida la sentencia: Costa Rica.
2. Órgano que emite la sentencia: Tribunal Administrativo Migratorio.
3. Nombre de las personas que dictaron la sentencia: Gabriela Richard Rodríguez, Richard Calderón Agüero y Esteban Lemus Laporte.
4. Instancia procesal en que se emite la sentencia: Instancia de Apelación/ Órgano de Segunda Instancia.
5. Materia de procedimiento: Extranjería.
6. Número de expediente: 19-0782-TAM.
7. Fecha de la sentencia: 12 agosto 2020.
8. Derechos materia de análisis: Derechos Humanos de las Personas Migrantes, Interés Superior de la Persona Menor de Edad.
9. Ordenamiento jurídico objeto del pronunciamiento: Convención sobre los Derechos del Niño entrada en vigor el 2 de setiembre de 1990, Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) N° 4534, entrada en vigor el 22 de noviembre de 1969, Ley General de Migración y Extranjería N° 8764, Código de la Niñez y la Adolescencia Costa Rica, Reglamento de Extranjería N° 37112-G.
10. Instrumento y/o criterio internacional invocado: Convención sobre los Derechos del Niño entrada en vigor el 2 de setiembre de 1990
11. Votación por la que fue adoptada: Mayoría
12. Votos concurrentes o disidentes: 1 Voto salvado.
13. Otro elemento de la sentencia que se considere relevante: Análisis del Interés Superior de la Persona Menor de Edad y Control de Convencionalidad.
14. Extracto de los hechos y fundamentos de la sentencia:

La resolución impugnada se da en el marco de un procedimiento de denegatoria del estatus de Residente Permanente por vínculo consanguíneo de primer grado con personas costarricenses menores de edad, denegatoria en virtud de condena a pena de prisión de ocho meses con ejecución condicional de la pena por tres años, por el delito de conducción temeraria. Dicha resolución impugnada no hace una valoración de la oportunidad y conveniencia de la denegatoria del estatus y sus efectos en la desintegración familiar, en particular sobre la afectación de los derechos de personas menores de edad, lo cual tampoco ha sido un tema de particular análisis en la jurisprudencia constitucional. Tampoco se realiza un análisis de convencionalidad en relación con el interés superior de la persona menor de edad, ya que en este caso la instancia recurrida (DGME) no acató la obligación de solicitar informe psico-social al Patronato Nacional de la Infancia (institución rectora en materia de niñez) para que se valorara la eventual afectación a los derechos de la persona menor de edad. Todos estos elementos se analizan en la resolución sometida a concurso y se llega a la conclusión de que lo procedente es anular la resolución recurrida para la correcta valoración del interés superior de la persona menor de edad.

15. Justificación que exponga los motivos por los que se considera que la sentencia fue emitida con perspectiva de Derechos Humanos, enfatizando el

Derecho de Acceso a la Justicia de Personas Migrantes o Sujetas de Protección Internacional:

Es conclusión por mayoría del Tribunal, que habiendo realizado análisis sobre los Principios del Debido Proceso, en relación a los alcances del Principio del Interés Superior de la Persona Menor de Edad y Los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad dentro del marco de la normativa constitucional, la normativa internacional de Derechos Humanos vinculante con el tema, la normativa infraconstitucional costarricense (Código de Niñez y Adolescencia, Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia), la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Sala Constitucional y la doctrina, la resolución de la primera instancia es incompleta a la luz de estos elementos. A través del análisis realizado, se entiende, que los citados principios establecen la obligación a las instancias migratorias de examinar cada caso conforme a los mismos y al Control de Convencionalidad, con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que desarrolla el principio del interés superior del niño y reconoce el deber de cumplimiento por parte de los Estados, procurando en el momento en que se toma una decisión de cancelación o expulsión, la misma no vulnera la esfera jurídica de una persona menor de edad y que representa una garantía para este sujeto, que su interés a largo plazo será tomado en cuenta y que el interés superior se manifestará y respetará, en concordancia con las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado Costarricense.

16. Folios en donde se encuentra el argumento principal por el cual se propone la sentencia: 10-24.

EXPEDIENTE: [REDACTED] / [REDACTED]
A NOMBRE DE: [REDACTED]
CONTRA: Dirección General de Migración y Extranjería
ASUNTO: Recurso de apelación

Resolución N° 937-2020-TAM

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO MIGRATORIO. San José, Costa Rica, a las diez horas cuarenta minutos del doce de agosto de dos mil veinte.

Se conoce recurso de apelación presentado por la persona extranjera [REDACTED] mayor, de nacionalidad nicaragüense, pasaporte número [REDACTED], fecha de nacimiento [REDACTED], contra la resolución número **135-[REDACTED]-Administrativa**, de las [REDACTED] horas con [REDACTED] del doce de marzo de dos mil diecinueve, de la Dirección General de Migración y Extranjería, que resolvió denegar la solicitud de Residencia Permanente Libre de Condición a la parte recurrente.

RESULTANDO

I. Que el **veintisiete de marzo de dos mil diecisiete**, ante la Dirección General de Migración y Extranjería, la persona extranjera [REDACTED] presentó escrito de solicitud de Residencia Permanente Libre de Condición por ser padre de personas de menores de edad costarricenses (folios 01-18).

II. Que mediante resolución número **135-[REDACTED]-Administrativa**, de las [REDACTED] horas con [REDACTED] minutos del veintidós de setiembre de dos mil diecisiete, y notificada de forma personal el cuatro de diciembre de dos mil diecisiete, la Dirección General de Migración y Extranjería previno a la parte interesada que en el plazo de diez días hábiles debía presentar los siguientes documentos de previo a conocer su solicitud (folio 14):

Depósito de doscientos dólares (US\$200), en la cuenta 242480-0 del Banco de Costa Rica, por concepto de cambio de categoría migratoria, de turista a Categoría Especial, el cual debe realizarse a nombre de la persona extranjera solicitante. De conformidad con lo establecido en el artículo 89 de la Ley general de Migración y Extranjería.

III. Que según Certificación de Antecedentes Penales del Poder Judicial, emitida el seis de marzo de dos mil diecinueve, se observa que el cinco de setiembre de dos mil dieciséis, el Tribunal Penal del III Circuito Judicial de San José, Sede [REDACTED], condenó a la persona extranjera [REDACTED] a una pena de ocho meses de prisión con ejecución condicional de la pena por un plazo de 3 años, por el delito de conducción temeraria (folio 21).

IV. Que mediante resolución número **135-[REDACTED]-Administrativa**, de las [REDACTED] horas con [REDACTED] minutos del doce de marzo de dos mil diecinueve, notificada de forma automática el **veintiocho de marzo de dos mil diecinueve**, la Dirección General de Migración y Extranjería, resolvió denegar la solicitud planteada, por el antecedente penal antes referido. (folios 37-41).

V. Que mediante escrito presentado ante la Dirección General de Migración y Extranjería, el **tres de abril de dos mil diecinueve**, la persona extranjera [REDACTED], presentó recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución antes indicada (folios 42-45).

VI. Que mediante resolución número **135-[REDACTED]-Administrativa**, de las [REDACTED] horas con [REDACTED] minutos del nueve de agosto de dos mil diecinueve, la Dirección General de Migración y Extranjería conoció el recurso de revocatoria rechazándolo y elevó los autos ante este Tribunal y emplazó la parte recurrente a apersonarse ante este Tribunal a señalar medio para notificaciones (folios 56-64).

En los procedimientos seguidos ante ésta instancia, se han observado las prescripciones legales. Previa deliberación, se dicta resolución.

CONSIDERANDO

I. Competencia

De conformidad con los artículos 28, 29, 221, 225, 228 y 229 de la Ley General de Migración y Extranjería No. 8764, este Tribunal es competente para conocer de los recursos de apelación planteados contra las resoluciones finales y las medidas cautelares dictadas por la Dirección General de Migración y Extranjería en materia migratoria.

Se presenta para conocimiento de este Tribunal, un recurso de apelación presentado en tiempo y forma contra una resolución dictada por la Dirección General de Migración y Extranjería, por lo que este órgano colegiado resulta competente para el conocimiento del presente recurso.

II. Admisibilidad

De conformidad con el artículo 225 de la Ley General de Migración y Extranjería, la parte recurrente contaba con un plazo de tres días hábiles, para presentar su recurso de apelación en subsidio. Con vista a folios **37 a 45** del expediente administrativo, se desprende que la resolución impugnada fue notificada de forma automática el **veintiocho de marzo de dos mil diecinueve** y el recurso fue presentado el **tres de abril del mismo año**; teniendo en consideración que la primera instancia no previno a la parte interesada acerca de la obligatoriedad de señalar un medio idóneo para recibir notificaciones, se tiene que el recurso fue presentado en tiempo y forma, por lo tanto es admisible.

III. Hechos probados

De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente acreditados y demostrados los siguientes hechos:

a. Que el veintisiete de marzo de dos mil diecisiete, la persona extranjera [REDACTED] [REDACTED] presentó escrito de solicitud de Residencia Permanente Libre de Condición por ser padre de persona ciudadana costarricense.

b. Que según certificación de antecedentes penales emitida el seis de marzo de dos mil diecinueve, la persona extranjera [REDACTED] fue condenado el cinco de setiembre de dos mil dieciséis, a una pena de ocho meses de prisión con ejecución condicional de la pena por un plazo de 3 años, por el delito de conducción temeraria.

c. Que la persona extranjera [REDACTED], es padre de las personas menores de edad: [REDACTED], nacida el [REDACTED] (folio 18); [REDACTED], nacida el [REDACTED] (folio 19).

IV. Hechos no probados

V. Que la Dirección General de Migración y Extranjería contemplara, para el caso concreto, el análisis del interés superior de los menores de edad involucrados dentro del procedimiento de denegatoria de la cédula de residencia de la parte recurrente, bajo criterios de razonabilidad o proporcionalidad como parte del debido proceso.

VI. Consideraciones de fondo

VI.i. Generalidades

Previo a referirnos al caso en concreto, resulta necesario señalar que este órgano colegiado ha reconocido que además de ser competente para conocer de los recursos de apelación, como el caso que nos ocupa, resulta también competente para que en ocasión del trámite en alzada, se realice una valoración del procedimiento desplegado y que la solución adoptada por la primera instancia se encuentre ajustada al ordenamiento jurídico de manera integral. Este análisis va más allá de los argumentos establecidos en el escrito recursivo y encuentra su motivación, principalmente, en el principio de falta de formalismos dentro del procedimiento administrativo, el debido proceso, la aplicación integral de la Ley 8764 y el control de convencionalidad.

Es por lo anterior que, en este caso en particular, se debe cotejar que la resolución número **135-**[REDACTED] **Administrativa**, de las [REDACTED] horas con [REDACTED] minutos del doce de marzo de dos mil diecinueve, se haya dictado en fiel apego al ordenamiento jurídico vinculante, y para ello cabe realizar un breve análisis de los argumentos de validez del acto administrativo, mismo que depende de la concurrencia de los elementos exigidos por el ordenamiento jurídico, los cuales se dividen en **formales** y **materiales**.

Dentro de los **formales** se identifica la forma de manifestación del acto (oral o escrito, de forma tácita, implícita o presunta), la motivación (referida a la expresión de las circunstancias de hecho y de derecho que lo producen, identificada normalmente en la parte considerativa del acto) y el procedimiento administrativo (entendido en sentido amplio como los pasos previos normales para la emisión del acto).

Por su parte los **materiales**, se dividen en subjetivos y los objetivos. Los primeros se refieren a la competencia del órgano o del funcionario que emite el acto, la regularidad en la investidura del funcionario, la legitimación para dictar el acto y la voluntad. Los elementos materiales objetivos, contienen el motivo, que refiere a los antecedentes, presupuestos o razones de derecho y de hecho que hacen necesaria la emisión del acto; el contenido, que corresponde a lo que materialmente el acto declara, dispone, ordena, certifica o juzga, y por último el fin, que es el resultado meta-jurídico (valor) y objetivo que persigue el acto.

De conformidad con lo establecido en el artículo 128 de la Ley General de la Administración Pública, se considera válido el acto conforme al ordenamiento y a su vez el artículo 166, del mismo cuerpo normativo, establece la nulidad absoluta del acto cuando faltan totalmente uno o varios elementos constitutivos, o cuando uno es imperfecto e impide la realización del fin. Por su parte el artículo 174 de la LGAP hace referencia a la nulidad absoluta, indicando que la administración estará obligada a anular de oficio el acto absolutamente nulo.

Aclarado lo anterior, corresponde entrar a analizar el fondo del asunto para determinar si existen vicios en el acto impugnado que deban ser declarados y por ende, proceder a decretar su anulación.

VI.ii. Sobre los alegatos de la parte recurrente

Referente al recurso interpuesto, la persona extranjera [REDACTED] alega en lo más relevante del recurso de apelación: **1)** que ya cumplió la condena impuesta, además que por no tener antecedentes penales no fue privado de su libertad en un centro penitenciario; **2)** que la condena penal fue a causa de un hecho ocurrido en ciertas circunstancias y en un momento determinado, pero no a un comportamiento delictivo de su parte, es decir, es una persona de buen comportamiento; **3)** que es padre de un hijo costarricense y se hace cargo de su crianza y manutención, además de ser el único sustento económico de su familia, además desde hace cuatro años se encuentra pagando pensión alimentaria para sus otras dos hijas.

Sobre este aspecto, debe indicarse que la Ley 8764 es clara, en sus artículos previamente transcritos, respecto a que el haber cumplido condena por la comisión de un delito doloso, como lo es en este caso, es causal suficiente para que la autoridad migratoria deniegue el trámite del estatus migratorio solicitado.

VI.iii. De la facultad del estado costarricense de denegar el estatus jurídico a las personas extranjeras

El derecho de residir en el país y disponer de una condición migratoria vigente, no resulta ser un derecho absoluto, sino que el legislador, tal y como se colige en el artículo 70 de la Ley número 8764, estableció que si la persona ha desplegado una conducta delictiva dolosa en los últimos diez años, sea en Costa Rica o en otro país, no se autorizará su permanencia legal en el país.

Para abordar el caso concreto, al respecto, el artículo 70 previamente citado, indica:

ARTÍCULO 70.-

Dentro de ese orden de ideas, resulta necesario señalar que para que exista garantía de respeto al derecho al debido proceso, no basta con que exista un procedimiento administrativo, formalmente constituido en la normativa vigente para denegar la condición migratoria a una persona extranjera, sino que se deben generar también, los mecanismos necesarios para que la persona menor de edad costarricense que resulte afectada con alguna decisión de carácter administrativo, -siendo este el supuesto que nos ocupa-, tenga la posibilidad de ejercer un verdadero derecho de defensa, es decir, que tenga la posibilidad de exponer o que su representante lo haga a su nombre, sus argumentos, pero además, que exista la posibilidad legal de que La Administración pueda analizarlos y resolver conforme a dicho análisis.

Por otro lado, la Sala Constitucional ha señalado que el derecho de defensa o derecho al debido proceso en materia administrativa debe comprender al menos, las siguientes etapas; notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento, derecho de ser oído y oportunidad del interesado para presentar argumentos y producir prueba que considere pertinente, oportunidad para el administrado, en este caso los menores de edad costarricenses hijos de la parte recurrente de que se defendieran sus derechos, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos vinculados con la cuestión de que se trate, derecho de la persona menor de edad de hacerse representar y asesorar por la Institución Pública que le asiste tutelar los derechos vinculados a dichas personas menores de edad, notificación adecuada de la decisión que dicta la administración y los motivos en que ella se funde, y el derecho del interesado de recurrir la decisión dictada

En el presente caso, ha sido constatado que la Dirección General de Migración y Extranjería se limitó a transcribir y hacer referencia para el sustento del caso concreto, el artículo 70 de la Ley General de Migración y Extranjería, es decir, a las causales de denegatoria de la permanencia en el país por condena penal y por antecedentes o actuaciones que constituyan amenaza en materia de seguridad y orden públicos. Y en lo particular, cita en el considerando cuarto de la resolución recurrida, el Voto **10269-2010** de la Sala Constitucional, el cual declaró sin lugar un recurso de amparo presentado contra la citada Dirección General, por denegatoria de una solicitud de permanencia por vínculo de madre de menor de edad costarricense, Voto en el cual no se hace precisión si en el caso específico, se afecta el interés superior o no, y simplemente refiere el Voto, a que no se le están afectando derechos a la parte amparada.

Este cuerpo colegiado considera que la resolución recurrida está impregnada de mera legalidad, aplicando una interpretación gramatical de la norma sin margen de discrecionalidad, dejando de lado el control de convencionalidad, principio del derecho internacional que tratándose de derechos humanos, en Costa Rica conforman además, el bloque de constitucionalidad, según artículos 7 y 48 de la Constitución e incluso priman sobre la misma constitución, siempre que el derecho fundamental a tutelar se encuentre mayormente protegido por normas de carácter internacional, esto según interpretación que se hace en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Costarricense.

Al respecto, es importante tener presente, que la Constitución Política establece en su artículo 7 que:

"los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día en que ellos designen, autoridad superior a las leyes".

Según lo ha manifestado la Sala Constitucional:

"de conformidad con el artículo 7 de nuestra Constitución, los tratados o Convenios Internacionales, como fuente normativa de nuestro ordenamiento jurídico, ocupan una posición preponderante a la de la ley común. Ello implica que, ante la norma de un tratado o convenio, -denominación que para efectos del derecho internacional es equivalente- cede la norma interna de rango legal".

Pero además, siendo aún más específica, la Sala Constitucional en el Voto 2313-1995, señala que:

"Sobre esto debe agregarse que en tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución (vid. sentencia N° 3435-92 y su aclaración, N° 5759-93)".

Este Tribunal considera oportuno reiterar, como se ha señalado supra, la potestad o función del ejercicio del control migratorio que posee la Dirección General de Migración y Extranjería, el cual tiene como propósito el resguardo de la seguridad nacional, el interés y el orden público, así mismo, existen diferentes artículos de la Ley General de Migración y Extranjería que regulan esa función y establecen que la protección de esos intereses comunes deben ser la fundamentación y orientación de las principales acciones migratorias de dicha institución, lo cual tiene sustento en el artículo 19 de La Constitución Política, respecto al tratamiento de las personas extranjeras, como en el presente caso a quienes se le cancela la condición migratoria o son objeto de expulsión, versus los derechos que se podrían ver afectados por personas directamente ligadas a esos, como por ejemplo personas menores de edad, a las cuales también los protegen derechos constitucionales, en particular los artículos 48 y 51, e instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

En ese sentido, es correcto que las autoridades migratorias procedan con la denegatoria de la autorización de permanencia legal en el país o se impulse un procedimiento administrativo de cancelación o de expulsión, de una persona extranjera que represente un peligro inminente para la sociedad, que comprometa la paz, la tranquilidad y el orden público, que ponga en riesgo la seguridad de las personas que habitan en el país; sin embargo, para llegar a la decisión, se hace necesario realizar análisis de fondo en cada caso, bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad como lo indica la Sala Constitucional, que permita determinar el grado de peligrosidad de la persona extranjera, pero también determinar el grado de protección del principio interés superior de las personas menores de edad que pudiesen ser afectados con la decisión administrativa, por lo que no basta con la sola constatación de una sentencia judicial para denegar una solicitud de residencia permanente, cancelar una condición migratoria u ordenar una expulsión, sino que se hace necesario un análisis integral del derecho involucrado en relación con la integralidad de la Ley 8764.

En ese orden de ideas, esta instancia es del criterio que existe violación al principio del debido proceso, en los casos que no se realiza un análisis de razonabilidad y proporcionalidad, como es el presente caso, por cuanto no existe un análisis de fondo de la gravedad del delito cometido, del perfil de peligrosidad de la

persona extranjera (por ejemplo, si se trató de la comisión de un delito aislado o si el mismo es reincidente, o si a la persona a la que se le quiere sancionar administrativamente forma parte de algún grupo vulnerable, si son padres de personas menores de edad, entre otros).

En relación con los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad, la Sala Constitucional ha señalado lo siguiente:

"³ («) El principio de proporcionalidad y razonabilidad de la sanción es de carácter general y se aplica tanto al Derecho Penal como al Derecho Administrativo Sancionador. Consiste en la necesaria relación que debe existir entre la gravedad de la conducta, el objeto de tutela y la consecuencia jurídica... Y más adelante se concluye señalando: ³«en el caso del Derecho Administrativo, lo que se exige es una relación de proporcionalidad entre la conducta y la sanción, consideradas en abstracto; atendiendo a los fines específicos de las sanciones administrativas” Voto 2013-6119.

También debe tenerse en cuenta, que la Sala Constitucional, mediante centenares de resoluciones, ha establecido la procedencia de la cancelación de residencia según la normativa que sobre dicha disposición administrativa ha imperado e impera; sin embargo, ha señalado en esta misma jurisprudencia, la necesidad que dicho acto se realice bajo el análisis de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, entre la citada jurisprudencia se encuentran los votos 2004-10022, 2011-5520 y 2013-5836.

De ahí, que las leyes y en general, las normas y los actos de autoridad requieran para su validez, no sólo haber sido promulgados por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también pasar la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución y las normas de carácter internacional cuando estas tutelen derechos fundamentales más ampliamente que las normas costarricenses, como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, que se configuran como patrones de razonabilidad.

Dentro de este análisis de razonabilidad y proporcionalidad, en el caso concreto, la Dirección General de Migración y Extranjería, debió tomar en cuenta, dado que existen personas menores de edad que podrían verse afectadas con la decisión a tomarse: los artículos 48 y 51 de la Constitución Política, artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 23 párrafo 1º del Protocolo Internacional de derechos civiles y políticos, del diecinueve de diciembre de 1966, artículos 2 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo XVI del Protocolo de San Salvador de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención de los Derechos del Niño, el Código de la Niñez y la Adolescencia, los artículos 1 y 6 inciso 7) de la Ley General de Migración y Extranjería y entre otros los artículos 1 a 4 de la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, normativa que no fue tomada en cuenta por la autoridad migratoria para dictar una resolución debidamente razonada, lo que constituye un vicio de nulidad absoluta.

Por lo antes argumentado, es por lo que considera este Tribunal, que es importante el análisis de razonabilidad y proporcionalidad cuando se va a determinar una decisión administrativa, como es la cancelación de un estatus migratorio o la expulsión de una persona extranjera, ya que si en dicho análisis, por ejemplo, se determina respecto a una de las particularidades del caso concreto, que no se afecta razonablemente la condición de una persona menor de edad costarricense, respecto a un derecho contenido

dentro del interés superior, entonces dicha decisión se sostiene argumentativamente con el resultado del análisis. La dificultad para justificar tal decisión, se presenta cuando se carece de dicho análisis, como es el caso que nos ocupa.

Los principios de razonabilidad y proporcionalidad implican, que el Estado pueda limitar o restringir el ejercicio abusivo del derecho, pero debe hacerlo en forma tal que la norma jurídica se adecue en todos sus elementos, como el motivo y el fin que persigue, con el sentido objetivo que se contempla en la Constitución. Quiere ello decir, que debe existir una proporcionalidad entre la regla jurídica adoptada y el fin que persigue, referida a la imperiosa necesidad que la ley satisfaga el sentido común jurídico de la comunidad, expresado en los valores que consagra la misma Constitución.

Ha de tener claro la autoridad migratoria, que en ambos niveles de análisis tanto en la razonabilidad como en la proporcionalidad se debe tomar en cuenta las situaciones de vulnerabilidad de ciertos grupos de personas afectadas de forma indirecta, como son los hijos menores de edad costarricenses de personas extranjeras que son objeto de denegatoria o cancelación de una condición migratoria, o son expulsados, esto aun cuando las mismas no sean alegadas por la parte recurrente, como lo puede ser una persona menor de edad. Tómese en cuenta y de ello desconoce este Tribunal, si la Dirección General a la fecha que se dicta la presente resolución, tiene conocimiento si las personas menores de edad, hijas de la parte recurrente, se les ha valorado sus condiciones psicológicas y materiales, respecto a su progenitor o progenitora.

En el caso en específico, la resolución recurrida es ayuna en fundamentar porqué la decisión tomada es razonable y proporcional según el tipo de delito cometido en relación con las situaciones particulares y personales de las personas menores de edad costarricenses, hijas o hijos de la persona extranjera de referencia, según consta en el expediente.

En ese sentido, resulta imperativo que la autoridad migratoria, realice un análisis adecuado de los elementos propios de cada proceso de denegatoria de una solicitud de residencia permanente, cancelación de la condición migratoria, expulsión de una persona extranjera o hasta la misma deportación, de forma tal que se determine con precisión que esa decisión es la única medida posible para garantizar la paz, la seguridad y el orden público, en concordancia con los derechos estatuidos en la Constitución Política y los instrumentos de Derechos Humanos vinculantes.

Este cuerpo colegiado considera que la normativa migratoria vigente es omisa en regular con claridad ciertas situaciones que se encuentran contempladas en instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país, por lo que consideramos que el artículo 70 de la Ley migratoria, no debe constituirse en norma de mera constatación, sino que cada caso que sea sometido a dicho trato, debe de pasar un riguroso análisis de razonabilidad y proporcionalidad, ya que la denegatoria de una condición migratoria, la cancelación de un estatus migratorio o la expulsión, son las sanciones administrativas posibles más gravosas que contempla dicha normativa y que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, gozan de un estatus jurídico superior a la ley, por cuanto conforman el bloque de constitucionalidad, como se indicará posteriormente.

Esta instancia estima necesario reiterar, que la existencia de vínculos familiares con personas menores de edad nacionales o extranjeras, la situación etaria de un extranjero, su arraigo o cualquier otro que deba tomarse en cuenta, no supone la impunidad de una persona extranjera que ha cometido un delito según la legislación penal vigente; sin embargo, cuando trata de actuaciones administrativas que tienen incidencia en la esfera jurídica de personas menores de edad, son elementos que deben tomarse en cuenta al analizar la procedencia de la denegatoria de la residencia como en el presente caso, la deportación, expulsión y la cancelación de la condición migratoria legal autorizada.

Así las cosas, este Tribunal concluye que los principios de proporcionalidad y razonabilidad, deben ser contemplados como parte del debido proceso en los procesos de denegatoria de la persona extranjera con antecedentes penales donde se puedan afectar derechos de personas menores de edad.

VI.vi. Sobre el Principio del Interés Superior de la Persona Menor de Edad

Resulta de vital trascendencia para la resolución del caso concreto, poner en contexto jurídico y conceptual, el término: principio del interés superior del niño.

La Observación General No. 14, del Comité de los Derechos del Niño de la ONU, del 29 de mayo de 2013, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, señala que:

"el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño. El Comité ya ha señalado que "lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención"

En relación al principio del interés superior del niño, la Convención sobre los derechos del niño, en sus artículos 2, 4, 5, 7, 9, 18, 19 y 27 establece que: *los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.*

Se puntualiza además, que los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención. Se precisa que el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Se dispone, que los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de

sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

La Convención agrega, que en cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 9, que se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones y agrega, que los Estados respetarán, el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. La Convención sigue precisando, que los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño y que incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales, la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño y su preocupación fundamental será el interés superior del niño. Sigue estatuyendo la Convención, que a los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y que los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

La Convención insiste en que los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social y que a los padres u otras personas encargadas del niño, les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. Se agrega, que los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera y adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención.

Mediante la Resolución 04/19 aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 7 de diciembre de 2019, se adoptaron los Principios Interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, incluidos los refugiados, los apátridas y las víctimas de la trata de personas. En dicha resolución, respecto al principio superior del interés del niño, se adoptaron los principios 10 y 11, los cuales establecen:

Principio 10: Interés superior del niño, niña o adolescente.

El interés superior del niño, niña o adolescente debe ser una consideración primordial en todas las medidas concernientes a la niñez. El interés superior del niño, niña o adolescente se refiere a su desarrollo integral, entendido en un sentido amplio que incluya sus necesidades materiales básicas, físicas, educativas y emocionales, así como su necesidad de afecto y seguridad y se aplica a todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna.

Este principio implica que, en todas las acciones o decisiones que se tomen y que afecten o se refieran a niños, niñas y adolescentes en todas las esferas de la vida, las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las

autoridades administrativas o los órganos legislativos deben tomar en cuenta y dar prioridad a los intereses del niño, niña o adolescente. Este principio debe ser priorizado en el momento de diseñar políticas públicas y redactar leyes y regulaciones que se refieran a la niñez, así como a su aplicación en todos los ámbitos que afecten la vida del niño, niña o adolescente.

Cualquier política migratoria y decisión administrativa o judicial relacionada con la entrada, estancia, detención, expulsión o deportación de un niño, niña o adolescente o cualquier acción del Estado considerada en relación con algún de sus progenitores, cuidador primario o tutor legal, incluidas las medidas adoptadas en relación con su condición de migrante, deben priorizar a la evaluación, determinación, consideración y protección del interés superior del niño, niña o adolescente involucrado.”

Principio 11: Derecho de la niñez a ser escuchada, expresar opiniones y participar

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a expresar libremente sus opiniones en todos los asuntos que les afecten, debidamente ponderadas según su edad y grado de madurez y la capacidad evolutiva del niño, niña o adolescente.

En cualquier proceso judicial o administrativo que les afecte, los Estados se comprometerán a asegurar que los niños, niñas y adolescentes migrantes tengan derecho a expresar libremente sus opiniones en su propio idioma, ya sea directamente o por medio de un representante o un órgano competente.

Se escuchará a los niños, niñas y los adolescentes independientemente de sus progenitores o tutores legales, y se incluirán sus circunstancias individuales en la consideración de los casos que influyan en la situación migratoria de sus familiares.

Se proveerá a los niños, niñas y adolescentes toda la información pertinente a los mecanismos de presentación de denuncias, procesos de migración y asilo y sus resultados. La información se les proporcionará en su propio idioma y en forma oportuna, con sensibilidad respecto del niño, niña y adolescente y de manera adecuada a su edad, a fin de que se pueda hacer oír su voz y se le tenga debidamente en cuenta en los procesos, con el debido respeto del principio de privacidad.

Los Estados deben adoptar medidas dirigidas a facilitar la participación de todos los niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración internacional y la movilidad humana en el diseño, implementación, monitoreo y evaluación de las políticas que les afecten directa o indirectamente, en forma individual o grupal, incluso en las esferas de las políticas sociales y los servicios sociales. Para que el principio sea eficaz, equipos multidisciplinarios deben estar involucrados en este proceso.”

El Código de la Niñez y la Adolescencia es preciso al señalar en los artículos 29, 30 y 31, que: el padre, la madre o la persona encargada están obligados a velar por el desarrollo físico, intelectual, moral, espiritual y social de sus hijos menores de dieciocho años; que las personas menores de edad tendrán derecho a conocer a su padre y madre; asimismo, a crecer y desarrollarse a su lado y ser cuidadas por ellos. Tendrán derecho a permanecer en su hogar del cual no podrán ser expulsadas ni impedidas de regresar a él, salvo decisión judicial que así lo establezca, que las personas menores de edad tendrán derecho de crecer y ser educadas en el seno de una familia y siempre se les asegurarán la convivencia familiar y comunitaria. La normativa referida, no establece ni reconoce que el derecho de desarrollarse en familia de la persona menor de edad, debe darse en compañía de uno de los padres, o bajo la tutela del Patronato Nacional de la Infancia, más bien dicha normativa es reiterativa que es su derecho a desarrollarse en compañía de ambos padres,

El derecho de las personas menores de edad a permanecer con sus padres, como derecho componente del interés superior de la persona menor de edad, en el derecho costarricense y su aplicación práctica.

Este Tribunal considera, que la protección que por Ley corresponde al Estado realizar al citado grupo etario en el plano individual, a través del Patronato Nacional de la Infancia, es excepcional, y es cuando la persona menor de edad ha sido objeto de abandono de ambos progenitores o alguno de ellos, son calificados como personas no aptas para la compañía y desarrollo integral de las personas menores de edad y además los familiares idóneos, tampoco cumplen con dicho perfil. Estas son soluciones que le corresponden al Estado cumplir por mandato constitucional y legal, pero como última ratio. Lo primero que se debe tutelar, según la normativa vinculante es la vida en familia de la persona menor de edad, en compañía de sus padres, salvo que estudios pertinentes y atinentes establezcan lo contrario, respecto de los antecedentes de los padres. Por lo menos esto debería cumplirse, según los alcances del inciso k) del artículo 4 de la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia.

Enfoque que la jurisprudencia de la Sala Constitucional le imprime al Principio del Interés Superior de la Persona Menor de Edad y que además reconoce su cumplimiento efectivo.

La Sala Constitucional ha sido constante hasta hoy, en su delineamiento constitucional, del rango de cumplimiento que goza en el derecho de la constitución, el principio del interés superior del niño, muestra de ello entre otros, están los votos números, 2003-5117, 2004-1020, 2004-8759, 2005-4274, 2005-11262, 2007-10306-2008-7782, 2008-15461, 2011-12458, 2013-10132, 2018-20800 del 12 de diciembre de 2018, 2019-1543 del 29 de enero de 2019 y 2019-13151 del 16 de julio de 2019.

La anterior consideración, la adoptamos sustentada en la contundencia y precisión que hace dicha instancia jurisdiccional sobre los alcances de dicho principio en el derecho de la constitución costarricense, y muestra de ello es lo que se cita del considerado **IV** del Voto número **10132-2013**, que señala textualmente:

*"IV.- El interés superior del menor. De igual manera, diferentes instrumentos internacionales reconocen e imponen el deber estatal de prestar particular protección a los derechos de los niños y las niñas; desde instrumentos declarativos como la misma Declaración Universal, y especialmente a partir de la aprobación y vigencia de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, se ha dado un impulso determinante en la protección de este grupo especial, procurando que en todo momento se brinde la adecuada asistencia y respeto de los derechos a él reconocidos. La jurisprudencia de la Sala es contundente en reconocer la protección que debe otorgarse a los derechos de los niños y las niñas, reconociendo, igualmente, al interés superior del niño su condición y naturaleza de principio general que, como tal, forma parte del ordenamiento jurídico y debe ser aplicado para que rijan y gobierne toda actividad administrativa y judicial relacionada con las personas menores de edad. Este reconocimiento del interés superior del niño como principio general que forma parte e informa a la globalidad del ordenamiento, ha llevado a la Sala a brindar y ordenar protección especial a los menores en materias tan diversas como la protección de su imagen e identidad, el resguardo de la imagen e identidad de los menores en conflicto con la ley, **y a controversias suscitadas en asuntos migratorios**, de salud y de familia (ver, entre otras, sentencias números 2003-5117, 2004-1020, 2004-8759, 2005-4274, 2007-10306 y 2008-7782). **En este sentido, como principio general reconocido y plenamente aplicable, al interés superior del niño no le es oponible norma o decisión alguna administrativa o judicial- que le contradiga, salvo que en circunstancias determinadas se encuentre en liza la aplicabilidad de algún otro principio general del mayor nivel, en cuyo caso el operador jurídico deberá***

atenerse a la prueba de ponderación y al rol de cada principio en el caso particular. De tal forma, ignorar el carácter principal del interés superior del niño desatendiendo su aplicación estricta en aquellos casos que involucren a personas menores de edad, resulta contrario a los reconocimientos que sobre el particular efectúa el Derecho de la Constitución, a la vez que da margen para situarse en una posición de vulnerabilidad frente al mandato del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En otras palabras, las autoridades administrativas y judiciales tienen la obligación de reconocer y aplicar el principio general del interés superior del niño, en perfecto acatamiento de su carácter de principio, de los mandatos establecidos por el Derecho de la Constitución, incluso ideando mecanismos apropiados y soluciones consecuentes de conformidad con lo ordenado por el referido artículo 2 de la Convención Americana (ver sentencia número 2008-015461 de las 15:07 horas del 15 de octubre de 2008).” El resaltado no corresponde al original.

En el reciente voto No. **2018-20800** del 12 de diciembre de 2018, la Sala Constitucional, sustentada en lo resuelto en el categórico voto No. **2005-1162**, cita:

"V. - Dada la vinculación de la acción aquí planteada con los derechos fundamentales de las personas menores de edad involucradas en los procesos de pensión alimentaria, conviene hacer algunas consideraciones sobre el interés superior del niño. En reiteradas sentencias este Tribunal Constitucional ha desarrollado su fundamento convencional y constitucional, en este sentido, en la sentencia n° 2005-11262 de las 15:00 horas de 24 de agosto de 2005 se dispuso lo siguiente:

"(...) III.- Sobre el interés superior del niño (a).- En materia de los derechos especiales que tienen los niños se encuentran varias normas de rango constitucional, internacional e infraconstitucional; reconociéndose en todas ellas el interés superior del niño (a) como criterio de toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años. "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" así reza el artículo 51 de nuestra Carta Magna. En igual sentido la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (aprobada y ratificada por nuestro país, mediante, la Ley No. 7184 del 18 de julio de 1990, la cual entró en vigencia, a tenor del numeral 2 de ese instrumento legal, el día de su publicación en La Gaceta No. 149 del 9 de agosto de 1990), le establece una serie de derechos a cualquier niño, independientemente, de su raza o nacionalidad (artículo 2º), tales como: el derecho a ser cuidado por sus padres (artículo 7º), el derecho a un "nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social" reconociéndose a los padres como los responsables primordiales de proporcionarles las condiciones de vida necesarias para su desarrollo y el deber del Estado de adoptar "medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho" (artículo 27) y en caso de tratarse además de un niño (a) mental o físicamente impedido el derecho a "disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren dignidad, permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad" además de "recibir cuidados especiales" (artículo 23). Por otro lado, la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, precisa en su artículo 16, párrafo 3º, que "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene el derecho a la protección de la sociedad y del Estado" (en idéntico sentido artículo 23, párrafo 1º, del Protocolo Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 19 de diciembre de 1966). Por su parte, el artículo 25, párrafo 2º, de la supraindicada Declaración señala que "La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales..." y, finalmente, en el artículo 24, párrafo 1º, se establece que "Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna... a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado". **De las normas de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos transcritas, resulta, a todas luces, que los Estados tienen como deberes fundamentales la protección del interés superior del niño, evitando la desmembración del núcleo**

familiar y promover las condiciones necesarias para que gocen de la presencia permanente de la autoridad parental en especial cuando el niño (a) requiere cuidados especiales. Los derechos humanos o fundamentales y las obligaciones correlativas de los poderes públicos, han sido también, desarrollados en el plano infraconstitucional, tenemos así el Código de la Niñez y de la Adolescencia en general y la Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, cuando se trate además de un niño (a) con necesidades especiales. Así, el Código de la Niñez y de la Adolescencia (Ley No. 7739) puntualiza que el norte interpretativo de toda acción pública o privada debe ser el interés superior del niño (artículo 5º). El ordinal 12 de ese cuerpo normativo estipula que el Estado deberá garantizar el derecho a la vida "con políticas económicas y sociales que aseguren condiciones dignas para la gestación, el nacimiento y el desarrollo integral". El numeral 29 establece la obligación del padre, la madre o la persona encargada de "velar por el desarrollo físico, intelectual, moral, espiritual y social de sus hijos menores de dieciocho años" y de "cumplir con las instrucciones y los controles que se prescriban para velar por la salud de las personas menores de edad bajo su cuidado" (artículo 45). Por su parte, además de todo lo dicho, cuando el niño (a) requiera de necesidades especiales en razón de su discapacidad entendida como "una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social" (artículo I de la Convención Americana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad) es aplicable además los derechos de las personas discapacitadas, reconocidos también en normas internacionales (Convención Americana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad ratificada por la Asamblea Legislativa mediante Ley N° 7948) y con rango legal la Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad N° 7600, publicada en La Gaceta del 29 de mayo de 1996. Así pues, a las personas discapacitadas se les debe garantizar igualdad de oportunidades, mediante la supresión de todos los obstáculos determinados socialmente, ya sean físicos, económicos, sociales o psicológicos que excluyan o restrinjan su plena participación en la sociedad, en este sentido define el artículo 2 la estimulación temprana cuando dice que es toda aquella "atención brindada al niño entre cero y siete años para potenciar y desarrollar al máximo sus posibilidades físicas, intelectuales, sensoriales y afectivas, mediante programas sistemáticos y secuenciados que abarcan todas las áreas del desarrollo humano..." y el artículo 13 de la Ley General de Salud No. 5395, del 30 de octubre de 1973 cuando reconoce el deber de los padres y el Estado de velar por la salud y el desarrollo de los niños: **"Los niños tienen derecho a que sus padres y el Estado velen por su salud y su desarrollo social, físico y psicológico. Por tanto, tendrán derecho a las prestaciones de salud estatales desde su nacimiento hasta la mayoría de edad. Los niños que presenten discapacidades físicas, sensoriales, intelectuales y emocionales gozarán de servicios especializados."** **En conclusión, luego de todo lo dicho es claro que a los niños le asisten una serie de derechos especiales y correlativamente al Estado y los padres o encargados de los niños le asisten una serie de obligaciones y deberes para con ellos, más aún cuando se trate de niños con necesidades especiales, todo lo cual tiene respaldos en numerosos instrumentos internacionales, en nuestra Constitución Política y en normas legales.(...)"**

En este orden de consideraciones, cabe destacar lo dispuesto en el artículo 3, párrafo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual establece que "1. En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. (...)". A propósito de la norma precitada, el Comité de los Derechos del Niño, en la "Observación general n° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)", indica que el enfoque para garantizar la plena aplicación del concepto de interés superior del niño debe estar "basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana". A su vez, subraya que el interés superior del niño es un concepto triple, a saber: a) un derecho sustantivo de aplicación directa, b) un principio jurídico interpretativo fundamental, de modo que si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del

se encuentra por encima de los intereses subjetivos de los demás involucrados, ya sea que se trate de instituciones estatales, progenitores e, incluso, los propios menores afectados. Ello obedece a que como se parte de la base de que el menor de edad es un sujeto jurídico en desarrollo (o, en su caso, en formación), de cuya construcción alguien debe responder para beneficio de él y de la sociedad entera, resulta explicable que respecto de los menores de edad siempre exista una relación entre el interés jurídico de estos y los intereses jurídicos de otros (que pueden ser los padres o extraños, la sociedad en general o el Estado), evento en el cual aquél será "superior". El hecho de que exista un interés objetivo por encima del interés subjetivo del menor, no constituye un retorno a la doctrina de la situación irregular. Por el contrario, la superioridad de tal interés no significa indiferencia ante la voluntad del menor, porque en la conformación de tal interés resulta indispensable considerar esa voluntad, cuando ello es posible de acuerdo con el desarrollo psicológico y fisiológico del menor. Ahora bien, como dicho desarrollo no es pleno y varía según la edad, el interés superior debe nutrirse de otros elementos ajenos a los criterios subjetivos de los involucrados (menor, progenitor, Estado), a fin de que la medida que se disponga esté fundamentada en argumentos razonables y precisos, intersubjetivamente demostrables. Así las cosas, el interés superior del niño no es paternacéntrico ni estatocéntrico, sino infantocéntrico. Esto implica que las consideraciones a la confianza que debe existir entre los Estados en cuanto a las medidas para proteger a los menores, o las pretensiones de los progenitores respecto de sus derechos para con sus hijos, son cuestiones de segundo orden porque lo que prima son los derechos de las personas menores de edad y el ambiente que mejor ampare sus propios proyectos de vida, acorde a las circunstancias que los rodean. Establecida la superioridad del interés del menor, conviene establecer la manera en que el Principio se aplica. Primeramente, este último permite la aplicación de criterios de equidad en beneficio de la persona menor de edad, cuando de por medio se encuentran en juego sus intereses. Si en términos muy amplios la justicia es dar a cada uno según sus méritos, la equidad es *juris legitimi emendatio* (legítima corrección del derecho), según Aristóteles. "Un siglo de legalismo y de justicia puramente formalista ha mostrado los serios inconvenientes que le son consustanciales; por eso han surgido en esta época diversos movimientos enderezados contra la rigidez del imperio de la norma genérica y abstracta y en favor de la consideración de los elementos individualísimos que definen cada caso como una entidad irreducible a las demás " (Ver Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del Derecho*. Editorial Bosch, Barcelona, 1953, pág. 464). De otro lado, **el Principio del Interés Superior del Menor debe ser utilizado por el operador jurídico como pauta hermenéutica, lo que comprende la interpretación tanto del derecho infraconstitucional como del constitucional, así como de todos aquellos tratados o convenios suscritos por el país en lo atinente al campo de los derechos humanos; es evidente que tal criterio interpretativo comprende igualmente a las autoridades de los otros Poderes Públicos, en lo atinente a sus respectivas competencias.** "Este reconocimiento del interés superior del niño como principio general que forma parte e informa a la globalidad del ordenamiento, ha llevado a la Sala a brindar y ordenar protección especial a los menores en materias tan diversas como la protección de su imagen e identidad, el resguardo de la imagen e identidad de los menores en conflicto con la ley, y a controversias suscitadas en asuntos migratorios, de salud y de familia –ver, entre otras, sentencias números 2003-5117, de las catorce horas cuarenta y ocho minutos del diecisiete de junio de dos mil tres; 2004-1020, de las ocho horas treinta y dos minutos del seis de febrero de dos mil cuatro; 2004- 8759, de las ocho horas cincuenta y seis minutos del trece de agosto de dos mil cuatro; 2005- 4274, de las dieciocho horas seis minutos del veinte de abril de dos mil cinco; 2007-10306, de las catorce horas diez minutos del veinte de julio de dos mil siete; y número 2008-7782, de la diez horas un minuto del nueve de mayo de dos mil ocho. **En este sentido, como principio general reconocido y plenamente aplicable, al interés superior del niño no le es oponible norma o decisión alguna –administrativa o judicial- que le contradiga, salvo que en circunstancias determinadas se encuentre en liza la aplicabilidad de algún otro principio general de relevancia, en cuyo caso el operador jurídico deberá atenerse a la prueba de ponderación y al rol de cada principio en el caso particular. De tal forma, ignorar el carácter principal del interés superior del niño desatendiendo su aplicación estricta en aquellos casos que involucren a personas menores de edad, resulta contrario a los reconocimientos que sobre el particular efectúa el Derecho de la Constitución, a la vez que da margen para situarse en una posición de vulnerabilidad frente al mandato del artículo 2**

de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En otras palabras, las autoridades administrativas y judiciales tienen la obligación de reconocer y aplicar el principio general del interés superior del niño, en perfecto acatamiento de su carácter de principio, de los mandatos establecidos por el Derecho de la Constitución, incluso ideando mecanismos apropiados y soluciones consecuentes de conformidad con lo ordenado por el referido artículo 2 de la Convención Americana” (véase sentencia No. 2008-015461 de las 15:07 horas de 15 de octubre de 2008). Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que una manera de asegurar la primacía y real vigencia del interés superior del niño consiste en proporcionar al niño medidas especiales de protección (CORTE I.D.H.: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, par. 60, p. 62).” El Subrayado no corresponde al original.

La citada jurisprudencia, deja en claro el estatus jurídico, con que goza en el derecho interno costarricense, el principio interés superior del niño, tanto en su reconocimiento como en su tutela efectiva. Dicha jurisprudencia no discrimina en cual materia el interés superior es relevante o no y se indica que es aplicable en controversias en materia migratoria, por lo que este Órgano concluye, que el énfasis vertido por la Sala Constitucional en la Jurisprudencia referida en el presente apartado, es aplicable en materia migratoria, tal y como se puntualiza en las citas jurisprudenciales que se hacen en el presente apartado.

En tal sentido, debemos tener en cuenta como referencia jurídica y contexto para análisis, las contundentes precisiones jurídicas a las que llega la Sala Constitucional en su multitudinaria jurisprudencia, de la cual se cita en la presente resolución, como muestra de lo afirmado, los Votos **2013-10132, 2018-20800 y 2019-13151**.

Lo anterior debe complementarse, a manera de Control de Convencionalidad, con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que desarrolla el principio del interés superior del niño y reconoce el deber de cumplimiento por parte de los Estados, en particular en los casos:

- Villagrán Morales contra Guatemala, 19 de noviembre de 1999.
- Opinión Consultiva 17/2002 del 28 de agosto de 2002. Párrafos 56 a 102.
- Caso Bulacio contra Argentina, 18 de setiembre de 2003, párrafos 133 a 147
- Caso de Hermanos Gómez Paquiyaury contra Perú, 8 de julio de 2004, párrafos 160 a 174.
- Caso Instituto de la Reeducción del menor contra Paraguay, 2 de setiembre de 2004, párrafos 147 a 163.
- Caso Niñas Yean y Borico contra República Dominicana, ocho de setiembre de 2005, párrafos 125 a 192.

Y en particular la Opinión Consultiva OC-21/14 del 19 de agosto del 2014, en donde en cuanto a la aplicación del principio del interés superior respecto a las políticas migratorias donde figuren como sujetos de derechos personas menores de edad, en el párrafo 70, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que: *"Por de pronto, es necesario recordar que el principio de interés superior implica, como criterio rector, tanto su consideración primordial en el diseño de las políticas públicas y en la elaboración de normativa concerniente a la infancia, como su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida de la niña o del niño. En el contexto de la migración, cualquier política migratoria respetuosa de los derechos humanos, así como toda decisión administrativa o judicial relativa tanto a la entrada, permanencia o expulsión de una niña o de un niño, como a la detención, expulsión o deportación de sus progenitores asociada a su propia situación migratoria, debe evaluar, determinar, considerar y proteger de forma primordial el interés superior de la niña o del niño afectado. En estrecha conexión con lo anterior, destaca la obligación de respetar plenamente el derecho de la niña o del niño a ser oído sobre todos los aspectos relativos a los procedimientos de migración y asilo y que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta."*

VI.vii. Conclusiones

Es conclusión por mayoría de este Tribunal, que habiendo realizado análisis sobre Los Principios del Debido Proceso, en relación a los alcances del Principio del Interés Superior de la Persona Menor de Edad y Los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad dentro del marco de la normativa constitucional, la normativa internacional de Derechos Humanos vinculante con el tema, la normativa infraconstitucional costarricense, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Sala Constitucional y la doctrina, es que la resolución de la primera instancia es incompleta a la luz de estos elementos.

A través del análisis realizado, se entiende, que los citados principios establecen la obligación a las instancias migratorias de examinar cada caso conforme a los mismos, procurando en el momento en que se toma una decisión de denegar el estatus migratorio, la misma no vulnera la esfera jurídica de una persona menor de edad y que representa una garantía para este sujeto, que su interés a largo plazo será tomado en cuenta y que el interés superior se manifestará y respetará, en concordancia con las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado Costarricense.

Este Tribunal por mayoría aclara, que bajo la tesis que ahora sostiene este órgano colegiado, lo resuelto en el presente caso, no trata de desaplicar de hecho la normativa vinculada con las figura de la denegatoria del estatus migratorio solicitado por la persona extranjera, sino lo que resuelve es, que en los procedimientos administrativos antes citados, se debe realizar un análisis del ordenamiento jurídico interno y lo que los instrumentos internacionales ratificados por Costa Rica contienen, dentro del contexto de la situación específica, para que mediante criterios de razonabilidad y proporcionalidad, se determine la procedencia o no de los actos administrativos señalados, en los casos donde haya evidencia en el expediente de la existencia de personas menores edad o así sea indicado por la parte.

En este caso el Tribunal por mayoría plantea, que al conocerse de nuevo la solicitud de residencia permanente, para el presente caso y los que posterior a la presente resolución surjan, en los cuales se involucren personas menores de edad, antes de emitir el dictado de la resolución, se debe solicitar al

Patronato Nacional de la Infancia, conforme a lo establecido en los artículos 1 y 4 de la Ley Orgánica de dicha Institución, informe sobre el estado psicosocial del núcleo familiar al que pertenecen los menores de edad aludidos en el caso de análisis, para que se determine en cada caso concreto, la condición del derecho de las personas menores de edad a permanecer con el padre o madre, derecho conformante del principio denominado interés superior de la persona menor de edad y que en dicho informe, se determine el nivel de vulnerabilidad de la persona menor si eventualmente, se le deniega la condición migratoria o se ordena expulsión o deportación de uno de sus progenitores.

En el presente caso se adjunta al expediente respectivo, fotocopia certificada del Oficio [REDACTED] [REDACTED] 2020, del [REDACTED] de dos mil veinte, emitido por la Gerencia Técnica del Patronato Nacional de la Infancia, al cual se adjunta Informe de Investigación Preliminar No. PANI-OLPV-[REDACTED], del [REDACTED] de dos mil veinte, de la Oficina Local de [REDACTED] del Patronato Nacional de la Infancia. Dicho oficio se remitió al Tribunal Administrativo Migratorio por el PANI, como respuesta a una solicitud de estudio solicitado. Dicho oficio e informe del PANI, se adjunta al expediente respectivo, para que la DGME valore su contenido, para el análisis del interés superior en los términos establecidos en la presente resolución.

Para llegar este Órgano por mayoría a la resolución del caso en los términos que lo hace, se sustenta en la normativa interna, internacional sobre derechos humanos, en la jurisprudencia de la Sala Constitucional, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en los principios que deben regir el actuar sustantivo de este Tribunal, como lo ha señalado la Sala Constitucional en varios Votos, entre estos el **5836-2013**, en el cual en lo pertinente, estableció: "... Nótese que, incluso, como lo informa la autoridad recurrida, la gestión del recurrente se encuentra, actualmente, pendiente de análisis ante el **Tribunal Administrativo Migratorio, órgano ante el cual deberá exponer la situación del amparado y al que le corresponderá, conforme los principios de razonabilidad y proporcionalidad, analizar y resolver la pretensión de residencia permanente en nuestro territorio. ...**" El resaltado no corresponde al original.

POR TANTO

El Tribunal Administrativo Migratorio, de conformidad con lo fundamentado en la parte considerativa de la presente resolución, de por mayoría, resuelve lo siguiente: Declarar la **nulidad** de la resolución número **135-2020-Administrativa**, de las [REDACTED] horas con [REDACTED] minutos del doce de marzo de dos mil diecinueve, de la Dirección General de Migración y Extranjería y las que la confirmen. Se remite el expediente a nombre de la persona extranjera [REDACTED], a la autoridad migratoria para que con base a lo indicado en la parte considerativa de la presente resolución proceda a resolver lo que en derecho corresponda. De conformidad con el artículo 224 de la Ley General de Migración y Extranjería número 8764 contra las resoluciones que dicte este Tribunal en materia migratoria, no cabrá recurso extraordinario de revisión. **El Juez Lemus salva el voto. Notifíquese.**

Firmado digitalmente por
GABRIELA RICHARD
RODRIGUEZ (FIRMA)

Gabriela Richard Rodríguez

Jueza

Digitally signed by
RICHARD CALDERON
AGUERO (FIRMA)

Richard Calderón Agüero

Juez

VOTO SALVADO DEL JUEZ LEMUS

Me aparto del voto de mayoría y declaro sin lugar el recurso por lo motivos que se detallan de seguido.

Si bien es cierto el suscrito ha sostenido recientemente la tesis, junto con la mayoría de la integración titular de esta Tribunal Administrativo, de la necesidad que la primera instancia incorpore nuevos elementos de análisis en materia de cancelaciones de estatus migratorios por antecedentes penales donde existan de por medio intereses de personas menores de edad que sea necesario tutelar de conformidad con la aplicación integral de la Ley 8764, no comparto que la misma tesis deba seguirse en los denegatorias de estatus.

A criterio de ese juzgador, dos situaciones jurídicas distintas son la solicitud de un nuevo estatus y la cancelación del mismo. En el primero nos encontramos frente a una mera expectativa de derecho y en la segunda frente a una autorización expresa por parte del Estado para permanecer en el país luego del cumplimiento de una serie de requisitos derivados de la normativa migratoria.

El reconocimiento de un estatus migratorio o la autorización para permanecer de manera regular en el país parte de un análisis detallado de la Dirección General de Migración y Extranjería con base a la normativa interna bajo alguna de sus variadas posibilidades. Considera el suscrito que posterior al reconocimiento de estatus, el ejercicio de la residencia en el país puede llevar a circunstancias que den continuidad y estabilidad a la misma, cambie a otras categorías producto del cambio de circunstancias; así como también ese mismo estatus puede deteriorarse o vulnerarse hasta su cancelación misma.

Precisamente en materia de cancelaciones de estatus, particularmente cuando se trate de la comisión de antecedentes penales de una persona que tiene vínculos efectivos con personas menores de edad, el suscrito ha sostenido la tesis que la Dirección General de Migración y Extranjería debe profundizar en el análisis del debido proceso, reforzando criterios de razonabilidad y proporcionalidad en relación a otros derechos que se puedan vulnerar y que se encuentren tutelados con mejor derecho. Por el contrario, a la tesis anteriormente señalada en materia de cancelaciones, el suscrito considera que, tratándose de denegatorias de solicitud por antecedentes penales, estamos en una situación administrativa distinta pues no hay ningún derecho de estabilidad migratoria en el país ya que estamos precisamente en la verificación administrativa de requisitos de admisibilidad, donde el no haber cometido delitos dolosos es uno de los más importantes, así como la permanencia legal, entre otros.

La solicitud de una categoría migratoria es una mera expectativa de derecho derivada de cumplimiento de requisitos, como se dijo supra. El cumplimiento de uno de los elementos, como por ejemplo ser padre de persona menor de edad costarricense, no convalida automáticamente los demás, por lo que lleva razón la primera instancia, como se ha establecido en el presente voto de mayoría en la denegatoria de la solicitud de presentada.

Referente al recurso interpuesto, la persona extranjera [REDACTED] ha alegado que ya cumplió la condena impuesta, además que por no tener antecedentes penales no fue privado de su libertad en un centro penitenciario; que la condena penal fue a causa de un hecho ocurrido en ciertas circunstancias

y en un momento determinado, pero no a un comportamiento delictivo de su parte, es decir, es una persona de buen comportamiento y que es padre de un hijo costarricense del que se hace cargo de su crianza y manutención, además de ser el único sustento económico de su familia, además desde hace cuatro años se encuentra pagando pensión alimentaria para sus otras dos hijas.

Sobre este aspecto, debe indicarse que la Ley 8764 es clara, respecto a que el haber cumplido condena por la comisión de un delito doloso, como lo es en este caso, es causal suficiente para que la autoridad migratoria deniegue el trámite del estatus migratorio solicitado. Al respecto, el artículo 70 citado, indica lo siguiente: "**ARTÍCULO 70.-** *No se autorizará la permanencia legal, a la persona extranjera que haya cumplido condena por delito doloso en los últimos diez años, en Costa Rica o en el extranjero, siempre y cuando el ilícito sea reconocido como tal en nuestra legislación, sin perjuicio de la autorización de permanencia provisional establecida en el artículo 72 de la presente Ley.*"

Por lo anterior, es menester indicar al recurrente, que conforme menciona la normativa migratoria citada supra, la sola constatación de una condena por delito doloso, es motivo para que la Dirección General de Migración y Extranjería proceda con la denegatoria del estatus de residente, en atención al artículo 70 de la ley 8764 antes citada por lo que los alegatos que fue condenado, pero no privado de libertad, que ya cumplió con su pena y que se debió a otros motivos no asociados a la intención de delinquir no son de recibo, como tampoco lo es el hecho de alegar el vínculo con menor de edad, ya que el antecedente penal, como se dijo supra, condiciona este requisito de admisibilidad al estudio de su residencia legal en el país, donde la buena conducta penal y el respeto a la ley, es un requisito indispensable.

Por lo anterior, al quedar establecido como un hecho probado que el recurrente posee antecedentes penales en el país, incumplió con los requisitos establecidos para poder acceder a una residencia legal en el país, por lo que la actuación de la Dirección General resulta correcta y lo que corresponde es confirmar la resolución recurrida en todos sus extremos. Es todo.

ESTEBAN LEMUS Firmado digitalmente
LAPORTE (FIRMA) por ESTEBAN LEMUS
 LAPORTE (FIRMA)

Esteban Lemus Laporte
Juez