

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: MATRIMONIO POR CONVENIENCIA Y RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO.

RESUMEN: La presente recopilación de normativa y jurisprudencia incorpora los temas del matrimonio por conveniencia y la eventual responsabilidad del notario público ante esa falta, como se desarrolla en la jurisprudencia se presentan análisis de la Procuraduría General de la República sobre este tema y la posición de la Sala Constitucional sobre el actuar de la Dirección de Migración y Extranjería sobre en casos de matrimonio por poder, además se adjunta jurisprudencia que analiza el tipo penal del matrimonio ilegal.

Índice de contenido

1	NORMATIVA.....	2
	a) Código Penal.....	2
	b) Código de Familia.....	3
	c) Código Notarial.....	4
2	JURISPRUDENCIA.....	5
	a) Análisis del proyecto de ley 16671 y el matrimonio por conveniencia.....	5
	I. Sobre el objeto del proyecto de ley.....	7
	II. Sobre el matrimonio por conveniencia.....	7
	III. Sobre la potestad de los estados de diseñar políticas migratorias y la jurisprudencia de la sala constitucional sobre los matrimonios con fines migratorios.	14
	IV. Análisis del articulado del proyecto de ley.....	25
	V. Conclusiones.....	32
	b) Actuación arbitraria de la Dirección General de Migración y Extranjería recurrido al denegar solicitud de visa, para el ingreso de la cónyuge del amparado, quien es extranjera cuestionando la validez de su matrimonio	33
	c) Análisis del matrimonio Ilegal.....	39
	d) Sobre la presentación de documentos idóneos para la celebración de matrimonios de nacionales con extranjeros.....	43
	e) Validez de la declaración jurada de ciudadano extranjero para demostrar estado civil	44
	f) Indebida identificación de contrayente extranjero constituye	

falta grave45

1 NORMATIVA

a) Código Penal

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]¹

ARTÍCULO 176.-

Serán reprimidos con prisión de seis meses a tres años los que contrajeran matrimonio, sabiendo ambos que existe impedimento que causa su nulidad absoluta. (Así reformado por el artículo 1º de la ley N° 6726 de 10 de marzo de 1982).

Ocultación del impedimento.

ARTÍCULO 177.-

Serán reprimido con prisión de dos a seis años el que contrajere matrimonio cuando, sabiendo que existe impedimento que cause nulidad absoluta, ocultare esta circunstancia al otro contrayente.

Simulación de matrimonio.

ARTÍCULO 178.-

Sufrirá prisión de dos a cinco años, el que mediante engaño simulare matrimonio con una persona.

Responsabilidad del funcionario.

ARTÍCULO 179.-

El funcionario público que a sabiendas autorizare un matrimonio de los comprendidos en los artículos anteriores, será reprimido con la pena que en ellos se determina aumentada en un tercio a juicio

del Juez. Si obrare por culpa, la pena será de quince a sesenta días multa.

Inobservancia de formalidades.

ARTÍCULO 180.-

Se impondrá de quince a sesenta días multa y además pérdida del cargo que tuviere e imposibilidad para obtener otro igual, de seis meses a dos años, al funcionario público, que fuera de los casos previstos en el artículo anterior, procediera a la celebración de un matrimonio sin haber observado todas las formalidades exigidas por la ley, aunque el matrimonio no fuere anulado.

b) Código de Familia

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]²

ARTICULO 28.

El funcionario autorizado no celebrará ningún matrimonio mientras no se le presenten:

- 1) Dos testigos idóneos que declaren bajo juramento, sobre la libertad de estado y aptitud legal de los contrayentes;
 - 2) Los documentos que demuestren que se ha obtenido el correspondiente asentimiento, cuando se trate de personas que lo necesiten;
- (Así reformado por el artículo 1º de la ley N° 5895 de 23 de marzo de 1976).
- 3) La certificación de los asientos de nacimiento y libertad de estado de los contrayentes, expedida por el Registro Civil. El extranjero podrá demostrar su libertad de estado por cualquier medio que le merezca fe al funcionario, en defecto de los documentos anteriormente citados; y
 - 4) Certificación de la fecha de la disolución del anterior matrimonio si la contrayente hubiere estado casada antes (y la prueba prevista en el inciso 2) del artículo 16.)*

*(Anulado del inciso anterior lo destacado entre paréntesis, mediante resolución de la Sala Constitucional N° 2129-08 del 14 de

febrero del 2008.)

ARTICULO 30.

El matrimonio podrá celebrarse por medio de apoderado con poder especialísimo constante en escritura pública y que exprese el nombre y generales de la persona con quien éste haya de celebrar el matrimonio; pero siempre ha de concurrir a la celebración en persona el otro contrayente.

No habrá matrimonio si en el momento de celebrarse estaba ya legalmente revocado el poder.

c) Código Notarial

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]³

Capítulo VI

Responsabilidad de los Notarios

ARTÍCULO 15.- Responsabilidades.

Los notarios públicos son responsables por el incumplimiento de sus obligaciones y deberes profesionales, así como por la violación de las leyes y sus reglamentos. Esta responsabilidad puede ser disciplinaria, civil o penal.

Carecerá de validez cualquier manifestación de las partes en que el notario sea relevado de responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones.

ARTÍCULO 16.- Responsabilidad Civil.

La indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la actuación del notario público a los otorgantes, partes o terceros, será cubierta una vez que lo establezca una resolución judicial firme, dictada en la jurisdicción común o la vía disciplinaria. Para indemnizar, se hará efectiva la garantía rendida, sin perjuicio de la responsabilidad personal del notario por cualquier saldo en descubierto.

ARTÍCULO 17.- Responsabilidad penal

Compete a los tribunales penales establecer la responsabilidad penal de los notarios conforme a la ley.

ARTÍCULO 18.- Responsabilidad disciplinaria

Los notarios serán sancionados disciplinariamente, según este código, por el incumplimiento de la ley, sus reglamentos, las normas y los principios de la ética profesional, las disposiciones que dicten la Dirección Nacional de Notariado y cualquiera de sus órganos encargados de cumplir funciones relacionadas con la actividad notarial.

ARTÍCULO 19.- Dependencia de las responsabilidades

Las responsabilidades indicadas en los artículos anteriores, no son excluyentes entre sí. Los notarios pueden ser sancionados en distintos campos en forma independiente, simultánea o sucesiva, a excepción de los casos que deban excluirse en virtud de la fuerza de cosa juzgada de las sentencias judiciales.

Los tribunales del país que conozcan de procesos relacionados con actuaciones indebidas de los notarios públicos, deberán comunicarlo de inmediato a la Dirección Nacional de Notariado, para que proceda de conformidad.

ARTÍCULO 20.- Pluralidad de notarios públicos

Si dos o más notarios actuaren en conjunto, todos serán solidariamente responsables por las faltas u omisiones, salvo si las circunstancias revelaren que son imputables solo a uno o algunos de ellos.

ARTÍCULO 146.- Suspensiones de tres años a diez años

Los notarios serán suspendidos desde tres años y hasta por diez años cuando:

- a) Autoricen actos o contratos cuyos otorgamientos no hayan presenciado o faciliten su protocolo o partes de él a terceros, para la confección de documentos notariales.
- b) Incurran en alguna anomalía, con perjuicio para las partes o terceros interesados, al tramitar asuntos no contenciosos de actividad judicial.

- c) Expidan testimonios o certificaciones falsas.
- d) Modifiquen o alteren, mediante notas marginales o cualquier otro mecanismo, elementos esenciales del negocio autorizado, con perjuicio para algún otorgante.

2 JURISPRUDENCIA

a) Análisis del proyecto de ley 16671 y el matrimonio por conveniencia

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]⁴

OJ-122-2007

14 de noviembre, 2007

Señora

Rosa María Vega Campos

Jefa de Área

Comisión Plena Tercera

Asamblea Legislativa

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Procuradora General, me refiero a su oficio N° PIII-05-07 del 13 de setiembre, reiterado por oficio N°PIII-016-07 del 25 de octubre, ambos del 2007, por medio del cual solicita emitir criterio en torno al proyecto de ley "Derogatoria del artículo 30 del Código de Familia, adición de un nuevo inciso del artículo 145 del Código Notarial, modificación y

adición al artículo 24 del Código de Familia y adición de un párrafo segundo al artículo 176 del Código Penal” , tramitado bajo el expediente número 16.716.

Antes de referirnos al proyecto que se nos consulta, debemos recordar el alcance de este tipo de pronunciamientos, ya que según la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, no es posible emitir dictámenes con carácter vinculante cuando lo que se consulta es un proyecto de ley.

El artículo 4 de nuestra Ley Orgánica le otorga a la Procuraduría una competencia asesora en relación con los órganos de la Administración Pública, quienes, “ por medio de los jefes de los diferentes niveles administrativos, podrán consultar el criterio técnico-jurídico de la Procuraduría . Criterios que resultan vinculantes para las dependencias administrativas consultantes, según lo señalado en el artículo 2.

La jurisprudencia administrativa [1] de este Órgano Asesor, reconoce la posibilidad de que la Asamblea Legislativa pueda consultar aspectos relacionados con la labor administrativa que desempeña de manera excepcional a su actividad principal, en cuyo caso los pronunciamientos emitidos serán vinculantes. Sin embargo, tratándose de consultas relacionadas con la labor legislativa que el ente desarrolla, este Órgano se encuentra imposibilitado de emitir criterios vinculantes, en el tanto dicha competencia escapa a lo señalado en la normativa que nos rige. De conformidad con lo expuesto, el presente pronunciamiento se emite sin efectos vinculantes.

Por otra parte, y en razón de que en la nota de solicitud se nos requirió éste criterio en el plazo de ocho días hábiles a partir del recibido de dicha nota, en virtud de de lo que establece el artículo 157 del Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa, no omito manifestar que ése numeral se refiere a las consultas que deben ser formuladas obligatoriamente a ciertas instituciones del Estado, por lo que ha sido criterio de esta Procuraduría [2] que no resulta de aplicación en el presente asunto.

Aclarado lo anterior, procederemos a analizar el proyecto de ley consultado.

I. Sobre el objeto del proyecto de ley.

De conformidad con la exposición de motivos que encabeza la iniciativa legislativa, el proyecto de ley pretende solucionar el problema de los matrimonios por poder que se efectúan con la finalidad de obtener un estatus migratorio o la nacionalidad costarricense. Al respecto, el proyecto señala: " En Costa Rica, actualmente, el uso de la figura de los matrimonios por poder o conveniencia se ha convertido en un verdadero problema pues el actual artículo 30 de nuestro Código de Familia es un portillo abierto que permite una utilización inadecuada de esta figura jurídica, produciendo situaciones fraudulentas por medio de matrimonios simulados, con el único fin de optar por una residencia legal en el país y, posteriormente, obtener la nacionalidad costarricense de conformidad con el artículo 14, inciso 5 de la Constitución Política."

II. Sobre el matrimonio por conveniencia.

Con el nombre de matrimonio por conveniencia, se han venido señalando aquellos matrimonios que se efectúan con la finalidad exclusiva de obtener un estatus migratorio o la nacionalidad en un determinado país. La doctrina española los ha definido como:

"...aquel cuyo consentimiento se emite, por una o ambas partes, en forma legal pero mediante simulación, esto es, sin correspondencia con un consentimiento interior, sin una voluntad real y efectiva de contraer matrimonio, excluyendo el matrimonio mismo en la finalidad y en los derechos y obligaciones prefijados por la Ley, o bien un elemento o propiedad esencial del mismo. En el matrimonio simulado se da, por tanto, una situación en que la declaración de voluntad emitida no se corresponde con la real voluntad interna " (Dirección General de los Registros y del Notariado, Ministerio de Justicia Español, Instrucción del 31 de enero de 2006)

El problema de los matrimonios que se efectúan con la finalidad de lograr obtener un estatus migratorio se ha generalizado en muchos de los países desarrollados, como un efecto de las migraciones entre países, y ha impulsado la creación de una serie de medidas para evitar el uso fraudulento de esta figura.

Así, por ejemplo, en la Unión Europea, el Consejo de la Unión ha adoptado la resolución sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos, de 4 de

diciembre de 1997. En dicha resolución, se definen a los matrimonios fraudulentos como "el matrimonio de un nacional de un Estado miembro o de un nacional de un tercer país que resida regularmente en un Estado miembro con un nacional de un tercer país, con el fin exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y la residencia de nacionales de terceros países y obtener, para el nacional de un tercer país, un permiso de residencia o una autorización de residencia en un Estado miembro.", estableciendo una serie de factores que pueden llevar a los Estados a presumir que el matrimonio es fraudulento. Al respecto, señala la resolución:

"2.Los factores que pueden permitir que se presuma que un matrimonio es fraudulento son, en particular:

- el no mantenimiento de la vida en común,
- la ausencia de una contribución adecuada a las responsabilidades derivadas del matrimonio,
- el hecho de que los cónyuges no se hayan conocido antes del matrimonio,
- el hecho de que los cónyuges se equivoquen sobre sus respectivos datos (nombre, dirección, nacionalidad, trabajo), sobre las circunstancias en que se conocieron o sobre otros datos de carácter personal relacionados con ellos,
- el hecho de que los cónyuges no hablen una lengua comprensible para ambos,
- el hecho de que se haya entregado una cantidad monetaria para que se celebre el matrimonio (a excepción de las cantidades entregadas en concepto de dote, en el caso de los nacionales de terceros países en los cuales la aportación de una dote sea práctica normal),
- el hecho de que el historial de uno de los cónyuges revele matrimonios fraudulentos anteriores o irregularidades en materia de residencia.

En este marco, dichos factores pueden desprenderse de:

- declaraciones de los interesados o de terceras personas,
- informaciones que procedan de documentos escritos, o de
- datos obtenidos durante una investigación.

3.Cuando existan factores que hagan presuponer que se trata de un

matrimonio fraudulento, los Estados miembros sólo expedirán un permiso de residencia o una autorización de residencia por causa de matrimonio al nacional del país tercero tras haber mandado comprobar a las autoridades competentes según el Derecho nacional que el matrimonio no es un matrimonio fraudulento y que se cumplen las demás condiciones de entrada y residencia. Dicha comprobación podrá conllevar una entrevista por separado con cada uno de los cónyuges.

4. Cuando las autoridades competentes según el Derecho nacional establezcan que el matrimonio es un matrimonio fraudulento, se retirará, revocará o no se renovará el permiso de residencia o la autorización de residencia por causa de matrimonio del nacional del país tercero.

5. El nacional del país tercero tendrá la posibilidad de oponerse a una decisión de denegación, retirada, revocación o no renovación del permiso de residencia o de la autorización de residencia o de solicitar su revisión, con arreglo al Derecho nacional, bien ante un tribunal, bien ante una autoridad administrativa competente.

Como se desprende de la cita, la regulación en la Unión Europea se ha inclinado por la verificación de la existencia real del vínculo matrimonial, a través de una investigación previa; a efectos del otorgamiento de un estatus migratorio. La regulación deja a la ley interna de cada país, la determinación de los efectos jurídicos que sobre el vínculo matrimonial tendrá la comprobación del fraude cometido.

En el caso de España, la verificación del matrimonio simulado o con un fin distinto al señalado por el Código Civil de ese país, da como resultado la nulidad del vínculo matrimonial, al interpretarse que no existe consentimiento de parte de los esposos para contraer matrimonio. El Código Civil de ese país europeo señala, en lo que a nuestro estudio interesa, lo siguiente:

Artículo 45. no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial la condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta.

Artículo 56. Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, expediente tramitado conforme a la legislación del registro civil, que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este código Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento De La Inscripción Del Matrimonio En El Registro

Civil Artículo 61. El matrimonio produce efectos civiles desde su celebración para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el registro civil. El matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas.

De La Nulidad Del Matrimonio

Artículo 73. Es nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración :

1. El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial l...

Artículo 76. En los casos de error, coacción o miedo grave solamente podrá ejercitar la acción de nulidad el cónyuge que hubiera sufrido el vicio. Caduca la acción y se convalida el matrimonio si los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de desvanecido el error o de haber cesado la fuerza o la causa del miedo.

Artículo 78. El juez no acordará la nulidad de un matrimonio por defecto de forma, si al menos uno de los cónyuges lo contrajo de buena fe, salvo lo dispuesto en el número 3 del Artículo 73"

Como se desprende de las normas transcritas, la legislación española exige la realización de una investigación previa a la celebración del matrimonio. Dicha investigación, de conformidad con la instrucción del 31 de enero del 2006, emitida por la Dirección General de Registros y Notariado del Ministerio de Justicia Español, debe estar dirigida a evitar la realización de matrimonios simulados, al poder establecerse si los matrimonios se han efectuado con el consentimiento matrimonial de las partes. Sobre el punto, la Abogacía del Estado Español ha señalado:

"...pues si el matrimonio se hubiera contraído con la referida finalidad exclusiva de facilitar la documentación del contrayente extranjero para la obtención por el mismo de la nacionalidad española, se trataría de un matrimonio simulado o carente de causa y, por ello, nulo de pleno derecho.

Efectivamente, el matrimonio contraído con tales propósitos exclusivos no es querido real y verdaderamente por las partes como tal matrimonio, sino únicamente como medio que permita a una de ellas (el contrayente extranjero) legalizar su situación en el país de residencia y obtener así la nacionalidad del mismo, de modo que formal y aparentemente se contrae matrimonio, pero realmente no se da la causa propia de la prestación del

consentimiento matrimonial.

Partiendo de la distinción entre simulación absoluta (existente cuando bajo el negocio jurídico simulado no existe ningún otro) y simulación relativa (cuando el negocio simulado encubre otro real y verdaderamente querido por las partes), el matrimonio contraído con la referida finalidad y con exclusión de los efectos que el ordenamiento jurídico asigna a la institución matrimonial constituye un supuesto de simulación absoluta y, como tal, el referido matrimonio debe reputarse nulo. A falta, en el CC (Código Civil Español), de una regulación completa de la simulación y sus efectos, la sanción de nulidad del negocio jurídico simulado resulta de la inexistencia de un elemento esencial de dicho negocio, cual es la causa (arts. 1261 y 1276 del CC), a lo que cabe añadir que al no quererse realmente por las partes lo declarado por ellas, la supuesta causa debe reputarse falsa y determinante también de la inexistencia de consentimiento. La jurisprudencia ha declarado reiteradamente la nulidad del negocio jurídico simulado (sentencias del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1960, 28 de junio de 1963, 11 de noviembre de 1965, 22 de junio de 1967 y 13 de abril de 1973, entre otras). Más particularmente, y por lo que se refiere al matrimonio, aunque la simulación del matrimonio o la falsedad de la causa no aparece específicamente relacionada entre sus causas de nulidad, no cabe duda de que el matrimonio simulado es nulo por aplicación de lo dispuesto en el artículo 73.1 del CC («Es nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración: 1. El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial»)...

En consecuencia, y a los efectos de que aquí se trata, esta Dirección considera que sólo podrá entenderse que el matrimonio es simulado cuando se haya celebrado con la exclusiva y única finalidad de que el contrayente extranjero pueda documentarse y acceder más fácilmente a la nacionalidad española y siempre que, además, los contrayentes hayan excluido los efectos propios y normales del matrimonio. Pero se reitera que, aun cuando la Administración disponga de pruebas que considere suficientes al respecto, no podrá anular la concesión de la nacionalidad sin que previamente se declare la nulidad del matrimonio por el órgano judicial competente... (Dictamen de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado de 14 de junio de 2001 (ref.: A. G. Justicia 3/2001). Ponente: doña M.^a Jesús Prieto Jiménez, el resaltado no es del original).

La posición anterior ha sido sostenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha reconocido a los Estados la posibilidad

de expulsar de su territorio a nacionales de otros estados que tengan vínculos matrimoniales con nacionales del Estado que expulsa, en aquellos casos en que el vínculo matrimonial no es real o no ha existido vida en común. El punto ha sido desarrollado especialmente para definir si las medidas adoptadas por un Estado contra un inmigrante que ha cometido delitos y cuenta con vínculos familiares en ese país, resulta ajustada a los derechos humanos.

Así, la Corte Europea ha señalado que al analizar una medida migratoria se deben considerar, entre otros aspectos, la situación familiar del solicitante, referido al tiempo de duración de su matrimonio y otros factores que expresen la efectividad de la vida familiar de la pareja, así como la existencia de hijos y la edad de estos y las dificultades que los esposos e hijos puedan encontrar en el país al cual se pretende expulsar al inmigrante [3].

Explica la Corte Europea que estos parámetros están orientados a propiciar que las medidas de los Estados se adopten en interés superior de los hijos, sobre todo considerando los efectos serios que tendría sobre la vida de éstos el eventual traslado de que serían objeto si se expulsa a uno de sus padres. No obstante, se señala que en cada caso será necesario analizar si efectivamente existió vida familiar, ya que la simple tenencia de los hijos no implica la existencia de vida familiar.

En sentido similar, el sistema estadounidense ha establecido que las peticiones para el otorgamiento de condiciones migratorias por matrimonio, no deben estar fundadas en matrimonios simulados. Así, se ha establecido que en el trámite de la petición ante el Procurador General, éste se encuentra obligado a realizar una investigación para determinar que los hechos que la sustentan son verdad, en otras palabras, el Procurador General debe concluir que el matrimonio es "bona fide". Bajo esta condición, se otorga al esposo o esposa la condición de extranjero residente permanente. Por el contrario, si el Procurador General determina que el matrimonio había sido concertado fraudulentamente con el propósito de obtener beneficios migratorios, la ley considera que no se debe otorgar el estatus.

Bajo la Ley de Inmigración y Matrimonios Fraudulentos de 1986, al extranjero que se case con un ciudadano norteamericano teniendo

procedimientos de expulsión pendientes, se le otorga un plazo condicional de 2 años de estatus migratorio. Durante este tiempo la Administración investigará si los hechos revelan que el matrimonio es "bona fide". En orden a obtener un estatus permanente después del periodo de dos años, el esposo extranjero y su pareja en conjunto deben someter una petición conjunta al Procurador General para obtener el estatus permanente y debe comparecer en una entrevista personal. [4]

A partir de las normas analizadas, podemos concluir que algunos de los países con problemas de migración se han decantado por establecer una finalidad propia al matrimonio, la cual se considera no cumplida cuando el matrimonio tiene por finalidad únicamente el obtener un estatus migratorio o la nacionalidad - matrimonio fraudulento- optándose por establecer procedimientos administrativos previos al otorgamiento de la nacionalidad o residencia, para definir si el matrimonio ha sido efectuado en forma simulada o fraudulenta.

Estos procedimientos, como vimos, son independientes del efecto que la simulación tenga sobre el matrimonio, por lo que los países analizados regulan en forma separada ambos procesos.

III. Sobre la potestad de los estados de diseñar políticas migratorias y la jurisprudencia de la sala constitucional sobre los matrimonios con fines migratorios.

De la conjunción de los artículos 6 y 19 de la Constitución Política, surge para el Estado la potestad de regular la política migratoria que regirá en el país, definiendo condiciones para el ingreso y permanencia legal de los extranjeros.

Esta potestad es reconocida por el Derecho Internacional para todos los Estados, en el artículo 1 de la Convención sobre la Condición de los Extranjeros, ratificada por Costa Rica por la Ley N°40 del 20 de diciembre de 1932, cuyo texto expresa:

"Los Estados tienen el derecho de establecer, por medio de leyes

las condiciones de entrada y residencia de los extranjeros en sus territorios”

No obstante lo dispuesto, la mayoría de los instrumentos de derechos humanos han introducido una serie de limitaciones a la política migratoria de los países, en resguardo de los derechos humanos de los extranjeros, por lo que podemos afirmar que la potestad soberana de los Estados para definir sus políticas migratorias encuentra como límite la protección de los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción.

En este sentido, podemos señalar el artículo 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que señala:

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 tiene 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 nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.

5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.

6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.

7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.

8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza,

nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros." (el subrayado no es del original)

En sentido similar, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que el extranjero "que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión..."

Bajo esta misma línea, la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son nacionales del país en que viven, del 13 de diciembre de 1985, dispone en lo que interesa:

"Artículo 2

1. Ninguna disposición de la presente Declaración se interpretará en el sentido de legitimar la entrada ni la presencia ilegales de un extranjero en cualquier Estado. Tampoco se interpretará ninguna disposición de la presente Declaración en el sentido de limitar el derecho de cualquier Estado a promulgar leyes y reglamentaciones relativas a la entrada de extranjeros y al plazo y las condiciones de su estancia en él o a establecer diferencias entre nacionales y extranjeros. No obstante, dichas leyes y reglamentaciones no deberán ser incompatibles con las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados, en particular en la esfera de los derechos humanos. ...

Artículo 5

1. Los extranjeros gozarán, con arreglo a la legislación nacional y con sujeción a las obligaciones internacionales pertinentes del Estado en el cual se encuentren, en particular, de los siguientes derechos: ...

b) El derecho a la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en la intimidad, la familia, el hogar o la correspondencia; ...

d) El derecho a elegir cónyuge, a casarse, a fundar una familia;

Bajo esta línea de pensamiento, la Corte Interamericana de

Derechos Humanos en función consultiva, ha indicado que la potestad de los Estados para definir una política migratoria siempre deberá considerar la no afectación de los derechos humanos.

“Se debe señalar que la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, como ya se mencionó, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio. Esto no significa que no se podrá iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal. Lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa.

119. Los Estados, por lo tanto, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos. Por ejemplo, pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos. Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana.

Al respecto, la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos ha señalado que

[...] no pretende cuestionar ni tampoco cuestiona el derecho de un Estado a tomar acciones legales en contra de los inmigrantes ilegales tales como deportarlos a sus países de origen si los tribunales competentes así lo deciden. Sin embargo, la Comisión considera que es inaceptable deportar a individuos sin darles la posibilidad de argumentar su caso ante las cortes nacionales competentes, ya que ello es contrario al espíritu y texto de la Carta [Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos] y del derecho internacional. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC/18-03 del 17 de setiembre del 2003 sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, lo subrayado no es del original)

Estas limitaciones a la política migratoria del Estado han sido especialmente rigurosas en aquellos casos en que la medida pueda incidir en la unidad del vínculo familiar, en atención principalmente del interés superior del menor de edad de ser cuidado y atendido por sus padres y al principio de no injerencia de los Estados en la vida privada de las personas.

Específicamente en el caso de los matrimonios entre nacionales y extranjeros, la posición de la Sala Constitucional ha variado sustancialmente. En un inicio, el Tribunal Constitucional optó por considerar ajustado al Derecho de la Constitución, la realización de investigaciones administrativas tendientes a determinar si efectivamente el matrimonio era real. Al respecto se indicó:

"II.-Sobre el fondo. Es un hecho público y notorio que muchos extranjeros pretenden acceder a una situación migratoria regular en nuestro territorio contrayendo nupcias con un costarricense. En reiteradas ocasiones, la Sala, se ha pronunciado sobre la necesidad de que las autoridades migratorias procedan a la reunificación de la familia con el propósito de evitar que se pueda afectar, fundamentalmente, el núcleo familiar y a los menores de edad procreados, cuyo interés superior debe anteponerse a toda consideración. Sin embargo, tampoco ignora este tribunal que algunos extranjeros crean un vínculo jurídico matrimonial con el evidente propósito de beneficiarse de él para efectos migratorios, es decir, acuden a practicar actos simulados para producir un fraude a la ley y, también, a la Constitución puesto que lo que recibe especial tutela del Derecho de la Constitución no es la existencia de un vínculo formal, sino la materialidad de aquél vínculo en el concepto de familia. ..

III.-En el presente asunto, como lo dice la misma recurrente, su unión matrimonial ni siquiera se ha materializado, pues el vínculo formal se estableció a través de apoderado especialísimo. La sola existencia de un vínculo matrimonial, no puede suponer la derogación singular de las normas legales que rigen el ingreso de extranjeros en el territorio nacional. Será a través del procedimiento administrativo incoado al efecto, conforme a las disposiciones legales establecidas, donde podrá acreditarse la existencia de un vínculo familiar real con costarricense, lo que valorarán las autoridades accionadas, al resolver lo que en derecho corresponda. (Sala Constitucional, resolución número 2004-06904 de las once horas con siete minutos del veinticinco de

junio del dos mil cuatro, el subrayado no es del original. En el mismo sentido, es posible ver la resolución número 7179-1998 de las dieciséis horas cuarenta y ocho minutos del siete de octubre de 1998).

Sin embargo, la posición del Tribunal Constitucional varió, negando cualquier posibilidad de realizar un procedimiento administrativo para la verificación de los fines del matrimonio.

V.-Sobre la investigación preliminar en los casos de matrimonio por poder. La audiencia a la que se opone el actor, se explica en el informe del recurrido, forma parte de una investigación preliminar sobre la materialidad del vínculo matrimonial establecido entre Cruz Pérez y Rodríguez Carrillo, es decir, tiene el fin de verificar que éste no se haya celebrado con el solo propósito de facilitar el ingreso y residencia legal de Rodríguez Carrillo en territorio costarricense. Frente al alegato de desigualdad en relación con gestiones similares tramitadas con anterioridad, señala el recurrido que se debe a un cambio reciente del trámite: "en el segundo semestre del presente año, procedemos a apegarnos a lo dispuesto por la Sala en los votos 02168-99 y 6939-99 entre otros" (folio 23). Así, con base en anteriores resoluciones de este Tribunal, donde se habla de la posibilidad de investigar las razones de la constitución del vínculo matrimonial, la Dirección General de Migración y Extranjería decidió efectuar audiencias, como la que aquí se ataca.

VI.-La audiencia a la que se convocó a la amparada lesiona sus derechos fundamentales, debiendo estimarse el amparo, por las razones que siguen: a) la investigación preliminar a la que se está sujetando la resolución de su solicitud no es un requisito legal ni reglamentariamente exigido. Es más, ni siquiera está respaldada por una decisión del Consejo Nacional de Migración, sino que simplemente se habla de un cambio de orientación de la política migratoria. Cabe recordar, de todas maneras, que los requisitos exigibles para el ingreso de extranjeros en el territorio nacional es materia de derechos fundamentales y la cubre, por tanto, el principio de reserva legal, así como la prohibición colateral de innovar por vía reglamentaria...

VIII.-b) Por otra parte, considerados en sí mismos, el presupuesto y el objetivo de la investigación resultan contrarios a la libertad de matrimonio . Nótese que cuando se insiste en la

"materialidad" del vínculo como fin de la indagación de las autoridades de migración, ello implica que de no constatarse tal supuesto, no se extenderá el permiso para ingresar al país al cónyuge extranjero. Y, si bien es cierto, la ley -el Código de Familia- se refiere a los objetivos del matrimonio y entre ellos incluye la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio (artículo 11 del Código dicho), lo único que sanciona de nulidad es la estipulación de condiciones contrarias a esas finalidades, pero no el vínculo propiamente dicho, en caso de constatarse que los fines no se estén satisfaciendo (artículo 12 ibídem). Solamente se puede declarar -en sede jurisdiccional- la nulidad del matrimonio legalmente imposible y del anulable, entre cuyas causales no se incluye el emplearlo con objetivos distintos de los estipulados por el artículo 11 arriba mencionado (artículos 14, 15, 64 y 65 ibídem). Ciertamente, la decisión de las autoridades de migración no persigue -ni podría tener como efecto- la anulación del matrimonio de una persona costarricense con una extranjera, que se ha celebrado con el fin de facilitar a la segunda el ingreso a Costa Rica. Pero el anterior repaso de las normas del Código de Familia y de la Ley General de Migración y Extranjería permite concluir que un matrimonio que se celebre con el propósito dicho es válido (no contraviene el ordenamiento jurídico, no está expresamente prohibido); mientras que la investigación objetada busca sancionar -sin sustento alguno en el derecho positivo nacional- los matrimonios celebrados con tal intención, impidiendo que el cónyuge foráneo entre legalmente al país.

IX.-Pese a que la Constitución Política costarricense no prevé expresamente la libertad de matrimonio, ella está ampliamente regulada en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. ...

Asimismo, a través de su artículo 12 prohíbe las injerencias arbitrarias en la vida privada y la familia. ...

X.-Según lo que se ha repasado hasta aquí, la pregunta medular a la que conduce el amparo, al final de cuentas, es ¿puede el Estado costarricense rechazar a un(a) extranjero(a) porque su solicitud de visa y residencia permanente se basan en un matrimonio por poder con un(a) costarricense a quien no conoce o conoce muy poco?, o dicho de otra manera ¿es válido el control estatal del matrimonio celebrado con el designio de facilitar el ingreso y permanencia en Costa Rica de un extranjero? A juicio de la Sala, los textos normativos -legales y de derecho internacional- aplicables, que ya se repasaron, permiten dar una respuesta

negativa a la interrogante y es por ella que se opta en la decisión de este asunto. La vigilancia que pretende ejercer la Dirección General de Migración y Extranjería sobre casos como el de los amparados constituye una injerencia arbitraria en su vida privada y una limitación ilegítima de su libertad de matrimonio. Cuando un(a) extranjero(a) y un(a) costarricense se casan para facilitar la entrada del primero a Costa Rica, su consentimiento para el acto es libre y expreso. Esa única condición esencial para el ejercicio de la libertad de matrimonio no está puesta en entredicho aquí. Se trata de personas mayores de edad, en libertad de Estado, que decidieron contraer matrimonio por conveniencia, por razones humanitarias o incluso creyendo que pueden llegar a construir una familia con la persona desconocida. El principio de autonomía de la voluntad, reflejado en la vertiente específica de la libertad de matrimonio, repudia la intromisión estatal en tal acto. De este modo, vuelve la Sala sobre lo expresado en su sentencia #2168-99 de las 18:18 horas del 23 de marzo de 1999, en el sentido que es posible realizar pesquisas previas o posteriores de los matrimonios sobre los que existan indicios de haberse celebrado bajo las circunstancias que aquí se han comentado y que, a partir de su resultado, se pueda negar o retirar el status migratorio requerido. Se efectúa, en suma, un balance entre la preocupación de una migración excesiva de ciudadanos cubanos y la consecuente idea -no comprobada aún, por cierto, por las ciencias sociales- del desapoderamiento de los bienes que son prioritariamente para los costarricenses y el respeto de la libertad de los extranjeros y nacionales de unirse en matrimonio y con ello facilitar al cónyuge foráneo su ingreso en el país, inclinándose por la protección de estos últimos. (Sala Constitucional, resolución número 17713-2006 de las dieciséis horas y veintidós minutos del siete de diciembre del dos mil seis. El subrayado no es del original. [5])

Como se desprende de la extensa cita, el Tribunal Constitucional parte de que la protección constitucional a la libertad de matrimonio incluiría la posibilidad de realizar matrimonios con una finalidad distinta a la establecida por el Código de Familia, indicando que únicamente se podría cuestionar la validez de estos matrimonios si la ley los sanciona con nulidad.

Sobre el punto, debemos señalar que tal y como se desprende del artículo 52 constitucional, el "matrimonio es la base esencial de la familia" por lo que es claro que la protección que la Constitución Política otorga a los matrimonios está dirigida a aquellos que tengan por finalidad la conformación de una familia y no la obtención de un estatus migratorio, tal y como originalmente lo había asentado el Tribunal Constitucional. Bajo esta

inteligencia, el matrimonio efectuado con la finalidad de obtener un estatus migratorio es un acto jurídico efectuado en fraude de ley, y no debería generar ningún efecto jurídico.

No obstante lo antes expuesto, del criterio sostenido por la Sala Constitucional y para los efectos de esta consulta, nos interesa resaltar las siguientes ideas. En primer término, el problema en torno a la posibilidad de incorporar al ordenamiento jurídico una prohibición para efectuar matrimonios simulados, no tiene que ver exclusivamente con la forma en que estos matrimonios se efectúan - matrimonio por poder- sino con la finalidad misma con la que el matrimonio se efectúa. Así, vemos que los esfuerzos de los países tomados como ejemplo en la primera parte, se centra en establecer que el vínculo matrimonial obedece a una verdadera intención de mantener una vida en común (consentimiento matrimonial, en los términos de la doctrina española), y no a prohibir determinadas formas de efectuar el matrimonio. En efecto, el Código Civil de España permite el matrimonio por poder, pero sometiendo dicho procedimiento a la misma entrevista previa que se requiere para todos los casos en que uno de los contrayentes sea un extranjero no residente en España.

En segundo lugar, en criterio de la Sala Constitucional, la regulación de la nulidad del matrimonio efectuado con la finalidad exclusiva de obtener un estatus migratorio o la nacionalidad, debe ser expresa, de forma que la ley indique claramente como una causa de nulidad el contraer matrimonio con una finalidad distinta a la establecida en el Código de Familia.

En tercer lugar, la Sala Constitucional parece interpretar que sí podría existir una investigación administrativa a efectos de verificar la "materialidad del vínculo", si la disposición se encuentra establecida en una norma de rango legal. Sobre este aspecto, debe considerarse que la Ley de Migración y Extranjería, Ley 8487, en su artículo 67 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. Además, en caso de que se solicite residencia, dicho matrimonio deberá estar debidamente inscrito ante el Registro Civil de Costa Rica. "

La posición ha sido sostenida por la Sala Constitucional al analizar la Ley de Migración y Extranjería durante el trámite legislativo. En aquella oportunidad, la Sala señaló:

XII.-Potestades discrecionales de Dirección de Migración en matrimonio por poder: se analizará el artículo 67 del proyecto en cuanto a la exigencia al costarricense a residir un año fuera del territorio nacional cuando se trate de matrimonios por poder. Este artículo dice, resaltándose lo consultado:

ARTÍCULO 67.-

En caso de que se solicite 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 durante un mínimo de un año fuera del territorio nacional . Además, dicho matrimonio deberá estar debidamente inscrito ante el Registro Civil de Costa Rica, en caso de que se solicite residencia. Entiéndese por convivencia conyugal, para los efectos de la presente Ley, la unión estable de los cónyuges que integre una unidad social primaria, dotada de publicidad, cohabitación y singularidad, que amerita la protección del Estado.

Sobre las potestades en cuanto a la determinación del matrimonio por poder, la única inconstitucionalidad que aprecia esta Sala, es la exigencia de que el costarricense deba haber vivido conyugalmente en el extranjero durante un año, ello por cuanto tal exigencia conculca el principio de autonomía de la voluntad, conculcándose, indirectamente, la prohibición que contiene el artículo 32 de la Constitución Política, al exigir que el costarricense haya tenido, fuera del territorio nacional, una convivencia conyugal por un plazo no menor a un año; por otra parte, el requisito comentado, resulta violatorio de los principios constitucionales de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad. Esto, por supuesto, no excluye que el Estado pueda exigir los requisitos que considere necesarios respecto del matrimonio por poder, siempre y cuando tales exigencias sean razonables, conforme al Derecho de la Constitución, tal como se dijo. Sobre este delicado tema del matrimonio por poder y el uso indebido que se le puede dar, resulta necesario consignar algún comentario adicional, aunque muy concreto. Los antiguos romanos acuñaron la máxima *fraus omnia corrumpit* , que traduciríamos como el fraude lo corrompe todo , dado que en ocasiones estamos ante actos que parecen formalmente perfectos, pero cuya razón de ser y

finés, son otros, con lo cual en el fondo existen solamente para aparentar. Desde este punto de vista, no se pueden desconocer los llamados matrimonios de conveniencia, de complacencia, matrimonios blancos, o de la forma que los llame la doctrina, pero en todo caso entendiendo por tales, los matrimonios cuya finalidad o propósito no es llevarse a cabo para cumplir con lo que se entiende por matrimonio, y que, además, en principio no deberían esperar la protección del ordenamiento jurídico, como si fueran realmente lo que dicen ser, faltando elementos sustanciales en su constitución. No obstante lo dicho, y aun aceptando que es legítima la preocupación del Estado cuando el matrimonio por poder se utiliza solamente como un medio para obtener permisos de residencia o incluso la nacionalidad, no es la fórmula propuesta en el proyecto la que puede, también válidamente, darle solución al problema, según se ha analizado. De todas formas, aparte de la inscripción en el Registro Civil, que parece un requisito lógico en estos casos, tampoco desconoce la Sala que el solo hecho del matrimonio no obliga al reconocimiento de derechos migratorios a favor de la persona extranjera, pues deberán tenerse en cuenta otros requisitos que usualmente se exigen en estos casos. Así las cosas, encuentra esta Sala que la frase: "la convivencia conyugal durante un mínimo de un año fuera del territorio nacional " contenida en este artículo es contrario a la Constitución. Como efecto reflejo de esta inconstitucionalidad, también se decreta la del último párrafo de la norma comentada (artículo 67), cuando establece "Entiéndese por convivencia conyugal, para los efectos de la presente Ley, la unión estable de los cónyuges que integre una unidad social primaria, dotada de publicidad, cohabitación y singularidad, que amerita la protección del Estado..." . (Resolución número 9618-2005 de las catorce horas con cuarenta y seis minutos del veinte de julio del dos mil cinco.)

El criterio se ha reiterado al cuestionarse en la sede constitucional la aplicación de aquella la norma.

" A los dos últimos por habérsela negado a su madre y a ésta, entre otros motivos, porque «[...] no existen medios probatorios que demuestren la vivencia conyugal previa requerida por el ordenamiento jurídico, por lo cual al no cumplir con lo solicitado por la Dirección General de Migración y Extranjería, es procedente denegar por incumplimiento de requisitos en virtud del numeral 67 de la Ley No. 8487 [...]». Dicha norma 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. Además, en caso de que se solicite residencia, dicho matrimonio deberá estar debidamente inscrito ante el Registro Civil de Costa Rica».

Ahora, si bien con la promulgación de la Ley número 8487, se facultó a la Dirección General de Migración y Extranjería para valorar la materialidad del vínculo matrimonial –que recibe especial tutela en el Derecho de la Constitución–, y de esa forma evitar que se eludan los efectos del régimen migratorio con la sola existencia de un vínculo jurídico matrimonial, no puede admitir este Tribunal que ello suponga desconocer los principios que informan el procedimiento administrativo y los derechos fundamentales. Si al momento en que se conoció la solicitud, ésta adolecía de algún requisito establecido en la ley debió haberse prevenido su cumplimiento, para lo cual se debió haber conferido un plazo prudencial al interesado, al cabo del cual le correspondía a la Administración valorar la viabilidad de la gestión. Una actuación como la que se produjo en este caso, coloca al administrado en una situación de incertidumbre jurídica e indefensión, pues no tendría oportunidad de accionar, ni proveer lo necesario para que el trámite de la gestión sea cumplido, tal y como lo dispone el artículo 41 constitucional. A mayor abundamiento, la Ley de Protección al Ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos (N° 8220 del 4 de marzo del 2002) obliga a las administraciones públicas a establecer lazos y canales de coordinación efectiva, de tal forma que cuando un administrado gestione, la oficina pública donde planteó el trámite, debe calificarla pudiendo prevenirle, por una única vez y por escrito, que complete requisitos omitidos (artículo 6). Bajo esta inteligencia, estima la Sala que se vulneró el derecho a un procedimiento pronto y cumplido y el derecho a la defensa del amparado, por lo que se impone declarar con lugar el recurso con los efectos que se indicaran en la parte dispositiva de esta sentencia. Debido a que las resoluciones que deniegan la visa a los hijos de la amparada se sustentan en la denegatoria dictada contra ella, al anular ésta se deben anular las demás.” (Sala Constitucional, resolución número 2007-6221 de las diecinueve horas y cinco minutos del ocho de mayo del dos mil siete.)

IV. Análisis del articulado del proyecto de ley.

Como se señaló al inicio de este estudio, el proyecto de ley presentado pretende eliminar o prohibir los matrimonios por

conveniencia o simulados, a través de la eliminación de los matrimonios por poder y las sanciones administrativas y penales a los funcionarios que lleven a cabo este tipo de matrimonio.

El artículo 1 del proyecto de ley, establece la derogatoria del artículo 30 del Código de Familia, que dispone:

ARTICULO 30.-

El matrimonio podrá celebrarse por medio de apoderado con poder especialísimo constante en escritura pública y que exprese el nombre y generales de la persona con quien éste haya de celebrar el matrimonio; pero siempre ha de concurrir a la celebración en persona el otro contrayente.

No habrá matrimonio si en el momento de celebrarse estaba ya legalmente revocado el poder.

La intención de la norma es clara al excluir totalmente la posibilidad de realizar matrimonios por poder. El texto propuesto genera dudas a esta Procuraduría, sobre todo en cuanto a la razonabilidad y proporcionalidad de la medida impuesta. En efecto, como observamos en los apartados anteriores, el problema de la utilización del matrimonio fraudulento o simulado no se circunscribe a los efectuados por medio de un apoderado, sino que tiene relación con la finalidad misma por la que dos personas deciden contraer matrimonio. En este supuesto, la prohibición total podría no ser un medio razonable para lograr el objetivo propuesto, pues la prohibición de este tipo de matrimonios no prohíbe la realización de matrimonios simulados.

Por otra parte, los matrimonios por poder responden a una necesidad que ha sido reconocida por los instrumentos internacionales de derechos humanos. En efecto, la Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para contraer Matrimonio y el Registro de Matrimonios, Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en resolución número 1763 A del 7 de noviembre de 1962, dispone:

Artículo 1

1. No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, no será necesario que una de las partes esté presente cuando la autoridad competente esté convencida de que las circunstancias son excepcionales y de que tal parte, ante una autoridad competente y del modo prescrito por la ley, ha expresado su consentimiento, sin haberlo retirado posteriormente."

En el mismo sentido, la Resolución sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, resolución número 2018 del 1 de noviembre de 1965 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, expresa:

"Principio I

a) No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio, y testigos, de acuerdo con la ley.

b) Sólo se permitirá el matrimonio por poder cuando las autoridades competentes estén convencidas de que cada una de las partes ha expresado su pleno y libre consentimiento ante una autoridad competente, en presencia de testigos y del modo prescrito por la ley, sin haberlo retirado posteriormente."

A pesar de que Costa Rica no suscribió la convención citada, esta Procuraduría tendría dudas en torno a la razonabilidad y proporcionalidad de la medida propuesta.

El artículo 2 del proyecto de ley, pretende ampliar las causales de sanción disciplinaria a los notarios introduciendo un inciso d al artículo 145 del Código Notarial, de forma que el artículo señalaría:

Suspensiones de seis meses a tres años

A los notarios se les impondrán suspensiones desde seis meses y hasta por tres años:

a) En los casos citados en el artículo anterior, cuando su actuación produzca daños o perjuicios materiales o económicos a terceros, excepto si se tratare del cobro excesivo de honorarios.

b) Cuando cartulen estando suspendidos.

c) Si la ineficacia o nulidad de un instrumento público se debe a impericia, descuido o negligencia atribuible a ellos.

d) Cuando celebre un matrimonio sin cumplir las formalidades de ley o un matrimonio simulado con el concurso doloso de éste"

En nuestro criterio, el inciso presenta problemas de técnica legislativa. En primer término, parece asimilarse los "matrimonios simulados" a los matrimonios efectuados sin cumplir las formalidades de ley. Como vimos, ambas situaciones son diferentes. Por un lado, el Código de Familia contiene una serie de formalidades que deben efectuarse al celebrar el matrimonio, sin que la inobservancia de ellas implique la nulidad del mismo.

Por otra parte, el proyecto presentado no define lo que debe entenderse por matrimonio simulado, con lo cual al momento de aplicar el concepto indeterminado, podría no existir claridad en torno a qué debe entenderse por tal. En este sentido, debemos señalar que el propio proyecto de ley pareciera confundir los conceptos de matrimonio por poder con el matrimonio simulado o fraudulento, por lo que la labor interpretativa se dificultaría.

En segundo lugar, la sanción se aplicaría igual a los notarios que incumplen las formalidades de ley al efectuar el matrimonio; y a los que efectúan matrimonios simulados. La regulación no parece razonable, en el tanto en el segundo supuesto estamos ante una nulidad absoluta del vínculo matrimonial, en el tanto que el caso de la falta de requisitos formales, dicho vicio no importa de por sí una sanción de nulidad para el vínculo jurídico.

En tercer término, debemos llamar la atención en torno a la redacción del inciso, toda vez que la frase "con el concurso doloso de este", -que entendemos está referida al dolo del notario al efectuar el matrimonio simulado-, por su redacción parece más bien referida al concurso doloso entre el matrimonio sin las formalidades de ley y el matrimonio simulado. La frase, en nuestro criterio, no resulta clara por lo que respetuosamente recomendamos aclararla.

El artículo 4 del proyecto de ley propone incorporar un párrafo final al artículo 24 del Código de Familia, que exprese:

"El matrimonio simulado será nulo y no convalidará ningún tipo de derechos ni obligaciones a quienes lo hayan contraído de esta manera"

Debemos reiterar, en primer término, la recomendación efectuada al analizar el artículo anterior, en torno a la necesidad de que se incluya o se indique cuando estamos en presencia de un matrimonio simulado, de forma que se extraiga claramente que será aquel que ser efectúe con un fin distinto al dispuesto por la ley y con miras a lograr un estatus migratorio o la nacionalidad costarricense.

Por otra parte, consideramos que resulta necesario, además de definir la sanción de nulidad del matrimonio simulado, establecer qué tipo de nulidad acarrea este matrimonio. El artículo 14 del Código de Familia contempla los impedimentos dirimientes, cuyo supuesto hace que los matrimonios sean imposibles y que se sancionen con la nulidad absoluta; nulidad que de conformidad con el artículo 64 del Código de Familia puede ser solicitada de oficio. Señalan las normas lo siguiente:

" Artículo 14.-Es legalmente imposible el matrimonio:

- 1) De la persona que esté ligada por un matrimonio anterior.
- 2) Entre ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad.

El impedimento no desaparece con la disolución del matrimonio que dio origen al parentesco por afinidad.

- 3) Entre hermanos consanguíneos.
- 4) Entre el adoptante y el adoptado y sus descendientes; los hijos adoptivos de la misma persona; el adoptado y los hijos del adoptante; el adoptado y el excónyuge del adoptante; y el adoptante y el excónyuge del adoptado.
- 5) Entre el autor, coautor, instigador o cómplice del delito de homicidio de uno de los cónyuges y el cónyuge sobreviviente.
- 6) Entre personas del mismo sexo.
- 7) De la persona menor de quince años.

Artículo 64.-La nulidad del matrimonio prevista en el artículo 14 de esta Ley, se declarará de oficio. El Registro Civil no inscribirá el matrimonio de las personas menores de quince años.

Por su parte, los artículos 15 y 65 establecen las causales de

anulabilidad de matrimonio, supuestos en los cuales sólo las partes pueden iniciar el proceso para anular el matrimonio.

ARTICULO 15.-

Es anulable el matrimonio:

1) En el caso de que uno o ambos cónyuges hayan consentido por violencia o miedo grave, o por error en cuanto a la identidad del otro;

2) De quien carezca, en el acto de celebrarlo, de capacidad volitiva o cognoscitiva.

(Así reformado este inciso por el artículo 80 de la Ley de Igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad No.7600 de 2 de mayo de 1996)

3) (Este inciso fue Derogado por el artículo 4° de la Ley N° 8571 del 8 de febrero de 2007)

4) Del incapaz por impotencia absoluta o relativa, siempre que el defecto sea por su naturaleza incurable y anterior al matrimonio;
y

5) Cuando fuere celebrado ante funcionario incompetente

ARTÍCULO 65.-

La nulidad de los matrimonios a la que se refiere el artículo 15 podrá ser demandada:

(Así reformado por el artículo 80 de la Ley de Igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad No.7600 de 2 de mayo de 1996)

a) En el caso de que uno o ambos cónyuges hayan consentido por error, violencia o miedo grave, por el contrayente víctima de error, la violencia o miedo grave;

b) Al celebrarse el matrimonio de cualquier persona que carezca de capacidad volitiva o cognoscitiva, por el cónyuge que no la carezca y por los padres o el curador de la persona que carezca de capacidad volitiva o cognoscitiva.

(Así reformado este inciso por el artículo 80 de la Ley de Igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad No.7600 de 2 de mayo de 1996)

c) (Este inciso fue Derogado por el artículo 4° de la Ley N° 8571 del 8 de febrero de 2007)

d) En el caso de impotencia relativa, por cualquiera de los cónyuges; y en caso de impotencia absoluta, sólo por el cónyuge que no la padezca; y

e) En el caso de celebración ante funcionario incompetente, cualquiera de los contrayentes

De conformidad con las normas expuestas, resulta necesario definir el tipo de sanción que se propone otorgar a los matrimonios simulados, a efectos de dar coherencia al sistema de nulidades matrimoniales establecido en el Código de Familia.

El artículo 5 del proyecto de ley propone introducir un párrafo adicional al artículo 176 del Código Penal, para que el texto quede de la siguiente manera:

Matrimonio ilegal.

ARTÍCULO 176.-

Serán reprimidos con prisión de seis meses a tres años los que contrajeran matrimonio, sabiendo ambos que existe impedimento que causa su nulidad absoluta. (Así reformado por el artículo 1º de la ley N° 6726 de 10 de marzo de 1982).

Serán sancionados con prisión de dos a cuatro años, los contrayentes nacionales o extranjeros y los testigos que dolosamente den su consentimiento para casarse en forma simulada. Esta pena será de tres a cinco años, cuando se trate de simulaciones con la intención de obtener beneficios migratorios. La pena será de cinco a siete años para quienes se dediquen a la actividad ilícita de promover matrimonios simulados."

Como se desprende del texto resaltado de la norma, la acción tipificada como delito sería el "consentimiento para casarse en forma simulada". Sobre este punto, debe reiterarse la necesidad de establecer con claridad qué debe entenderse por matrimonio simulado, toda vez que el concepto utilizado en la norma penal no resulta claro como lo apuntamos líneas atrás.

En este sentido, debemos recordar que el principio de tipicidad penal, establecido en el artículo 39 constitucional, obliga al legislador a establecer con claridad las conductas que pretende prohibir. Al respecto, la Sala Constitucional ha señalado:

"[...] las pautas referidas por la Sala Constitucional , tienden a la depuración legislativa de los tipos penales [...] No es que la apertura del tipo signifique, entonces, por sí mismo, una vulneración al principio de legalidad y sus demás derivados, sino que así ocurrirá cuando la imprecisión conceptual y el sinnúmero de variables que pueden ser introducidas genéricamente, resten claridad y determinación que se pretende sancionar. Al contrario, cuando el tipo abierto permite sin mayores dificultades al juzgador, individualizar la conducta prohibida acudiendo a pautas o reglas que están fuera del tipo penal (como ocurre al establecer el elemento generador de la falta al deber del cuidado en el homicidio culposo o cometido con culpa, según lo expresa el artículo 117 de nuestro Código Penal) o facultando a aquél para que en el cerramiento del tipo siga una pauta legal de cuantía o de magnitud, normalmente señalada por la vía del ejemplo (que sería otra forma de apertura típica), ciertamente no se incurre en los defectos que fueron examinados."

(Sentencia número 0447-91, de las quince horas treinta minutos del veintiuno de febrero de mil novecientos noventa y uno). ...un tipo penal abierto resulta inconstitucional cuando no pueda lograrse un nivel de precisión en cuanto a la descripción del tipo, es decir, cuando la descripción de la conducta no contiene los elementos descriptivos del comportamiento tipificado por el legislador, y más bien, se ha aceptado la utilización de conceptos jurídicos indeterminados cuando no se delega en el juez la determinación de la conducta reprimida" (Sala Constitucional, resolución número 17589-2006 de las catorce horas y cincuenta y seis minutos del seis de diciembre del dos mil seis, el resaltado no es del original)

En el presente caso, como vimos, la doctrina hace referencia a la existencia de una finalidad distinta para contraer matrimonio, siendo que la finalidad está dada por el deseo de obtener una ventaja migratoria. En el proyecto de ley, dicha definición no es clara, pues la nulidad del matrimonio no se deriva del incumplimiento de los fines.

Siguiendo esta misma línea de pensamiento, el propio texto del artículo del Código Penal presupone varias circunstancias: el matrimonio ilegal por incumplimiento de los requisitos del artículo 14 del Código de Familia, el matrimonio ilegal por ser un matrimonio simulado y la agravación de la pena por ser un matrimonio simulado con miras a obtener un estatus migratorio, lo

cual introduce incertidumbre en torno al concepto mismo de matrimonio simulado.

Asimismo, la conducta tipificada "casarse en forma simulada" parece no resultar aplicable a los testigos, quienes no contraen matrimonio en el acto y por lo tanto, no podrían cometer el delito de "casarse en forma simulada"

V. Conclusiones

A partir de lo expuesto, este Órgano Técnico Consultivo considera que el proyecto de ley sometido a nuestro conocimiento presenta problemas en cuanto a la razonabilidad de las medidas propuestas.

Por lo demás, es obvio que su aprobación o no es un asunto de política legislativa que le compete en forma exclusiva a ese Poder de la República.

Atentamente,

Grettel Rodríguez Fernández

Procuradora Adjunta

[1] Ver entre otros, el criterio OJ-166-2005 del 19 de octubre del 2005.

[2] Ver entre otros, los criterios OJ-053-98 de 18 de junio de 1998 y OJ-049-2004 de 27 de abril de 2004

[3] En este sentido, es interesante ver los casos Yildiz contra Australia, de 31 de octubre del 2002, Caso Ünder contra los Países Bajos, solicitud número 46410/99, resolución del 18 de octubre del 2006, caso de KAFA contra Alemania, fallado el 28 de junio de 2007

[4] Paul and Mona Anetekhai vrs Immigration and Nautalization Services, decisión del Quinto Circuito Judicial Federal de los Estados Unidos de América, 1989, citado en Boswell, Richard, Immigration and Nationality Law, Cases and Materials, Carolina Academic Press, Carolina del Norte, 2000, pag. 499.

[5] En el mismo sentido, es posible ver las resoluciones 3499-2005 de las ocho horas con treinta minutos del primero de abril del dos mil cinco, 2005-02645 de las nueve horas con diecinueve minutos del once de marzo del dos mil cinco, 2005-01795 de las dieciséis horas con quince minutos del veintitrés de febrero del dos mil cinco, 2004-12670 de las nueve horas con cinco minutos del doce de

noviembre del dos mil cuatro, 2003-06576 de las catorce horas con treinta y cinco minutos del nueve de julio del dos mil tres, 08186-1998 de las dieciocho horas cuarenta y cinco minutos del diecisiete de noviembre de mil novecientos noventa y ocho

b) Actuación arbitraria de la Dirección General de Migración y Extranjería recurrido al denegar solicitud de visa, para el ingreso de la cónyuge del amparado, quien es extranjera cuestionando la validez de su matrimonio

[SALA CONSTITUCIONAL]⁵

Exp: 07-005950-0007-CO

Res. N° 2007-07388

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas y diecisiete minutos del veintinueve de Mayo del dos mil siete.

Recurso de amparo interpuesto por Carlos Manuel Segura Jiménez, mayor, casado, abogado, portador de la cédula de identidad número 1-399-553, vecino de San José, a favor de Yamile Pérez Ripio y José Angel Vargas Navarro, contra la Dirección General de Migración y Extranjería.

Resultando:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 10:40 horas del 3 de mayo del 2007, el recurrente manifiesta que el 17 de julio del 2006 el amparado Vargas Navarro presentó solicitud de visa ante la Dependencia recurrida por reunificación familiar a favor de su esposa. El 16 de marzo del 2007, por resolución #D.G.V.R. 1017-2007 LAUP se le comunicó la denegatoria de la solicitud utilizando como único y antojadizo argumento la supuesta invalidez e ineficacia del vínculo matrimonial, arrogándose la Dirección accionada funciones que la ley no le ha concedido.

2.- Informa bajo juramento Mario Zamora Cordero, en su calidad de Director General de Migración y Extranjería (folio 5), que la denegatoria de visa de ingreso de la amparada se ajustó al bloque de legalidad, se fundamentó debidamente y en todo momento se respetó el debido proceso. Que ha actuado en su condición de funcionario público, nunca en su condición personal. Compete al Estado determinar cuáles extranjeros pueden ingresar y permanecer en su territorio. El cumplimiento de los requisitos no implica, ipso iure, la calificación bajo una determinada categoría migratoria. No debe autorizarse en sede constitucional un permiso de ingreso que por razones de estricta legalidad administrativa no es posible materializar. Solicita que se desestime el recurso planteado.

3.- En los procedimientos seguidos se ha observado las prescripciones legales.

Redacta el Magistrado Armijo Sancho ; y,

Considerando:

I.- Objeto del recurso. Alega el recurrente que se han quebrantado los derechos fundamentales de los amparados porque la solicitud de visa de ingreso por reunificación familiar gestionada a favor de Yamilé Pérez Ripoll, ciudadana cubana, fue rechazada por la Dirección recurrida, alegándose que su matrimonio con José Angel Vargas Navarro, carece de validez porque se celebró con fundamento en un poder especial y no en un poder especialísimo, como lo establece el artículo 30 del Código de Familia.

II.- Hechos probados. De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos, sea porque así han sido acreditados o bien porque el recurrido haya omitido referirse a ellos según lo prevenido en el auto inicial:

a) que el matrimonio de los amparados, celebrado el 26 de diciembre de 2005, se encuentra inscrito en el Registro Civil (certificación visible a folio 34 del expediente administrativo #1165-2006);

b) que el 2 de mayo de 2006, el amparado Vargas Navarro planteó una solicitud de visa de ingreso y residencia permanente libre de condición a favor de su cónyuge Yamilé Pérez Ripoll (folio 33 ídem);

c) que mediante resolución #D.G.V.R. 01059-2007 LAUP de las 10:00 horas del 20 de marzo del 2007, la Dirección General de Migración y Extranjería denegó la solicitud de visa de ingreso a favor de Pérez Ripoll, por cuanto el matrimonio de ésta con Vargas Navarro se había llevado a cabo por medio de poder especial y no de un poder especialísimo como correspondía (folio 39 ídem).

III.- Sobre el fondo. Este Tribunal considera que la Dirección General de Migración y Extranjería no puede cuestionar el cumplimiento de requisitos legales de los matrimonios que se encuentran inscritos ante el Registro Civil, pues ello es competencia exclusiva de otras instancias administrativas o judiciales. En el caso concreto, del estudio de la resolución por medio de la cual se rechazó la solicitud de visa de ingreso para la amparada se desprende que tiene fundamento en el hecho de que el matrimonio de Vargas Navarro y Pérez Ripoll se llevó a cabo por medio de un poder especial y no un poder especialísimo, tal y como lo dispone el artículo 30 del Código de Familia. Es decir, la Dirección recurrida basa la desestimación de la solicitud de los amparados, en el supuesto incumplimiento de un requisito legal para la realización del matrimonio de los gestionantes, situación que resulta ilegítima pues no corresponde a la autoridad accionada verificar el cumplimiento del requisito referido, toda vez que ello es competencia de otras instancias, más aún si se toma en cuenta que la indicada unión ya se encuentra inscrita ante el Registro Civil. En ese sentido, si lo que pretende la Dirección General de Migración y Extranjería es cuestionar la validez del matrimonio celebrado entre los amparados, deberá substanciar el trámite requerido por el ordenamiento jurídico para anular un asiento inscrito en el Registro Civil. Como corolario de lo expuesto se impone declarar con lugar el recurso con las consecuencias que se detallarán en la parte dispositiva de esta sentencia.

IV.- Falta personal de Mario Zamora Cordero. El ordinal 51, párrafo primero, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional estatuye que cuando un recurso de amparo es declarado con lugar se condenará en abstracto a la indemnización de los daños y perjuicios causados y al pago de las costas del recurso, extremo

que se reservará para ejecución de sentencia. El párrafo segundo de ese mismo numeral preceptúa que la condenatoria será en contra del ente público y que esta instancia podrá condenar en forma solidaria al funcionario cuando haya mediado dolo o culpa en los términos del artículo 199 de la Ley General de la Administración Pública. Este último precepto citado de la Ley General de la Administración Pública recoge lo que en el régimen de la responsabilidad administrativa se denomina la falta personal de un funcionario público, esto es, cuando un servidor o funcionario público actúa con dolo o culpa y se le causa una lesión antijurídica a un particular, involucrando de esa forma la responsabilidad del ente público. La falta personal se caracteriza por estar separada del servicio público o tener la condición de extra-funcional, empero siempre debe encontrarse total o parcialmente vinculada o conectada con el servicio público, sea por que el funcionario aprovecha o emplea los medios o instrumentos que la administración pone a su cargo (conexión instrumental), las circunstancias temporales y espaciales (conexión circunstancial) o bien los fines de la propia administración pública (conexión teleológica). En el presente asunto, este Tribunal Constitucional estima que Mario Zamora Cordero ha incurrido en una conducta subjetivamente reprochable que le ha provocado a los amparados una lesión antijurídica. El dolo o intención de causar el daño deriva de ser conocedor de los innumerables recursos de amparo declarados con lugar por esta Sala con anterioridad a la presentación del presente, sin haber adoptado las medidas de gestión administrativa pertinentes para dejar de denegar las peticiones de visa de ingreso con motivo del tipo de poder con base en el cual se celebró el matrimonio entre los amparados y superar, así, un suerte de estado administrativo de cosas inconstitucional que este Tribunal ha puesto de manifiesto y señalado con la estimación de múltiples pretensiones similares a la presente que se le han notificado a ese funcionario. Bajo esta inteligencia, se impone condenar a Mario Zamora Cordero solidariamente con el Estado al pago de los daños y perjuicios provocados a los amparados.

V.- El Magistrado Federico Sosto y la Magistrada Rosa María Abdelnour salvan el voto únicamente en cuanto se condena en lo personal al Director General de Migración y Extranjería al pago de las costas, daños y perjuicios .

Por tanto:

*Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica*

Se declara con lugar el recurso. Se anula la resolución #D.G.V.R. 01059-2007 LAUP de las 10:00 horas del 20 de marzo del 2007. Se ordena Mario Zamora Cordero, Director General de Migración y Extranjería, resolver como en derecho corresponda la solicitud de visa de ingreso presentada por el amparado el 2 de mayo de 2006, dentro del plazo de quince días contado a partir de la notificación de esta sentencia, sin entrar a valorar si el matrimonio de los amparados, cumple con los requisitos establecidos legalmente. Se advierte a Mario Zamora Cordero, o a quien ocupe su cargo como Director General de Migración y Extranjería, que de conformidad con lo establecido por el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional se impondrá prisión de tres meses a dos años o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada dentro de un recurso de amparo y no la cumpliere o no la hiciera cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena solidariamente al Estado y a Mario Zamora Cordero al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. Notifíquese esta sentencia a Mario Zamora Cordero, o a quien ocupe su cargo como Director General de Migración y Extranjería, en forma personal. Comuníquese.-El Magistrado Federico Sosto y la Magistrada Rosa María Abdelnour salvan el voto únicamente en cuanto se condena en lo personal al Director General de Migración y Extranjería al pago de las costas, daños y perjuicios .

Ana Virginia Calzada M.

Presidenta a.i.

Gilbert Armijo S.

Adrián Vargas B.

Fernando Cruz C.

Federico Sosto L.

Teresita Rodríguez A.

Rosa María Abdelnour G.

07-5950-0007-CO

Voto salvado de los Magistrados Abdelnour y Sosto

con redacción de éste último

Los suscritos compartimos la decisión de fondo de este asunto, pero disentimos en cuanto se condenó en lo personal al Director General de Migración y Extranjería, al pago de costas, daños y perjuicios. Esa condenatoria no podía hacerse sin haberse cumplido primero con poner al recurrido en conocimiento de esa eventual consecuencia, mediante una audiencia específica, en la que se adviertan las consecuencias, situación que se extraña en este caso y además deben demostrarse los elementos para estimar que existe en la especie dolo o culpa grave, en los términos expresados por el artículo 199 de la Ley General de la Administración Pública y a los que remite el párrafo segundo del artículo 51 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, debido a que en el fondo se trata de una sanción, si bien de naturaleza civil, condición que tampoco se cumple. No nos parece suficiente la audiencia dada al funcionario en lo personal en el auto de curso visible a folio 3, puesto que no se le imputan las acciones que configuran en la especie su conducta dolosa o de culpa grave, ni intiman en forma expresa y clara las consecuencias jurídicas de dicha apreciación.

c) Análisis del matrimonio Ilegal

[TRIBUNAL SUPERIOR DE CASACIÓN]⁶

118-F-94.

TRIBUNAL SUPERIOR DE CASACION. San José, a las nueve horas veinte minutos del dieciocho de abril de mil novecientos noventa y cuatro.-

Recurso de Casación interpuesto en la presente causa seguida contra M. R. B , de treinta y dos años de edad, casado, oficial de investigación, vecino de Alajuela, nativo de Nicoya, hijo de María Isabel Barrantes Trejos y José Manuel Rodríguez Mejías, cédula de identidad número 5-190-443, por el delito de MATRIMONIO ILEGAL , en perjuicio de LA FAMILIA . Intervienen en la decisión del recurso los señores Jueces Superiores, Dr. Fernando Cruz Castro, y los Licenciados Magda Lorena Pereira Villalobos y Carlos Luis Redondo Gutiérrez. Se apersonaron en casación, el Licenciado Marcial Quesada Solís y el representante del Ministerio Público, Licenciado Gerardo Pacheco Mena.

RESULTANDO.

1) Que mediante sentencia dictada a las ocho horas del ocho de diciembre de mil novecientos noventa y tres, el Juzgado Penal de Alajuela, resolvió: "POR TANTO: De conformidad con lo expuesto, artículos 39 y 41 de la Constitución Política , artículos 1, 30, 31, 45, 50, 59, 71, 74 y 176 del Código Penal, artículos 1, 390, 392, 393, 395, 396, 399 y 543 del Código de Procedimientos Penales, artículos 31 y 33 del Código de Familia, se declara a M. R. B. Y M. L. M. V, coautores responsables del delito de MATRIMONIO ILEGAL cometido en perjuicio de LA FAMILIA y en tal carácter se le impone a casa uno el tanto de SEIS MESES DE PRISION, pena que deberán descontar en el lugar y forma que lo indiquen los respectivos reglamentos carcelarios, previo abono de la preventiva sufrida. Por un período de prueba de TRES AÑOS se le concede el beneficio de ejecución condicional de la pena, en el entendido de que durante ese lapso no deberán ser condenados por nuevo delito doloso con sanción superior a los seis meses de prisión, o, de lo contrario, deberán cumplir la sanción aquí

impuesta y la nueva pena que afronten. Además se les condena al pago de las costas procesales y personales de la presente acción. Una vez firme inscribábase esta sentencia en el Registro Judicial. HAGASE SABER. Lic. Jorge Luis Morales García, Juez Penal a.i.; Rafael Jiménez Cerdas, Prosrio."

2) Que contra el anterior pronunciamiento, el Licenciado Marcial Quesada Solís interpuso recurso de Casación, por el Fondo y por la Forma.

3.- Que verificada la deliberación respectiva de conformidad con lo dispuesto por el artículo 481 del Código de Procedimientos Penales, el Tribunal se planteó las cuestiones formuladas en el recurso.

4) Que en los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.

Redacta el Juez Superior Cruz Castro, y;

CONSIDERANDO:

El defensor de los acusados, plantea vicios de forma y fondo contra la sentencia dictada por el Juez Penal de Alajuela. Respecto a los vicios, de fondo, el impugnante, expone lo siguiente : Alega errónea aplicación del artículo 176 del código penal y que tipifica el delito de matrimonio ilegal, ya que en el caso en examen, se admitió, como hecho demostrado, que el notario no firmó la escritura, de tal forma que no se celebró el matrimonio, que es uno de los requisitos normativos que contiene el tipo penal aplicado en la sentencia condenatoria. A folios 114 y 115 del expediente consta fotocopia certificada de la escritura, en la que el propio notario indica que no firmó el acta matrimonial. Sin embargo, el señor Juez asevera que esta circunstancia es totalmente intrascendente, pues tal hecho no afecta lo que los coimputados hicieron insertar en el protocolo del notario expresando libremente su voluntad de contraer matrimonio bajo el supuesto de una libertad de estado inexistente. Este razonamiento es erróneo, pues no se ha hecho insertar nada, en virtud de la falta de firma en el documento. La voluntad de los contrayentes no nació a la vida jurídica, pues el funcionario ante el que comparecieron, no da fe de su dicho. En estas circunstancias, existió errónea aplicación del artículo 176 del código penal, en relación a los artículos 30, 31, 32 y 45 ibídem. Se transgrede también el artículo 198 del código de procedimientos penales en cuanto al estado civil de las personas, pues no existió certificación registral del matrimonio que se acusa, puesto que no

se celebró. Los argumentos que expresa el impugnante, son convincentes, existiendo en este caso una errónea aplicación de la norma sustantiva. A folio 116 vuelto el notario hace constar que no firmó la escritura correspondiente al matrimonio, porque era falso "... que el contrayente M. fuera divorciado una vez, de lo que nos enteramos después de muchos engaños y largas al asunto de entrega de la certificación de soltería que ambos contrayentes cometieron contra el Licenciado Gerardo Araya Arias celebrante del matrimonio y del suscrito. Dicho matrimonio, obviamente no fue presentado al Registro Civil .." . Con fundamento en esta prueba documental es evidente que los imputados no contrajeron matrimonio, que es uno de los requisitos normativos que contiene el artículo 176 del código penal. Como bien señala Fontán Balestra, el " .. acto que los contrayentes celebran deben reunir todos los requisitos, externos y formales de un matrimonio válido. La ausencia de cualquiera de esos requisitos supone que no se ha celebrado un matrimonio y por tanto, el hecho no es alcanzado por las previsiones...." el tipo penal que describe el matrimonio ilegal. (ver Fontán Balestra. Carlos. "Tratado de Derecho Penal"- Ed-Abeledo Perrot. Argentina. 1969. p.214.). Si el matrimonio no se celebró, no puede aplicarse el tipo penal previsto en el artículo 176 del código penal. El bien jurídico nunca corrió, ni remotamente, peligro, pues desde que se inició la ceremonia, el notario no firmó el acta, ya que los contrayentes nunca presentaron el documento que acreditara que uno de los cónyuges era soltero. Además, tampoco existió posibilidad de que el matrimonio surtiera efectos jurídicos reales, ya que el notario, ante la ausencia de un requisito esencial, se abstuvo de enviar la correspondiente comunicación al Registro Civil. La falta de firma del funcionario que debió actuar en el acto, excluye uno de los requisitos básicos para que el matrimonio sea válido, (ver de Chichizola, Mario. " Delitos contra el estado civil" , publicado en el volumen titulado "Manual de Derecho Penal" -Ed.Víctor de Zavalía. Argentina. 1978. p.227), impidiendo también la aplicación del tipo penal previsto por el artículo 176 del código penal. En el caso en examen, como bien lo señala el representante de la defensa, ni siquiera se cumplen los requisitos básicos de validez que exige el artículo 31 del código de familia. Tampoco existe tentativa, pues ni siquiera se inició la ejecución del hecho delictivo. Desde el inicio, la validez del acto quedó suspendida, como lo demuestra el hecho de que el notario no suscribió el acta, ni tampoco envió la comunicación correspondiente al Registro Civil. No existió en estas circunstancias, ni un principio de celebración. La acción imputada a los acusados, es atípica, pues le hace falta uno de los requisitos normativos del tipo y que consiste en la celebración efectiva del matrimonio. Tampoco es aplicable el artículo 178

del código penal, ya que en la simulación de matrimonio, se supone que el sujeto activo engaña a la víctima, haciéndole creer que están contrayendo matrimonio, sin embargo, en el caso en examen, los dos sujetos que contrajeron matrimonio conocían el impedimento y pretendieron su celebración real, como se refiere en la sentencia. La simulación de matrimonio, como bien lo señala Fontán Balestra(*ibid.p.228*), no lesiona realmente el estado civil de las personas, y supone, el engaño a uno de los contrayentes, lo que no ocurrió en el hecho acusado. En razón de lo expuesto, existe en el caso en examen una errónea aplicación del tipo penal previsto en el artículo 176 del código penal, ya que si no se celebró el matrimonio, no existe uno de los elementos normativos fundamentales que integran el tipo penal citado. Procede en este caso casar la sentencia impugnada, absolviendo de toda pena y responsabilidad a M. R. B. y M. L. M. V. Por resultar irrelevante, se omite pronunciamiento sobre los vicios de forma que señaló el abogado defensor en su recurso.

POR TANTO

Se declara con lugar el recurso de Casación por violación de la norma sustantiva, de acuerdo con lo que planteó el defensor de los acusados, casando la sentencia condenatoria y absolviendo de toda pena y responsabilidad a M. R. B. y a M. L. M. V.

d) Sobre la presentación de documentos idóneos para la celebración de matrimonios de nacionales con extranjeros.

[SALA SEGUNDA]⁷

Resolución 92-027.BIS

SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las once horas cincuenta y cinco minutos del primero de abril de mil novecientos noventa y dos.-

Diligencias de queja establecidas por la Sección de Inscripciones del Registro Civil contra el notario Mario Morales Coronado; y,

CONSIDERANDO:

I.- A través del oficio número 1700-S.I-87 de fecha diecinueve de noviembre de mil novecientos ochenta y siete, el señor Jhonny Santamaría Hidalgo, en calidad de Jefe de la Sección de Inscripciones del Registro Civil, pone en conocimiento de esta Corte, que la dependencia a su cargo recibió el certificado de declaración de matrimonio civil N. 112077 referente a los cónyuges José Félix Aguirre Domínguez y Juana Francisca Calderón Rivera, celebrado por el Notario Público Mario Morales Coronado. Manifiesta el citado funcionario, que ese matrimonio se encuentra pendiente de inscripción, por cuanto la contrayente comparece sin documento de identificación y es de nacionalidad nicaragüense.-

II.- Al respecto, informa el Licenciado Morales Coronado que adjunta nota de la señora Lilliana Rojas Marín, jefe del puesto de Migración de Playas del Coco, donde consta que doña Juana Francisca Calderón Rivera tiene en trámite su carnet de empadronamiento, cuyo número es 13060-154. Aportó también, certificaciones de nacimiento e hijos de los cónyuges, fotocopias de la escritura de matrimonio y de la declaración jurada. Además, señala que la señora Rivera Calderón, opta por la nacionalidad costarricense. Solicita declarar sin lugar la queja.-

III.- De las presentes diligencias de queja se desprende, que el Licenciado Mario Morales Coronado celebró el matrimonio de José Félix Aguirre Domínguez, costarricense, y Juana Francisca Calderón Rivera, de nacionalidad nicaragüense. El nacimiento de doña Juana Francisca, así como su libertad de estado, la fundamentó en la nota de doña Lilliana Rojas Marín, jefe del puesto de Migración de Playas del Coco, según la cual la contrayente tiene en trámite su carnet de empadronamiento, con el número 13060-154. También aportó declaración jurada recibida por él, certificación notarial de nacimiento de los cónyuges y de sus hijos, y certificación del trámite de residencia de la señora Calderón Rivera. Cuando se trata de celebración de matrimonios de ciudadanos extranjeros, el artículo 28 inciso 3º del Código de Familia, faculta al Notario para acreditar la libertad de estado y el nacimiento por otros medios (a falta de las respectivas certificaciones del Registro Civil) que le merezca fe. Por esa razón debe considerarse que los documentos presentados por el señor Morales Coronado cumplen con ese requisito y no incurrió en ninguna violación a los deberes que la ley le impone.-

POR TANTO:

Se declara sin lugar la queja formulada por el Jefe de la Sección de Inscripciones del Registro Civil contra el Notario Público Mario Morales Coronado.-

e) Validez de la declaración jurada de ciudadano extranjero para demostrar estado civil

[SALA SEGUNDA]⁸

Resolución 91-065.QUE

SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas cinco minutos del cuatro de octubre de mil novecientos noventa y uno.-

Vistas las presentes diligencias de queja establecidas por el Jefe de la Sección de Inscripciones del Registro Civil contra el Notario Pablo Galo Angulo Casasola; y,

CONSIDERANDO:

Reporta el licenciado Rodrigo Fallas Vargas en calidad de Oficial Mayor del Departamento Civil del Registro Civil, en su oficio n° 719-91, que al presentarse el certificado de declaración de matrimonio civil n° 132409 correspondiente a los contrayentes Mario Antonio Neil Bodden y Carla Valeria Rizzuti, celebrado por el notario público Pablo Galo Angulo Casasola, se omitió aportar el documento probatorio del divorcio de la contrayente. Al respecto manifiesta el notario que: su actuación estuvo apegada a la ley, ya que por ser la contrayente de nacionalidad italiana, le firmó un documento y bajo la fe de juramento sobre su estado civil, y que en casos como el presente, la ley habla simplemente de cualquier medio que le merezca fe al funcionario. Sobre el particular, el artículo 28, inciso 3° del Código de Familia, señala en lo que interesa: "... El extranjero podrá demostrar su libertad de estado por cualquier medio que le merezca fe al funcionario, en defecto de los documentos anteriormente citados;". En el presente caso el matrimonio lo realizó dicho notario, con base en una declaración jurada otorgada por la contrayente (ver folio 15), y tomando en consideración que la citada disposición es muy amplia en cuanto a la documentación que debe aportar un extranjero para demostrar su libertad de estado, atendiendo a la

dificultad que podría existir, esta Sala estima que debe declararse sin lugar la presente queja.

POR TANTO:

Se declara sin lugar la presente queja.

f) Indebida identificación de contrayente extranjero constituye falta grave

[TRIBUNAL DE NOTARIADO]⁹

VOTO # 76- 2007

TRIBUNAL DE NOTARIADO :. - San José, a las diez horas del veintinueve de marzo del dos mil siete.-

Proceso disciplinario establecido ante el Juzgado Notarial por el REGISTRO CIVIL representado por el Oficial Mayor Licenciado Rodrigo Fallas Vargas, contra el notario WARREN ALBERTO FLORES CASTILLO, mayor, abogado y notario, con oficina en San José, cédula 1- 645- 218, demás calidades ignoradas.-

RESULTANDO:

1 . El Registro Civil mediante oficio número 1364- 2004- OMC de fecha 9 de marzo del 2004, denunció al notario WARREN ALBERTO FLORES CASTILLO, porque dicho profesional envió la documentación respectiva del enlace matrimonial que celebró entre los señores Leonel Gerardo Quirós Jiménez y Aydalina García González, celebrado en San José, el 25 de marzo del 2003, cuyo certificado de declaración de matrimonio civil número 221904 y anexos y de su estudio se desprende que omitió la indicación del documento de identidad de la contrayente y la declaración jurada del estado civil de ésta, tiene fecha posterior al matrimonio y en la cual no se indica su documento de identidad.-

2 . En su contestación, el denunciado manifiesta que rechaza los cargos, pues realizó el enlace de conformidad con la ley y con la

manifestación que la contrayente le suministró y que de buena fe él aceptó como cierta. Que no entiende la actuación de los personeros del Registro Civil, de ejercer una fuerte persecución contra los notarios. Que se presentó documento o certificación notarial del estado civil de la contrayente con fecha anterior al matrimonio, de las 10 horas del 21 de marzo del 2004 y declaración jurada con fecha de las 10 horas del 25 de marzo del 2003, celebrándose el matrimonio a las 10 horas treinta minutos del 25 de marzo del 2003. Que la madre de la contrayente en ejercicio de la patria potestad de la menor, presentó su identificación y rindió declaración jurada, garantizando la identificación de la contrayente, que lo que hizo fue adicionar la escritura antes citada, manifestando la pérdida del documento de identificación y reiterando su estado civil. Por lo anterior, solicita se declare sin lugar esta denuncia en su contra.

3 . Mediante sentencia 95- 06 de las diez horas veinte minutos del diez de marzo del dos mil seis, se declaró con lugar la denuncia y le impuso un mes de suspensión por cada una de las faltas denunciadas, sea un total de dos meses de suspensión.-

4 . Por no estar conforme con lo resuelto, apeló el notario denunciado, en virtud de lo cual conoce ahora el Tribunal de la sentencia indicada.

5 . En los procedimientos no se notan defectos u omisiones que puedan causar nulidad.-

REDACTA EL JUEZ JIMÉNEZ OREAMUNO.-

CONSIDERANDO:

I . Se corrige el resultando 1) de la sentencia en cuanto a que la denuncia presentada, además de haber autorizado matrimonio sin documento idóneo de identificación de uno de los contrayentes, no fue de "una certificación del estado civil" de la contrayente de fecha posterior al matrimonio, sino de "una escritura pública de declaración jurada de la contrayente", en la que tampoco se indicó documento de identificación. Se corrige en igual sentido el Considerando IV (pág. 30, línea primera). Se corrige el hecho 2) de la lista de hechos probados que contiene la sentencia apelada, para que se lea que en la escritura mencionada, no se consignó el documento de identidad de la contrayente (véase folio 4). Se agrega un hecho probado nuevo número 5) que el notario denunciado fue notificado de este proceso en forma personal a las 11 horas del 12 de mayo del 2004 (véase folio 16).

II . Se adiciona el hecho probado 4) en el sentido de que por

escritura número 119 se adicionó la escritura número 444, con declaración jurada de libertad de estado por la contrayente sin que se haya consignado en esta adicional tampoco el documento de identificación de la menor compareciente. Se acogen los restantes hechos que como probados enumera la sentencia de primera instancia por ser todos ellos fiel reflejo de lo que informan los autos.-

III . PRESCRIPCIÓN : El notario interpone con su recurso la excepción de prescripción, basándose para ello en que a la fecha ya han transcurrido, más de tres años y medio de que autorizó el matrimonio, que éste está totalmente realizado y consumado, que no existen perjuicios continuos derivados de éste, además de que la última notificación que se le hizo fue hace más de dos años, alegatos que deben rechazarse, porque el notario autorizó el matrimonio el día 25 de marzo del 2003 (folio 7) y presentó la documentación al Registro el 27 de ese mes y año, y fue notificado del presente proceso el 12 de mayo del 2004 (folio 16), por lo que entre esas fechas no habían transcurrido los dos años del artículo 164 del Código Notarial. Además, el mismo artículo 164 en su párrafo segundo reza: " La prescripción se interrumpe por la notificación de la denuncia al notario. **UNA VEZ PRACTICADO ESTE ACTO Y MIENTRAS SE TRAMITA EL PROCESO, NO CORRERÁ PLAZO DE PRESCRIPCIÓN ALGUNO**". (mayúscula, negrita y subrayado suplidos), por lo que el alegato del apelante de que desde la última notificación dentro del proceso han transcurrido más de dos años, no es procedente.

IV . El Juzgado de primera instancia, tuvo por demostrado que, el notario autorizó el matrimonio de una menor extranjera, sin documento de identificación alguno, y que, posteriormente al matrimonio, autorizó la declaración jurada de la menor sobre su estado civil, razón por la que le impuso al notario una sanción disciplinaria de un mes de suspensión por cada una de las dos faltas, sea dos meses de suspensión en el ejercicio profesional como notario.

V . El notario denunciado funda su disconformidad en su escrito de apelación así como en el de agravios, en: PRIMERO. INCONGRUENCIA: La sentencia no se apega a la verdad real de los hechos, es omisa al no señalar las fechas de los hechos. Además, la contrayente sí se identificó, asimismo "tratándose de una menor de edad, la misma fue representada por su madre, la que aportó sus documentos de identificación idoneos (sic)". "La ley exige que la misma sea representada para dar el asentimiento por uno de sus progenitores, madre o padre, en este caso la misma fue representada debidamente por su madre. Para tales efectos, y con fecha anterior al matrimonio se aportó la declaración jurada de la madre declarando el estado civil y el nacimiento de su hija. Lo que se hizo posteriormente y que el juzgado notarial no entiende y confunde

fue ADICIONAR UNA ESCRITURA ACLARANDO OTROS DATOS, pero en el fondo del asunto, el nacimiento y el estado civil fue presentado por su madre en ejercicio de la patria potestad en tiempo y forma, la escritura adicional, lo que hace es aclarar cualquier duda sobre una escritura anterior". SEGUNDO: Que a la fecha de celebración del matrimonio, ni los menores costarricenses contaban con documento de identificación idóneo, pues no existía la tarjeta de identificación de menor, que lo único que se utilizaba era una simple partida de nacimiento y el asentimiento de uno de los padres, por lo que considera que no se le puede exigir requisitos que para ese tiempo no existían, pues se estaría aplicando la ley en forma retroactiva en su perjuicio. "Que la escritura adicional, no puede verse ni ser tomada en cuenta con (sic) una nueva escritura, es una adición a una escritura anterior". Que la suspensión impuesta en su contra, lo que hace es "quitar de la boca los alimentos" de su familia y los propios, que no tomó en cuenta que no existió mala intención de su parte, que esta sanción es comparable sólo a la Santa Inquisición, que lamentablemente la mentalidad del juzgador es represiva, de castigar, es aplicar la sanción más fuerte que exista, pues pudo haberse sancionado con apercibimiento o represión, de conformidad con el artículo 139 del Código Notarial. Que las dos faltas que se le atribuyen son una sola, la falta de requisitos, por lo que debió haberse impuesto una sola sanción, no con dos sanciones por un mismo hecho, por lo que se le violenta su derecho constitucional. Opone la excepción de prescripción la que ha de rechazarse por los motivos antes dichos. Alega también, que, no está claro si la prescripción debe analizarse aplicando el Código Notarial o bien el Código de Familia, pues existe una verdadera laguna legal, pues este Código de Familia no contempla disposición alguna que imponga sanción en su contra. Solicita se revoque la sanción impuesta y subsidiariamente solicita se le imponga un apercibimiento.

VI . ANÁLISIS DE FONDO : Este Tribunal avala lo resuelto por la autoridad de primera instancia y por eso ha de confirmarse. El Registro Civil denunció que el notario Warren Flores, celebró el matrimonio de Leonel Quirós y Aydalina García, el 25 de marzo del 2003, cuyo certificado de declaración de matrimonio civil número 221904 y anexos, una vez presentados al Registro y realizado el estudio correspondiente, determinó lo siguiente: a) que el notario omitió la indicación del documento de identidad que portaba la contrayente al momento de celebrar el matrimonio; b) Asimismo, presentó declaración jurada del estado civil de la citada contrayente, con fecha posterior a la celebración del matrimonio y en la cual no se indica el documento de identidad.- Este Tribunal, en forma profusa, ha dicho que el requisito de la identificación debe buscarse en el artículo 95 de la Ley Orgánica

del Tribunal Supremo de Elecciones, donde se establece la obligatoriedad de presentar la cédula de identidad a la hora de firmar las actas matrimoniales, en relación con el artículo 39 del Código Notarial que establece el deber del notario de identificar cuidadosamente a las partes intervinientes en los contratos que autoriza, y con el 85, que regula específicamente la intervención de extranjeros. Ahora bien, esa identificación, de acuerdo con esos artículos, debe hacerse con base en los documentos previstos para tal efecto por la ley, las convenciones o los tratados internacionales. En el caso de los nacionales, es con base en la cédula de identidad, pero cuando se trata de extranjeros es evidente que no podemos exigirle ese documento, sino que debemos remitirnos a la Ley de Migración y Extranjería, la que en su artículo 31 establece cuáles son los documentos que acreditan la permanencia de los extranjeros en el país, sean menores o mayores de edad. Esos documentos son: a) Cédula de residencia. b) Permiso temporal de radicación. c) Carné de refugiado. d) Carné de residente pensionado o de residente rentista, y d) Carné de asilado territorial.- Al respecto, puede consultarse entre otros, los votos números 161 de las 10:10 horas del 25 de octubre del dos mil uno y 318 de las 10:00 horas del 16 de diciembre del 2004.- También, puede identificarse al extranjero (sea también menor o mayor de edad), con el pasaporte, ya que este es un medio de identificación, reconocido y aceptado internacionalmente.- En el caso que nos ocupa, se tiene que el notario denunciado realizó el referido enlace matrimonial, mediante instrumento de las diez horas treinta minutos del 25 de marzo del dos mil tres, y en el que consignó la comparecencia de la contrayente Aydalina , como "menor, del hogar, soltera,.. " y omitió consignar su nacionalidad.- Además compareció al acto, la señora Paula Socorro González López, quien otorgó el asentimiento para realizar el citado acto.- Junto con la documentación que presentó el notario al Registro, acompañó declaración jurada que relaciona el instrumento número 443, de las diez horas del mismo día, donde comparece la indicada González López, en representación y ejercicio de la patria potestad de su hija Aydalina García, donde expresa que su hija nació el 11 de agosto de 1987, en la República de Nicaragua, Departamento de Zelaya, Ciudad de Kukra Hill, que es hija mujer de Felix García y de Paula González, ambos ciudadanos nicaragüenses.- En el instrumento número 444, mediante el cual se celebró el enlace matrimonial, el denunciado expresa que: "Al suscrito Notario le merecieron fe los documentos de identificación de los contrayentes y testigos, para la realización del acto", pero eso no es cierto, pues de acuerdo con la probanza existente en autos, el notario autorizante no contaba con los documentos necesarios para identificar, cuidadosamente y sin lugar a dudas, a la contrayente Aydalina , y para acreditar su nacimiento y

libertad de estado civil, al punto de que hasta ignoraba su nacionalidad y tampoco la consignó en el respectivo instrumento, ya que por ser hija de nicaragüenses no significa que necesariamente fuera de esa nacionalidad, y esas omisiones no pueden ser subsanadas por su madre en ejercicio de la patria potestad mediante declaración jurada que efectuó en ese sentido, como se verá mas adelante.- Ante la prevención que le hizo el Registro Civil para que se apersonara, debido a las omisiones en que incurrió al celebrar ese matrimonio, el notario confecciona la escritura número 119 del 12 de junio del 2003, mediante la cual comparece Aydalina y adiciona el instrumento número 444, realizando la misma declaración que había hecho previamente su madre mediante el instrumento número 443, respecto a su nacimiento y libertad de estado.- También confecciona el instrumento número 127 de fecha 23 de junio del dos mil tres, donde comparece de nuevo la citada Aydalina y declara que: "en días pasados, cuando andaba por el centro de Juan Viñas, se me perdió mi pasaporte, por mas que lo busque (sic) no lo pude encontrar." Sin embargo, esas declaraciones no eximen de responsabilidad al notario pues las omisiones y, por ende las faltas, las cometió al momento de autorizar dicho acto, relativas a que no indicó el documento de identificación y su libertad de estado de la contrayente, y esos documentos posteriores son confeccionados mucho tiempo después de realizado el matrimonio y subsiste en el acta de celebración del matrimonio, como en esos documentos posteriores, la omisión de identificar a dicha persona.- Debe expresarse que el deber pre-escriturario del profesional autorizante, le imponía excusarse de prestar el servicio que le fue rogado, toda vez que la contrayente no acreditó documentalmente su nacimiento y libertad estado civil, y tampoco presentó su documento de identificación vigente, por su condición de extranjera, conforme lo prescriben los artículos 28 inciso 3 del Código de Familia en relación con los artículos 6 y 36, 39 y 85 del Código Notarial y 31 de la Ley de Migración y Extranjería, y la manifestación que, en ese sentido efectuó su madre en ejercicio de la patria potestad, mediante el instrumento número 443, no tiene la virtud de reemplazar el cumplimiento de esos requisitos que le son requeridos a esta última, además de que por esta condición, las facultades de su madre se limitan a representarla legalmente y a brindar su asentimiento en el caso de matrimonio, conforme a los artículos 28 inciso 2º y 140 del Código de Familia, pero no a emitir declaraciones en sustitución de aquélla.- En todo caso, la contrayente debió presentar previamente a la celebración del matrimonio al notario la documentación original que acreditara su nacimiento y libertad de estado, expedida por las autoridades de su país de origen, con plena vigencia y debidamente legalizada, para que el notario las tuviera a la vista y constatará su idoneidad, o, en su defecto, una

declaración jurada de ella, respecto a su estado civil, con relación a no haber contraído nupcias en el extranjero, así como debió presentar el documento de identificación, de los ya citados y que contempla el artículo 31 de la Ley de Migración y Extranjería, vigente para cuando se autorizó el acto, para que el notario la identificara en forma debida y cuidadosa, o bien su pasaporte.- Por otra parte, el cumplimiento de tales requisitos para la celebración del matrimonio, no queda dispensado por el hecho de que la citada Aydalina era menor de edad, para cuando se realizó dicho enlace, pues aún así, le son exigidos esos documentos y el notario, como asesor de las partes, contralor de legalidad del acto que va autorizar, y concedor de la ley, debió verificar su debido cumplimiento, o, en su defecto, al carecer de ellos, excusarse de brindar el servicio.- Cabe agregar que la adicional que otorga la contrayente Aydalina, mediante el instrumento 119, autorizado por el denunciado el 12 de junio del dos mil tres, por la cual declara su libertad de estado y en la que el notario dice que "le mereció fe, el documento de identificación de la compareciente", tampoco releva de responsabilidad al notario, ya que es efectuada más de dos meses y medio después de realizado el vínculo matrimonial, además de que no se cumple con la acreditación de su nacimiento que debe ser efectuada en la forma antes expresada, sea mediante documento de su país de origen debidamente legalizado, y, por lo demás, el notario no puede indicar que le merece fe, el documento de identificación de esa persona, ya que no lo consignó cuándo se celebró el matrimonio y también lo omitió al otorgar ese adicional, y más bien, mediante instrumento de fecha 23 de junio del mismo año, la referida Aydalina, expresa que se le perdió, por lo cual no puede tener certeza que esa persona es quien dice ser y, por tanto, no puede dar ninguna manifestación en ese sentido.- No es cierto lo que dice el notario de que se le sanciona sin el debido proceso, pues de todas las actuaciones dentro de este expediente se le confirió audiencia y se apersonó y carece de respaldo probatorio su dicho de que la contrayente sí aportó documento de identificación, pues de haberlo hecho, no se le hubiera imputado esa falta y, en las escrituras que autorizó, no consigna el documento que falta y hasta la nacionalidad omitió en el acta de matrimonio, por lo que a falta de este documento, no puede afirmar que la identificó con documento idóneo.- La declaración que hizo su madre, para suplir esa omisión no cumple con el requisito que debe observar de identificar en forma cuidadosa a la contrayente, pues, como se expresó, las facultades de su madre se constriñen a su representación legal y a otorgar el asentimiento, no a suplir, la carencia de documento de identificación y acreditar su nacimiento y libertad de estado.- Además, su deber como notario, lo obligaban a tener a la vista el

documento legalmente idóneo para identificar a esa compareciente.-
En referencia

a la adicional que otorgó, debe indicarse que, las omisiones, por las cuales el Registro lo denunció, debió observarlas previamente a autorizar el matrimonio, sin lo cual debió abstenerse de prestar el servicio, pero, nótese, que también en esa adicional omite identificar a la contrayente, adicional que por demás, otorga dos meses y medio después de realizado el matrimonio, y posteriormente reafirma que a la contrayente se le perdió su pasaporte, por lo que carece de validez su afirmación de que todo fue presentado en regla, pues así no fue.- Tampoco es cierto, que después de más de tres años y medio se le carguen nuevos requisitos que para ese momento no existían.- Las faltas que se le imputan, son con base en la legislación notarial y de familia, vigente a esa fecha y al día de hoy y con base en ellas, se le impuso la sanción, de manera que carece de sustento su dicho de que no se imparte justicia, sino que se castiga por castigar.- En lo relativo de que para la fecha en que se realizó el matrimonio, ni siquiera los menores de edad costarricenses tenían documento de identificación, tampoco constituye motivo para que incumpliera con los deberes que le son inherentes como fedatario público, pues, en el caso que nos ocupa, tratándose de una menor de edad extranjera, debió identificarla con cualquiera de los documentos a que alude el artículo 31 de la Ley de Migración y Extranjería, vigente a la fecha en que se celebró el vínculo matrimonial, de manera que no tiene incidencia lo atinente a la tarjeta de identificación para menores de edad costarricenses, dispuesta mediante Ley 7688 de 6 de agosto de 1997 y exigible para menores de edad de este país, a partir del 2003.- En cuanto a lo expresado por el notario de que con esta suspensión lo que se hace es quitar de la boca los alimentos de su familia y los propios, dos meses sin ganar dinero, sin tener salario fijo, sin poder pagar sus obligaciones, debe indicarse que este Órgano Colegiado lamenta los inconvenientes derivados de la sanción que se le impone, pero, el notario, como concedor de la ley, debe saber que este es un Tribunal de derecho y, como tal, está en obligación de aplicar el régimen disciplinario y las sanciones previstas por el legislador para los casos de inobservancia de los deberes funcionales de parte de los notarios, por su condición de fedatarios públicos, sin que se apliquen sanciones en forma arbitraria o caprichosa, sino conforme al principio de legalidad, no siendo los argumentos a que alude el notario, suficientes para eximirlo de sanción.- Tampoco pone en duda este Tribunal la buena fe con que dice haber actuado el notario y más bien censura, las expresiones fuera de tono de parte de dicho profesional, comparando la aplicación de justicia en este caso con los de la Santa Inquisición , pues, en esta última, época por demás oscura

para la humanidad, no existía, como ahora, un régimen tan garantista y adecuado a la legalidad y al derecho de defensa que tiene toda persona, como el que se aplica en estos procesos disciplinarios, que como se indicó, está sujeto al principio de legalidad, según lo reafirma la jurisprudencia de la Sala Constitucional.- En cuanto a la calificación de la falta como grave, el artículo 139 del Código Notarial, establece que existirá falta grave y, por consiguiente, procederá la suspensión en todos los casos, que como el presente, la conducta del notario, no sólo perjudique a las partes, terceros o la fe pública, sino también, cuando se incumplan requisitos, condiciones o deberes propios del ejercicio del notariado, contemplados en las leyes o resultantes de las disposiciones emanadas de las autoridades públicas, en el ejercicio de competencias legales, tal como ocurrió en el presente asunto en las dos faltas que se le imputan.- El notario estima que se trata de una única falta, en lo que este Tribunal discrepa, pues, si bien la norma aplicada, el inciso e) del artículo 144 del Código Notarial, es por la que se le sanciona en las dos faltas cometidas, se trata de dos hechos independientes, la primera falta: el haber celebrado un matrimonio sin exigir el documento de identificación de la menor contrayente; y la segunda falta: haber autorizado escritura adicional de declaración jurada de dicha menor sobre su nacimiento y libertad de estado, en la que tampoco identificó a la compareciente menor. Por lo que, con tal proceder, el notario en dos ocasiones distintas, se hizo acreedor a una sanción que contempla el numeral 144 inciso e) que prevé sanciones de uno a seis meses, cuando el notario incumpla alguna disposición, legal o reglamentaria, que le imponga deberes u obligaciones sobre la forma en que debe ejercer la función notarial, por lo que su falta no puede contemplarse como leve, sino como grave por así establecerlo el artículo 139 de dicho Código. El notario alega también que las sanciones impuestas son excesivas, alegato que tampoco es de recibo, pues el juzgador de primera instancia le impuso la sanción mínima prevista en dicha norma (un mes) por cada una de las faltas denunciadas, por lo que no es posible rebajar el plazo de suspensión impuesto, ni considerar como leve las faltas, tal como ya se indicó.- Así las cosas, debido a que el recurrente efectuó el matrimonio de la contrayente Aydalina, omitiendo indicar su documento de identidad y después de celebrado éste, presentó la declaración jurada de su estado civil, omitiendo de nuevo indicar su documento de identificación legalmente previsto, incurrió en falta a sus deberes funcionales, motivo por el cual se hizo acreedor a la sanción que le fue impuesta por la autoridad de instancia.-

POR TANTO:

Se rechaza la excepción de prescripción interpuesta, y se confirma la sentencia recurrida.

FUENTES CITADAS

- 1 Asamblea Legislativa. Código Penal. Ley : 4573 del 04/05/1970
Fecha de vigencia desde: 15/11/1970
- 2 Asamblea Legislativa. Código de Familia Ley : 5476 del 21/12/1973
- 3 Asamblea Legislativa. Código Notarial Ley : 7764 del 17/04/1998
Fecha de vigencia desde: 22/11/1998
- 4 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Opinión Jurídica OJ-122-2007
14 de noviembre, 2007.
- 5 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Res. N°
2007-07388. San José, a las quince horas y diecisiete minutos del
veintinueve de Mayo del dos mil siete.
- 6 TRIBUNAL SUPERIOR DE CASACION. Resolución 118-F-94. San José, a las
nueve horas veinte minutos del dieciocho de abril de mil novecientos
noventa y cuatro.
- 7 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución 92-027.BIS
San José, a las once horas cincuenta y cinco minutos del primero de
abril de mil novecientos noventa y dos.
- 8 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución 91-065. San
José, a las nueve horas cinco minutos del cuatro de octubre de mil
novecientos noventa y uno.
- 9 TRIBUNAL DE NOTARIADO. Voto 76- 2007. San José, a las diez horas del
veintinueve de marzo del dos mil siete.