

RESOLUCION: 2324-2015
EXPEDIENTE: 15-001234-007-CO-UNED
ASUNTO: ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD
ACCIONANTE: FIDEL GAMBOA BEJARANO

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas diez minutos del treinta de junio de junio del año dos mil quince.

Acción de inconstitucionalidad promovido por **FIDEL GAMBOA BEJARANO**, mayor, empresario, casado una vez, con cédula de identidad 1-0663-0789, vecino de San Luis de Santo Domingo de Heredia, 200 metros al norte del plantel del AYA, contra el artículo 14 de la Ley de Pensiona Alimentarias, N° 7654, del 19 de diciembre de 1996, publicada en La Gaceta Número 16 de 23 de enero de 1997. Interviene en el proceso **ANA CECILIA JIMENEZ ESQUIVEL**, mayor, abogada, casada, vecina de Montes de Oca, con cédula de identidad 2-0755-834, en su condición de Procuradora General de la República, según Acuerdo del Consejo de Gobierno número 39, del treinta de marzo del dos mil nueve, ratificado por Acuerdo Legislativo número 68199-09-09, del 12 de junio de ese mismo año.

Resultando:

1.-Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las diez horas cinco minutos del día veintisiete de julio del año dos mil catorce solicita que se declare la inconstitucionalidad de la frase “salvo si la parte actora lo ha autorizado en forma expresa” del artículo 14 de la Ley de Pensiones Alimentarias, Ley Número 7654, por estimar que es violatoria de los principios y

derechos consagrados en los artículos 20, 22, 33, 56 de la Constitución Política, estos son, la libertad persona, la libertad de tránsito, el principio de igualdad y el derecho al trabajo; y de los Principios de Constitucionales de Proporcionalidad y de Razonabilidad; con base en las siguientes consideraciones: a.) la frase impugnada es incompatible con el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, pues mediante una ley se autoriza a un particular a decidir si una persona, el deudor alimentario, pueda salir del país; b.) el criterio de la parte actora de levantar el impedimento de salida del deudor es meramente subjetivo y no es una protección en sí para el futuro cumplimiento de la obligación alimentaria; c.) la normativa recurrida es incompatible con lo señalado por el Comité de Derecho Humanos en cuanto a que la restricción al artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos debe tener un fundamento jurídico claro, necesario y proporcional, siendo que la normativa nacional limita la salida del país de una persona solamente por tener una pensión alimentaria; d.) en relación con la proporcionalidad de la medida, la restricción migratoria debería de valorar la salida del país de una persona para considerar la afectación que sobre los derechos del deudor tiene la medida, como en el caso de que deba salir por trabajo afectando el artículo 53 de la Constitución Política; e.) el principio de proporcionalidad se afecta también en cuanto la restricción migratoria se aplica a todo obligado alimentario; f.) que la frase recurrida deja por fuera cualquier valoración de necesidad y proporcionalidad de la restricción por parte del juzgador; g.) que dicha frase no era parte del Artículo 19 analizado en su momento por la Sala Constitucional, por lo tanto es un elemento nuevo a considerar en el ámbito de la restricción migratoria y la pensión alimentaria; g.) la ley no permite discernir sobre la solicitud de la actora,

sea para levantarlo o para interponerlo, sino que la función del juzgador es la de mero tramitador de la voluntad de la parte demandante; delegando la función decisoria del disfrute de un derecho fundamental a un particular; h) el artículo 14 es discriminatorio en cuanto establece una división entre los mismos obligados alimentarios, entre aquellos que pueden pagar la garantía exigida y quienes no pueden y dependen de la voluntad de la parte actora; i.) la respuesta a la proporcionalidad y a la razón deben ser sobre un criterio práctico, no subjetivo de una valoración sin fundamento; j.) pagar 14 meses de pensión alimentaria como garantía implica una disposición de recursos que es ajena a la realidad de la mayoría de la población del país, quien con el mismo establecimiento de una pensión alimentaria ha visto afectado su patrimonio, que incide aún más si se establece como parte del rompimiento de una relación de matrimonio o unión de hecho reconocida, que implica una afectación mayor en la distribución de ingreso del demandado.

2.- El artículo 9 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional faculta a la Sala a rechazar de plano o por el fondo, en cualquier momento, incluso desde su presentación, cualquier gestión que se presente a su conocimiento que resulte ser manifiestamente improcedente, o cuando considere que existen elementos de juicio suficientes para rechazarla, o que se trata de la simple reiteración o reproducción de una gestión anterior igual o similar rechazada.

3.-A efecto de fundamentar la legitimación que ostenta para promover esta acción de inconstitucionalidad, señala como asunto previo el recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución del día 15 de junio del año 2014 del Juzgado de Pensiones del Segundo Circuito Judicial en que se da inicio a nuevo incidente de pensión alimentaria y se

establece de oficio la restricción migratoria por solicitud de la madre. Expediente 09-00032-0172-PA.

4.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se dio curso a la presente acción para que se declare inconstitucional el artículo 14 de la Ley de Pensiones Alimentarias, en cuanto a que la aplicación de la medida cautelar de restricción migratoria a los deudores alimentarios es contraria a los artículos 20, 22, 33, 56 de la Constitución y de los Principios de Constitucionales de Proporcionalidad y de Razonabilidad; se confirió audiencia por quince días a la Procuraduría General de la República y al Patronato Nacional de la Infancia.

5.-La Procuraduría General de la República rindió su informe visible a folios 30 a 45. Rechaza la admisibilidad de la acción de acuerdo por considerarla que la vía adecuada es la del recurso de amparo; que la anulación de la frase “salvo si la parte actora lo ha autorizado en forma expresa” es contraria al Principio de Progresividad, y la frase está de acuerdo al Principio de Interés Superior del Menor y lo señalado en los artículo 3 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989. Alega que la aplicación de la restricción migratoria forma parte de varios ordenamientos jurídicos en Centroamérica y de otros países; señala que en caso que el deudor alimentario decida asentarse en el extranjero, el deudor estaría sujeto a lo que decida la acreedora ante los jueces de su domicilio. Señala la importancia que la normativa internacional le da a la obligación alimentaria y señala que “mal harían los juzgadores de interpretar la ley ordinaria, favoreciendo a los deudores alimentarios por encima de la protección especial que se debe brindarse (sic) para

resguardar el bienestar del menor(s) de edad así como su madre”. Considera que anular la frase deja en desventaja la parte débil en el proceso alimentario, como lo es el menor de edad; que en relación al principio rector del interés superior del menor no es arbitrario ni desproporcionado que sea la parte acreedora quien tenga la potestad de levantar el impedimento de salida. Que el hecho de que el deudor alimentario haya cumplido con su obligación no garantiza que tal comportamiento varíe; por lo que si se deja a criterio del juzgador el levantamiento de la medida restricción migratoria no debería reprochársele por confiar en las promesas del deudor alimentario. En relación con las violaciones constitucionales señalas por el recurrente, las rechaza indicando como conclusión que la medida es razonable y la anulación de la frase recurrida sería un retroceso en el régimen de protección de los derechos de los menores de edad y en materia de equidad de género.

II-SOBRE EL OBJETO DE LA ACCION

El accionante pretende que se anule, se declare la inconstitucionalidad de la frase “salvo si la parte actora lo ha autorizado en forma expresa” del artículo 14 de la Ley de Pensiones Alimentarias, Ley Número 7654, por estimar que es violatoria de los principios y derechos consagrados en los artículos 20, 22, 33, 56 de la Constitución Política, estos son, la libertad persona, la libertad de tránsito, el principio de igualdad y el derecho al trabajo; y de los Principios de Constitucionales de Proporcionalidad y de Razonabilidad; con base en las siguientes consideraciones: a.) la frase impugnada es incompatible con el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, pues mediante una ley se autoriza a un particular a decidir si una persona, el deudor alimentario, pueda salir del país; b.) el

criterio de la parte actora de levantar el impedimento de salida del deudor es meramente subjetivo y no es una protección en sí para el futuro cumplimiento de la obligación alimentaria; c.) la normativa recurrida es incompatible con lo señalado por el Comité de Derecho Humanos en cuanto a que la restricción al artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos debe tener un fundamento jurídico claro, necesario y proporcional, siendo que la normativa nacional limita la salida del país de una persona solamente por tener una pensión alimentaria; d.) en relación con la proporcionalidad de la medida, la restricción migratoria debería de valorar la salida del país de una persona para considerar la afectación que sobre los derechos del deudor tiene la medida, como en el caso de que deba salir por trabajo afectando el artículo 53 de la Constitución Política; e.) el principio de proporcionalidad se afecta también en cuanto la restricción migratoria se aplica a todo obligado alimentario; f.) que la frase recurrida deja por fuera cualquier valoración de necesidad y proporcionalidad de la restricción por parte del juzgador; g.) que dicha frase no era parte del Artículo 19 analizado en su momento por la Sala Constitucional, por lo tanto es un elemento nuevo a considerar en el ámbito de la restricción migratoria y la pensión alimentaria; g.) la ley no permite discernir sobre la solicitud de la actora, sea para levantarlo o para interponerlo, sino que la función del juzgador es la de mero tramitador de la voluntad de la parte demandante; delegando la función decisoria del disfrute de un derecho fundamental a un particular; h) el artículo 14 es discriminatorio en cuanto establece una división entre los mismos obligados alimentarios, entre aquellos que pueden pagar la garantía exigida y quienes no pueden y dependen de la voluntad de la parte actora; i.) la respuesta a la proporcionalidad y a la razón deben ser sobre un criterio práctico, no subjetivo de una valoración

sin fundamento; j.) pagar 14 meses de pensión alimentaria como garantía implica una disposición de recursos que es ajena a la realidad de la mayoría de la población del país, quien con el mismo establecimiento de una pensión alimentaria ha visto afectado su patrimonio, que incide aún más si se establece como parte del rompimiento de una relación de matrimonio o unión de hecho reconocida, que implica una afectación mayor en la distribución de ingreso del demandado.

El recurrente solicita la declaración de inconstitucionalidad de la frase “salvo si la parte actora lo ha autorizado en forma expresa” sin embargo, en atención al contenido de la impugnación, la misma se dirige además contra la totalidad de la norma y en particular contra las condiciones para el levantamiento de la restricción migratoria.

III-DE LA LEGITIMACION DEL ACCIONANTE.- La presente acción presentada para estudio es admisible de acuerdo a lo señalado en el párrafo primero del artículo 75 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, en cuanto la impugnación de la norma está considerada en el recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución del día 15 de junio del año 2014 del Juzgado de Pensiones del Segundo Circuito Judicial en que se da inicio al incidente de aumento de pensión alimentaria y de oficio, ante la solicitud de la madre, se establece la restricción migratoria, proceso que se tramita bajo el Expediente 09-00032-0172-PA, cuya tramitación fue suspendida mediante resolución 1225 de las quince horas y diez minutos del 19 de junio del 2014, hasta que se resuelva esta acción de inconstitucionalidad; de manera que se constituye en medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado.

**III.- SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA IMPUGNADA.
ARTÍCULO 14 DE LA LEY DE PENSIONES ALIMENTARIAS.**

Esta Sala Constitucional se ha referido en otras ocasiones a la constitucionalidad de la norma recurrida, indicando que dicha norma no resulta inconstitucional por cuanto la restricción allí dispuesta constituye *“una medida racional y lógica para asegurar que el acreedor alimentario no sufra la carencia de los medios económicos necesarios para su manutención”*. Además de que, como se ha indicado, la libertad de tránsito *“no es un derecho absoluto, sino que tiene ciertos límites y que admite restricciones razonables para su ejercicio. Por ello el obligado a dar alimentos, al no estar libre de responsabilidad, debe garantizar los alimentos del beneficiario para poder hacer abandono del país”* (Sentencia 15506-12). En la Sentencia 6123-93, de las de las catorce horas veintisiete minutos del veintitrés de noviembre de mil novecientos noventa y tres, esta Sala Constitucional analizó el artículo 19 de la Ley de Pensiones Alimenticias, N° 1620, que era la normativa vigente en ese momento sobre obligación alimentaria, siendo que la misma guarda relación con la normativa recurrida: *“Artículo 19.- Ningún deudor de alimentos que estuviere condenado al pago de una pensión alimenticia, ante cualquiera de las autoridades competentes según esta ley, podrá abandonar el país sin dejar suficientemente garantizado el pago de aquella en un lapso de un año. A ese efecto, se llevará un archivo en la Agencia Judicial de Pensiones Alimenticias de la ciudad de San José, en que consten los nombres de los obligados al pago de una pensión. Para formar ese archivo, toda autoridad que imponga el pago de pensión, comunicará a dicha Agencia, por la vía más rápida, la sentencia que haya dictado de la obligación, cuando se produjere. Las autoridades encargadas de visar pasaportes*

a ciudadanos costarricenses o extranjeros, les exigirán el presentar una certificación basada en el archivo dicho que demuestre que no están obligados a pagar pensión alimenticia o que han cumplido con lo que la presente ley exige, como requisito ineludible para otorgar la visa. Ese atestado se extenderá en papel de oficio y deberá llevar, como único impuesto; un timbre "Hospicio de Huérfanos de San José" por valor de dos colones (¢ 2.00)." El último párrafo de dicho artículo fue declarado inconstitucional en la sentencia señalada, entre otras razones en consideración a que el requisito exigido violentaba el principio de presunción de inocencia, siendo que se indicó en ese momento que este principio *"existente en el derecho penal, es también asimilable en la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio o limitativo de sus derechos"*. Para declarar la constitucionalidad de la medida de restricción migratoria establecida en dicho artículo 19 de la Ley de Pensiones Alimenticias, la Sala Constitucional señaló en la sentencia mencionada que *"debe tenerse presente, para los efectos del análisis dicho, que la libertad de tránsito -a la que se refiere la restricción que contiene el párrafo en comentario- no es un derecho absoluto, sino que tiene ciertos límites y que admite restricciones razonables para su ejercicio. (...) quien no esté libre de responsabilidad no puede salir libremente del territorio nacional, no debiendo entenderse que esa responsabilidad se limita al concepto de responsabilidad penal, tal es el caso del obligado a dar alimentos, quien al no estar libre de responsabilidad, debe garantizar los alimentos del beneficiario para poder hacer abandono del país. Esta restricción, a juicio de la Sala, no resulta irracional, sino que, por el contrario, es una medida racional y lógica para*

asegurar que el acreedor alimentario no sufra la carencia de los medios económicos necesarios para su manutención (...) Así, lo dispuesto en dicha norma no resulta inconstitucional, toda vez que al ser la deuda alimentaria una deuda de carácter prioritario con especial protección por parte del Estado y sus instituciones y de carácter fundamental, lo preceptuado en el precitado párrafo, armoniza con los principios que rigen la materia alimentaria, protegiendo a los beneficiarios de una posible evasión”. Debe indicarse que el accionante no indica oposición a la aplicación de la medida de restricción migratoria como medio de garantizar los alimentos, sino que su principal cuestionamiento al artículo 14 de la Ley de Pensiones Alimentarias, que es la normativa vigente de alimentos recurrida, se refiere a la forma de aplicación de esta, señalando en concreto la inconstitucionalidad de la frase “salvo si la parte actora lo ha autorizado en forma expresa”.

Esta Sala reconoce que la normativa analizada en el año 1993, correspondía a la normativa de restricción migratoria impuesta bajo la ley 1620, Ley de Pensiones Alimenticias, la cual procede originalmente del año 1953, siendo que a la fecha han transcurrido 62 años desde su promulgación. Es un hecho indiscutible que durante todos esos años se ha dado un profundo cambio en la sociedad, en la economía y en la política costarricense, esto reforzado por el proceso de globalización de los años recientes. Considerando el principio de progresividad de los derechos humanos, en relación con que el análisis de la constitucionalidad del artículo 19 de dicha ley fue en el año 1993, se puede señalar que se ha dado un avance importante en la normativa internacional de protección de los derechos desde ese momento y, sobre este avance se destaca el desarrollo y consolidación del sistema interamericano de protección de los derechos

humanos. Esta Sala ha señalado que la progresividad *“debe ser entendida en relación con los niveles de obligaciones que genera cada derecho (respetar, proteger y satisfacer) independientemente de que sea civil, político, económico, social o cultural”*; asimismo exige que *a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos* (Sentencia 11088-13 a las quince horas treinta minutos del veintiuno de agosto de dos mil trece). Este avance en los derechos humanos implica la consolidación de todos los derechos, por lo que debe justificarse la restricción de un derecho en consideración del favorecimiento de otro derecho, como ocurre en la normativa recurrida. En el caso de la restricción migratoria esta medida fue por primera establecida en el artículo 19 de la Ley de Pensiones Alimenticias, N° 1620, del cinco de agosto de 1953, siendo que la anterior ley especial de alimentos, del mismo nombre, N° 10 no incluía dicha medida. La ley vigente, Ley de Pensiones Alimenticias N° 7654, del diecinueve de diciembre del año 1996, es más restrictiva en cuanto a las condiciones necesarias para poder levantar la restricción migratoria y por ende el disfrute del derecho de la libertad de tránsito. La valoración del nivel de restricción debe también considerar la afectación de impedir la salida del país de un obligado alimentario representaba en 1953 y lo que puede representar en el año 2015. Para el análisis de esta acción debe tomarse en consideración los cambios en la protección internacional de los derechos humanos se han dado en el mundo y en Costa Rica desde el año 1953 con la primera norma restrictiva o desde 1996, de promulgación de la ley vigente, esto en consideración del principio de progresividad y del principio de no regresividad, este último en cuanto que los Estados no pueden retroceder en relación con el estándar de protección establecido, implicando que un

Estado tiene prohibido reducir los niveles de protección de los derechos vigentes o suprimir los ya existentes (Sentencia 1294-13, de las catorce horas treinta minutos del veinte de noviembre de dos mil trece). Tal como ha señalado la Sala Constitucional, *para que exista lesión al principio de progresividad y no regresividad, se requiere que la exista un derecho fundamental que se hubiera reconocido y que el mismo sea limitado o restringido sin justificación razonable alguna.* (Sentencia 14417-13 de las quince horas quince minutos del treinta de octubre de dos mil trece.), siendo que debe valorarse si la aplicación de la medida restrictiva al derecho a la libertad de tránsito se justifica en relación con la protección del derecho alimentario, el cual se había ya resguardado desde la primera normativa especializada del año 1916.

En consideración de lo señalado anteriormente, y en cuanto a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que *“las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”* (Corte IDH. Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párr. 108) esta Sala ha considerado realizar el análisis del artículo 14 de la normativa de alimentos vigente, en sus partes, en la misma forma en que se realizó en el año 1993 en la Sentencia 6123-93.

La restricción migratoria en alimentos como límite a la libertad de tránsito

La Constitución Política en su artículo 22 tutela el derecho a la libertad de tránsito de los costarricenses, se le denomina también libertad de circulación, ambulatoria o de libre desplazamiento. Para Hernández Valle (1997) la libertad de tránsito *“es una de las consecuencias necesarias del principio general de la libertad personal y, además, una de las*

garantías fundamentales del ser humano dentro de cualquier Estado democrático para desarrollar libremente su personalidad” (pág. 98), consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política; puede señalarse que la medida que afecte ese derecho debe seguir la reglas de la normativa internacional de derechos humanos. En sentido general el derecho a la libertad de tránsito implica que cualquier persona pueda desplazarse sea dentro o fuera del país. Es un derecho que puede tener limitaciones, no es absoluto, pero esas limitaciones, se aplican más que sobre la esfera personal del ser humano, se aplican como la restricción de acceso a ciertas áreas. El artículo 22 de la Constitución Política señala esa limitación, al indicar que ese derecho se restringe en cuanto la persona no esté libre de responsabilidad. Para Hernández Valle (1997) esa responsabilidad se refiere a una responsabilidad judicialmente declarada, siendo la Pensión Alimentaria una de esas restricciones dictada en proceso civil. En la misma forma esta Sala Constitucional reiteradamente ha señalado que el derecho a la libertad de tránsito no es absoluto y puede ser razonablemente limitado en consideración de la protección de otros derechos, en el caso de la pensión alimentaria, esta *“se sustrae de los conceptos normativos comunes, para recibir una protección especial, pues dentro de ella se encuentra inmerso el cúmulo de derechos fundamentales que tiene todo ser humano al desarrollo integral y que, en este caso, se refleja inclusive a nivel de Pactos Internacionales como el Pacto de San José, que en su artículo 7, inciso 7) desarrolla lo referente a los derechos a la libertad personal estableciendo que nadie puede ser sometido a prisión por deudas, excepto en el caso de la deuda alimentaria. Es entonces permisible en nuestra legislación establecer restricciones al ejercicio de alguno de los derechos fundamentales para el ciudadano que se encuentre dentro de las obligaciones dichas”*

(Sentencia 6123-93). Esta interpretación de la Sala Constitucional va de acuerdo a lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto el *“derecho de circulación y de residencia, incluido el derecho a salir del país, pueden ser objeto de restricciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 22.3 y 30 de la Convención”* (Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 117). Ahora bien, tal como se señaló, el recurrente no cuestiona la constitucionalidad de la medida cautelar, sino que lo que cuestiona constitucionalmente es la forma en que se aplica esta como medida cautelar.

La deuda alimentaria como medida cautelar

De acuerdo a Calderón Cuadrado (1992) citado por Soletto (2002) en su obra *“Las medidas provisionales en los procesos de familia”*, la nota característica de las medidas cautelares en el derecho de familia es la instrumentalidad, en cuanto a que la medida está subordinada a la existencia de un proceso principal, y su finalidad es posibilitar la ejecución del sentencia; Soletto (2002) ha señalado que la medida cautelar es aquella: *“que sirve al proceso principal proveyendo durante el tiempo en el que la resolución definitiva no se dictara o pudiera hacerse efectiva, y cuya finalidad esencial o primera sería la facilitación de la futura ejecución definitiva, permitiendo dicha ejecución al mantener el estado existente o modificándolo con el fin de procurar la efectividad de la futura ejecución”* (pág, 44). Esta Sala ha señalado que la restricción migratoria establecida en el artículo 14 de la Ley de Pensiones Alimentarios es una medida cautelar que busca asegurar el cumplimiento de la obligación alimentaria: *(...) es una medida cautelar, de modo que no se ponga sobre aviso al accionado, por lo que el fin de esta*

medida cautelar es proteger los derechos de los beneficiarios a ser alimentados, y por lo tanto la misma es ejecutiva y ejecutoria, sin perjuicio de la interposición de recursos” (Sala Constitucional, Sentencia N° 4122-14). En el sentido de lo señalado anteriormente por esta Sala Constitucional, la restricción migratoria cumple con la característica de instrumentalidad del proceso alimentario, pero la misma no se limita hasta la sentencia firme en que se establece la obligación, sino que se mantiene durante toda la existencia de la obligación alimentaria, siendo una medida para la ejecución de la sentencia, sin que en ningún momento se analice la conveniencia o no de su aplicación como una garantía dentro del proceso o sin señalar un plazo específico de aplicación de la misma.

Análisis del artículo 14 de la Ley de Pensión Alimentaria. Aplicación de la medida cautelar de restricción migratoria como garantía de la obligación alimentaria

La primera parte del artículo 14 de la Ley de Pensiones N. 7654 indica que: *“Ningún deudor de alimentos obligado a pagar pensión alimentaria, podrá salir del país”*, por lo tanto lleva razón el recurrente al señalar que la medida cautelar de la restricción migratoria abarca a todo deudor alimentario, los cuales deben ser incluidos en un registro o índice de obligados alimentarios, tal como se señala en el artículo 15 de la misma ley. La imposición de la medida se da desde el mismo inicio del proceso, con el establecimiento de la pensión provisional como medida con carácter instrumental; no siendo necesario para el establecimiento de la misma más que la comprobación del parentesco entre el beneficiario y el demandado. Los legisladores costarricenses consideraron necesario garantizar los alimentarios con la aplicación general, inmediata y de oficio de la medida cautelar de restricción migratoria, sin considerar alegatos, ni

considerar la necesidad de la aplicación de la misma, siendo que la excepcionalidad, según señala nuestra legislación, es su levantamiento y no su imposición. Esta forma de aplicación general, sin consideración o fundamentación particular de la necesidad de su aplicación contradice lo señalado por la Corte IDH, en cuanto a que las *“medidas cautelares que afectan la libertad personal y el derecho de circulación tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitados por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de necesidad y proporcionalidad”* (Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Fondo, Reparaciones y Costas. Párr. 129). Esta Sala Constitucional ha señalado que la deuda alimentaria se sustrae de los conceptos normativos comunes, pero esta consideración no implica que su resguardo esté por encima de los requisitos básicos de protección de otros derechos humanos; en ese sentido la Corte IDH ha señalado que la legalidad de la restricción a salir del país implica que se debe de permitir presentar los alegatos sobre la imposición de la medida restrictiva de la libertad, *“al ser una medida puramente procesal debe ser excepcional y para ser decretada deben tomarse en cuenta las circunstancias personales del acusado y las garantías que existen para asegurar la integridad del proceso”* (Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Fondo, Reparaciones y Costas. Párr. 110). Tal como se ha indicado anteriormente, la Corte IDH ha señalado que las medidas que afectan la libertad personal y el derecho de circulación tienen un *“carácter excepcional, ya que se encuentran limitados por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de necesidad y proporcionalidad”* (Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Fondo, Reparaciones y Costas. Párr. 129). Por su parte la Sala

Constitucional en relación con las medidas para proteger el derecho de los alimentos señaló en la Sentencia 03682-09, de las diez horas y treinta minutos del seis de marzo del dos mil nueve, que es importante tomar en cuenta la razonabilidad de la medida y precisamente para el análisis de dicha razonabilidad *“se deben tomar en consideración tres elementos; la necesidad, idoneidad y proporcionalidad”*.

Excepcionalidad

En ese caso, la aplicación general a todos los obligados alimentarios no cumple la condición de excepcionalidad que señala la Corte IDH, siendo que por el contrario la ley señala que el levantamiento de la medida es la excepción bajo el cumplimiento de alguna de dos condiciones: autorización de la autora o la garantía del depósito anual de la obligación alimentaria. Condiciones que pueden ser temporales, mientras que la aplicación de la medida es permanente hasta que se extinga la obligación.

Razonabilidad

Necesidad. Sobre la necesidad de la medida, esta Sala ha señalado que la misma *“hace referencia directa a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad -o de un determinado grupo- mediante la adopción de una medida de diferenciación (...) que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Desde este punto de vista, mantener el deber alimentario como medio necesario para la subsistencia, cumple con este requisito”* (Sentencia 03682-09, de las diez horas y treinta minutos del seis de marzo del dos mil nueve). Por lo tanto en consideración de la importancia del derecho a los alimentos para la subsistencia y la misma vida digna del

beneficiario es necesario el contar con medidas que lo resguarden, tal es el caso de las medidas señaladas en la legislación de alimentos costarricense.

Idoneidad. En el caso de la idoneidad de la medida esta Sala ha señalado que en consideración de la obligación alimentaria, debe ser una medida efectiva para cumplir con el fin propuesto de garantizar la subsistencia del beneficiario (Sentencia 03682-09, de las diez horas y treinta minutos del seis de marzo del dos mil nueve). De acuerdo a la definición de la Real Academia Española, migrar es sinónimo de emigrar y tiene como significados el “dejar o abandonar su propio país con ánimo de establecerse en otro extranjero”, “ausentarse temporalmente del propio país para hacer en otro determinadas faenas” o “abandonar la residencia habitual dentro del propio país, en busca de mejores medios de vida”, siendo que de estos conceptos de migración se desprende que la misma implica el trasladarse fuera del país en forma definitiva o temporalmente por una situación de trabajo; por lo tanto la restricción migratoria busca evitar que un deudor alimentario se traslade en forma definitiva o por un plazo largo de tiempo a otro país y se deje sin el beneficio de la pensión alimentaria al beneficiario de la misma, con la consecuente afectación a su vida y dignidad. El alcance de la efectividad de la medida es limitado, por un lado el cumplimiento de la condición del depósito del año adelanto permite el levantamiento de la restricción migratoria, pero no garantiza la pensión alimentaria luego de ese año, siendo que “la mayoría de los asuntos (76%) permanecen aproximadamente entre 18 y 25 años fundamentalmente en la etapa de ejecución” (Informe 118-EST-2013, Sección Estadísticas, Poder Judicial); en el caso de la condición del levantamiento de la medida por parte de la actora, es de conocimiento que en asuntos de familia las valoraciones son subjetivas, siendo necesaria la

participación de un juez en la toma de una decisión objetiva, por lo que el hecho de que la actora levante el impedimento no evita que la persona salga del país y no regrese, afectando la subsistencia y la vida digna del beneficiario.

La legislación costarricense no se establece la relación directa entre la aplicación de las medidas restrictivas de libertad, tal como la restricción migratoria y el apremio corporal, con el pago de la pensión; siendo que, en el caso del apremio corporal, el obligado alimentario puede pasar el máximo de seis meses en la cárcel sin que se cumpla el objetivo de la medida, esto por carecer de los recursos económicos para la cancelación de la deuda en mora, esta Sala Constitucional señaló esto en la Sentencia 09675-01: *(...) lo dispuesto en el artículo 25 párrafo final de la Ley de Pensiones Alimentarias, lejos de considerarse irrazonable o desproporcionado, se adecua al Derecho de la Constitución. Nótese que el artículo 31 de la Ley #7654 faculta al deudor de alimentos para solicitar -en caso de que se encuentre imposibilitado de obtener los recursos necesarios para suplir las necesidades alimenticias de los beneficiarios- una autorización con el fin de que se le conceda un plazo prudencial para que obtenga una ocupación remunerada. Asimismo, el artículo 32 ídem le permite gestionar ante la autoridad competente el pago en tractos de las cuotas alimentarias atrasadas. En este sentido, la Sala en sentencia #7925-00, de las 08:44 horas de 8 de setiembre de 2000, señaló: Asimismo, se aclara al recurrente que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley de Pensiones Alimentarias, la obligación alimentaria se suspenderá mientras perdure la detención, pero la reclusión no condona la deuda correspondiente. Por tal motivo, el apremio corporal dictado contra el amparado se encuentra ajustado a derecho, ya que se bien es cierto, durante el tiempo en que*

estuvo detenido, se suspendió el pago de la obligación alimentario, ello no enerva el deber de cancelar las cuotas de pensión fijadas en su contra, correspondientes a ese período de tiempo

En virtud de lo expuesto, la Sala considera que la norma impugnada no es inconstitucional, en el tanto, el ordenamiento le concede al deudor de alimentos, una vez que recobra su libertad, los medios adecuados para que pueda cumplir las obligaciones a que se encuentra sujeto (Sala Constitucional, Sentencia N° 09675-01, de las once horas con veinticuatro minutos del veintiséis de setiembre del dos mil uno). Por lo tanto, esta Sala Constitucional reconoce que el hecho de estar en la cárcel no garantiza el pago de la pensión alimentaria, siendo que en la sentencia se señalan que existen otros medios para efectuar el pago de la obligación en el caso de que el obligado no cuenta con capacidad de pagar la obligación en mora. En ese caso los meses que el obligado pase en la cárcel pueden semejarse más a una sanción punitiva que a una medida cautelar. Su aplicación no tiene el efecto esperado, por lo que se desvirtuaría su objetivo y se violentaría la excepcionalidad de la restricción de la libertad. Similar situación ocurre con la restricción migratoria, pues su garantía es limitada, siendo que la protección a la pensión alimentaria se incluye en responsabilidad penal establecida en el artículo 185 y 186 del Código Penal, N. 4573, en la Sección IV.- Incumplimiento de Deberes Familiares; en lo señalado en el artículo 169.3 del Código de Familia en cuanto a que subsidiariamente se puede recurrir al cobro de pensión alimentaria a otros parientes, en cuanto los parientes más inmediatos del alimentario no puedan cumplir con la obligación; adicionalmente existe el Convenio entre el Gobierno de Costa Rica y el Gobierno de los Estados Unidos de América para la ejecución de obligaciones alimentarias N. 9044, publicado en el Alcance N° 87 a la Gaceta N° 129 del 04 de julio de 2012,

y la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, N. 8053, publicado en La Gaceta del 17 de enero del 2001.

Proporcionalidad. Esta Sala ha señalado que la proporcionalidad en relación con la aplicación de medidas en la obligación alimentaria se entiende “*como la ponderación o equilibrio entre la finalidad perseguida por el acto y el medio para obtenerla*” (Sentencia 03682-09, de las diez horas y treinta minutos del seis de marzo del dos mil nueve). Por su parte el Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1999) ha señalado en cuanto a la proporcionalidad sobre medidas que restrinjan la libertad de tránsito: 14. [...] *Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse.* 15. [...] *El principio de proporcionalidad debe respetarse no sólo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento relativo al ejercicio o restricción de esos derechos se lleve a cabo con celeridad y que se expliquen las razones de la aplicación de medidas restrictivas* (Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su Observación N° 27 del 2 de noviembre de 1999). Esto ha sido reiterado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con la aplicación de medidas restrictivas de libertad, indicando que “*debe guardar proporcionalidad con el fin legítimo perseguido, de manera que se aplique solamente si no existe otro medio menos restrictivo y durante el tiempo estrictamente necesario para cumplir con su función*” (Párr. 133). La Corte IDH ha señalado como parámetros para determinar la

desproporcionalidad de la medida, la duración de la medida como parámetro, y que de igual forma se violenta ese principio si la restricción a la libertad personal es por faltas menores (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013. Informe sobre el uso de la Prisión Preventiva en las Américas. Washington. OEA). Sobre esto último, tal como se señaló anteriormente, la aplicación de la medida de restricción migratoria en Costa Rica se extiende por una media de entre 18 y 25 años, siendo que en otros casos puede extenderse hasta el fallecimiento del beneficiario, o aún más allá en el caso de los gastos de sepelio. Se puede considerar que la posible ausencia permanente del deudor justifica la imposición de una restricción migratoria para garantizar permanentemente la subsistencia del beneficiario, pero de acuerdo a lo señalado en el análisis de la idoneidad, la medida garantiza en forma limitada el pago a futuro de la obligación alimentaria. Adicional a la duración y efectiva de la medida se debe de tomar en consideración el comportamiento de los costarricenses que salen fuera del país, siendo que el promedio de días de su permanencia fuera del país es de 11 días y además, debe considerarse que el comportamiento de la emigración permanente de costarricenses es muy bajo (Estadísticas del Instituto Costarricense de Turismo y la Dirección de Migración, de acuerdo a estudio del periódico La Nación en el año 2013). La aplicación de la medida garantiza la obligación alimentaria en forma limitada y que su aplicación es en general a cualquier tipo de ausencia del país, sea temporal o permanente, aplicándose como un impedimento de salida del país para todo efecto. Se debe de considerar la afectación que sobre cada obligado alimentario tiene la limitación a la limitación del derecho a la libertad de tránsito, en consideración de que es un derecho de disfrute individual: en el pasado esta Sala Constitucional se ha referido a que la

autorización de salida del país es un asunto de legalidad que corresponde resolver al juzgado correspondiente, siendo que la normativa en aplicación general no permite al juzgador el levantamiento de la medida o el conocimiento de las razones de la solicitud sino simplemente el cumplimiento de las condiciones señaladas en la norma; sobre esto en voto salvado del Magistrado Armijo, este señaló que “pese a la relevancia que jurídicamente tiene la obligación de alimentos y que justifica sobradamente el trato y mecanismos privilegiados que le asisten, no puede ignorar el Derecho, menos el Derecho de la Constitución, las circunstancias específicas en que se encuentra el actor (...) Los criterios de razonabilidad y proporcionalidad imponen buscar soluciones distintas al conflicto aquí expuesto, de manera tal que se respeten los derechos que le atañen por su condición de discapacidad (Sala Constitucional, Sentencia 17264-2007, de las dieciséis horas cincuenta y siete minutos del veintisiete de noviembre del 2007). En relación con la otra medida de restricción de libertad, el apremio corporal, esta Sala Constitucional se ha manifestado en la necesidad de particularizar la necesidad de aplicación de la restricción. Así en la Sentencia 2697-2008 esta Sala consideró que prevalecía la salud de una mujer embarazada y de su futuro hijo en relación con el pago de la pensión alimentaria y se señaló la prevalencia del derecho de la “*madre en estado de gravidez y al nasciturus*” sobre el derecho alimentario; basando la decisión en: (...) *la eficacia directa e inmediata del Derecho de la Constitución, siendo que el artículo 48 constitucional establece que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos forman parte del bloque o parámetro de constitucionalidad, así como del principio hermenéutico de la eficacia extensiva y progresiva de los derechos fundamentales (in*

dubio pro libertate y pro homine) (Sala Constitucional, Sentencia 02697-08, de las once y veintisiete horas del veintidós de febrero del dos mil ocho).

De un análisis de la aplicación de la medida de restricción migratoria en relación con la principio de proporcionalidad, como la ponderación entre la finalidad y el acto, se puede señalar que: por un lado dicha medida proporciona una garantía de la obligación alimentaria limitada a un máximo de un año del monto de dicha obligación (en cuanto a que el fin de la medida es precisamente cubrir las necesidades del beneficiario, no el impedimento de salida); que su aplicación es por tiempo indefinido hasta que la obligación se extinga, siendo que la media sea de 18 a 25 años, pudiendo extenderse por toda la vida del obligado y más allá de esta (esto a pesar de que el promedio de la salida del país de los costarricenses es de 11 días y de que el porcentaje de emigración permanente es muy baja); por último, la aplicación de la medida no permite valorar la afectación de la misma en el obligado alimentario, siendo que si la persona no puede cumplir alguna de las condiciones de la normativa, el impedimento de salida puede afectar otros derechos humanos tales como la salud, la educación, la familia o el trabajo. En relación con lo anterior, esta Sala considera que se cumple con lo señalado en la Sentencia 03682-09 de las diez horas y treinta minutos del seis de marzo del dos mil nueve, en donde se indica que: *“El problema radica precisamente en la proporcionalidad, ya que como se indicó, aunque la medida es idónea, y se reconoce que estamos frente a categorías distintas de sujetos, la relación medio-fin, carece de un balance adecuado, ya que como se indicó supra, para cumplir el fin propuesto -que es garantizar la subsistencia alimentaria de un miembro de la familia- le impone al acreedor alimentario una carga bajo condiciones -todas excepcionales- que están por encima de*

condiciones más allá de los que la lógica común indica, siendo que el fin perseguido - que es además de interés público-, se puede cumplir con otras medidas que no impongan una carga tan gravosa al afectado. En resumidas cuentas en este supuesto la carga que se espera que soporte un ciudadano -por sí sólo- en aras de cumplir con un fin que interesa a la colectividad, es desproporcionada por las razones arriba indicadas”.

Presunción de inocencia. De todas las garantías judiciales propias del ámbito penal la más elemental es quizás la presunción de inocencia, expresamente reconocida sin salvedad ni excepción alguna por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 11.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14.2), la Declaración Americana (Art. XXVI) y la Convención Americana (Art. 8.2). Con respecto a la presunción de inocencia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que la Corte Europea ha establecido entre sus estándares que este derecho se vería vulnerado si, “antes de ser hallado culpable conforme a derecho, alguna resolución judicial concerniente al acusado refleja la idea de que es culpable” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013. Informe sobre el uso de la Prisión Preventiva en las Américas. Washington. OEA. Párr. 139). Esta Sala se ha referido a la presunción de inocencia en el proceso alimentario en el sentido de equiparar la inocencia de la persona con el hecho de no tener una obligación alimentaria establecida por la vía judicial; en ese sentido en la Sentencia 6123-93 se indica: *En primer lugar, debe indicarse que la medida allí establecida no se ajusta a ningún criterio de razonabilidad, amén de que parte de un principio evidentemente negativo, al presumir que toda persona que va a abandonar el país es deudor de alimentos,*

siendo contrario al espíritu de la norma, que tiende a la protección de quienes son acreedores alimentarios y no del establecimiento de una medida que violenta el orden constitucional, cual es el restringir la libertad de circulación de quienes no han incumplido su obligación alimentaria. Debe tomarse en cuenta que el artículo 22 constitucional al rezar que: Todo costarricense puede trasladarse y permanecer en cualquier punto de la República o fuera de ella, siempre que se encuentre libre de responsabilidad, y volver cuando le convenga. No se podrá exigir a los costarricenses requisitos que impidan su ingreso al país presume la libertad del sujeto, por lo que corresponderá al Estado demostrar que la persona que pretende salir del territorio no está libre de responsabilidad y, por lo tanto, de previo deberá satisfacer la exigencia establecida en el párrafo primero del artículo 19 de la Ley de Pensiones Alimenticias, y no al ciudadano, que esté libre de responsabilidad pues debe entenderse que el derecho a la presunción de inocencia existente en el derecho penal, es también asimilable en la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio o limitativo de sus derechos. El proceso de pensiones alimentarias, y en general los de familia, no son procesos acusatorios, tampoco tiene un fin sancionatorio. En el caso de los alimentos, el proceso busca suplir las necesidades para la subsistencia y dignidad del beneficiario; con tan solo contar con la prueba de la relación de parentesco es suficiente para determinar la obligación y el derecho alimentario. La imposición forzosa de un monto de pensión alimentaria no es la regla, siendo que en el año 2013, un 38.2% de las sentencias del juzgado de pensiones eran por acuerdo de ambas partes (Informe 118-EST-2013, Sección Estadísticas, Poder Judicial). De la sentencia

anterior, se desprende que esta Sala ha considerado que el hecho de que una persona tenga una obligación alimentaria es suficiente para impedir su salida del país de acuerdo a que no está libre de responsabilidad, esto en cuanto no se considera si la persona siempre ha cumplido con la obligación o si la misma fue por acuerdo de las partes; esto contradice lo señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a que *“el contenido de la presunción de inocencia exige que la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de la pena, sólo pueden estar fundadas en la certeza del tribunal acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado. El juez a quien le corresponde conocer de la acusación penal tiene la obligación de abordar la causa sin prejuicios, y bajo ninguna circunstancia debe suponer a priori que el acusado es culpable”* (Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 50/00, Caso 11.298, Fondo, Reinaldo Figueredo Planchart, Venezuela, 13 de abril de 2000, párr. 119). Por lo tanto, el hecho de que la persona tenga una responsabilidad, sin analizar la condición particular de la obligación, no es suficiente para restringir la libertad de tránsito en la forma en que señala la norma, pues estaríamos ante una interpretación ampliada de la normativa que permite la medida; siendo esto contrario a lo que ha señalado la CIDH en el sentido de que *“como toda limitación a los derechos humanos, la privación de la libertad previa a una sentencia, deber ser interpretada restrictivamente en virtud del principio pro homine, según el cual, cuando se trata del reconocimiento de derechos debe seguirse la interpretación más beneficiosa para la persona, y cuando se trata de la restricción o supresión de los mismos, la interpretación más restrictiva”* (Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009,

párrs. 71 y 75). En relación con esta aplicación en abstracto de la medida y en relación con el principio de presunción de inocencia, la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso Piruzyan vs. Armenia (Aplicación No. 33376/07), Sentencia del 26 de junio de 2012, ha señalado que: “92. *The domestic courts must examine all the facts arguing for or against the existence of a genuine requirement of public interest justifying, with due regard to the principle of the presumption of innocence, a departure from the rule of respect for individual liberty and set them out in their decisions on the applications for release (see Letellier v. France, 26 June 1991, § 35, Series A no. 207). Arguments for and against release must not be general and abstract (see Clooth v. Belgium, 12 December 1991, § 44, Series A no. 225)*”, esa misma posición es compartida por la CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013. Informe sobre el uso de la Prisión Preventiva en las Américas. Washington. OEA. Párr. 139). En consideración a lo analizado sobre la obligación alimentaria, se puede establecer que la medida de restricción migratoria cumple más un papel de sanción anticipada que una garantía de cumplimiento, y por lo tanto afectan el principio de presunción de inocencia.

La restricción migratoria a solicitud de la actora

La segunda parte del artículo recurrido señala la primera condición para poder levantar la restricción migratoria, al indicar que la medida se mantendrá “salvo que la parte actora lo ha autorizado en forma expresa”; esta frase es precisamente lo que constitucionalmente cuestiona el accionante y solicita se declare su nulidad. Esta frase está relacionado en que la imposición de la medida como la regla, siendo que ni el mismo juzgador de pensiones alimentarias puede oponerse a la imposición de la medida ni analizar si realmente es necesaria su interposición para

evitar riesgo de la subsistencia del beneficiario; en relación con la frase impugnada la Sala Constitucional ha señalado en la Sentencia 00116-1990 que *“el simple criterio, opinión o juicio de un denunciante, sobre las intenciones de un denunciado, sin nada más, no puede dar pie a la limitación de salida del país de éste, pues ello equivaldría a dejar la libertad de tránsito de los ciudadanos al simple decir de sus denunciantes; por otra parte, esa medida cautelar no puede defenderse como lo hace el señor juez, pues de aplicarse sus criterios el impedimento de salida del país sería regla y no excepción, que no es lo que quiere ni la ley ni la Constitución”* (Sala Constitucional, Sentencia N° 00116-1990, de las dieciséis horas con diez minutos del treinta y uno de enero de mil novecientos noventa). En el mismo sentido el Comité de Derechos Humanos en su Comentario General No. 27 ha señalado que el Estado debe velar por que se protejan los derechos garantizados por el artículo 12 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, no sólo de la injerencia pública, sino también de la privada, señalando como ejemplo el derecho de la *“mujer a circular libremente y elegir su residencia esté sujeto, por la ley o por la práctica, a la decisión de otra persona, incluido un familiar”* (Observación General No. 27, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 12 - La libertad de circulación, 67º período de sesiones, ONU, 1999). Lleva razón el recurrente al señalar que en el caso concreto de la normativa recurrida, la restricción está establecida por ley y el mantener o no la restricción queda a criterio de un particular, la parte actora, sin que sea necesario que esta argumente sobre la base del principio de razonabilidad la procedencia de su decisión de levantar o imponer de nuevo la restricción migratoria, siendo un criterio meramente subjetivo. Esto es importante también en consideración de que, tal como se señaló

anteriormente, el levantamiento de la medida por parte de la actora no garantiza que no se evada el cumplimiento de la pensión alimentaria por parte del obligado alimentario ante la emigración permanente del mismo. La aplicación de la condición que ejecuta la actora no implica el resguardo de la subsistencia del beneficiario, pero si implica la restricción a un derecho fundamental por la decisión subjetiva de un particular.

Garantía del depósito de un año de la pensión alimentaria

La tercera parte del artículo 14 indica la segunda condición para el levantamiento de la restricción migratoria: *“si ha garantizado el pago de, por lo menos, doce mensualidades de cuota alimentaria, el aguinaldo y la totalidad del salario escolar”*. Esta Sala Constitucional en la sentencia 6123-93, en relación con la garantía de un año establecida en el artículo 19 de la Ley de Pensiones Alimenticias, señaló lo expresado en la Sentencia 457-92: *“Por una parte, el artículo 19 de la Ley de Pensiones Alimenticias lo que exige es que si el deudor va a salir del país debe dejar suficientemente garantizado el pago de la pensión durante un año, y por la otra, que se implica de la anterior, que es la autoridad judicial la que valora qué significa dejar suficientemente garantizada la obligación. De acuerdo a lo expuesto por la Sala en el voto citado, resulta en consecuencia obvio que la norma transcrita no transgrede norma constitucional alguna al exigir al deudor alimentario que pretende ausentarse del país el depósito de una garantía de un año”*, en ese momento esta Sala Constitucional analizó la legalidad de la aplicación de una garantía, pero no se analizó la razonabilidad de dicha garantía; por otra parte la restricción migratoria no es una afectación absoluta del derecho a la libertad de tránsito en cuanto existen dos condiciones con cuyo cumplimiento se puede levantar la medida,

siendo que la primera de ellas queda al criterio subjetivo de la actora y la otra es el depósito de garantía. El derecho de la libertad de tránsito es un derecho derivado de la libertad personal, cada persona lo ejerce en forma diferente y establece el modo de disfrutarlo también en forma diferente, la Corte IDH ha señalado que *“el disfrute de este derecho no debe depender de ningún objetivo o motivo en particular de la persona que desea circular o permanecer en un lugar. Se trata de una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona”* (Corte IDH. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Párr. 115). La aplicación de los límites y el señalamiento de las condiciones del levantamiento de la restricción del artículo 14 se aplican en forma general sin analizar el caso particular del beneficiario y el obligado alimentario. No se analiza la garantía establecida en las condiciones del artículo 14 en cuanto a si la misma es inferior o superior a los requerimientos futuros del beneficiario, de acuerdo a los planes de la salida del país del obligado. El hecho de que, como se señaló anteriormente, el promedio de días que un costarricense está fuera del país es de once, hace notar que una garantía de 12 meses de pensión alimentaria, aguinaldo y salario escolar (si corresponde) es desproporcionada; estableciéndose una desigualdad entre los mismos obligados alimentarios, haciendo diferencia entre los que cuentan con recursos para establecer la garantía y los que no cuentan con recursos, dejando al final la restricción a la libertad de tránsito a un asunto más de la capacidad económica del obligado que de la garantía del derecho alimentario. Siendo que aquella persona con recursos económicos, a pesar de que haya estado en mora constante con su obligación alimentaria y no tenga arraigo en el país, puede salir del país en cualquier momento

con el depósito de la garantía, mientras que una persona sin recursos económico que tiene arraigo, familia y trabajo, no puede salir ni por un viaje corto de salud, trabajo o estudios.

V.-CONCLUSION.-Habiéndose analizado la constitucionalidad de la medida de la restricción migratoria en Sentencia 6123-93 y habiendo reiterado su posición afirmativa en diversas ocasiones, esta Sala Constitucional considera necesaria mantener la medida como garantía de la pensión alimentaria. La restricción de la libertad de tránsito en cuanto a su aplicación en relación con la protección del derecho a la pensión alimentaria, no cumplen con los principios de razonabilidad, excepcionalidad y presunción de inocencia declarándose la inconstitucionalidad de las dos condiciones de cumplimiento para el levantamiento de la restricción, siendo necesario que a futuro la garantía sea establecida en la misma sentencia en que se establece la pensión alimentaria o por vía incidental. Lo anterior en consideración que existen medidas alternativas para la garantía del derecho alimentario.

POR TANTO: se declara **CON LUGAR** la acción. En consecuencia, se anulan las frases “si la parte actora lo ha autorizado en forma expresa”, “doce mensualidades”, “el aguinaldo” y “la totalidad del salario escolar” que contiene el artículo de la Ley de Pensiones Alimentarias, Ley N. 7654, del 19 de diciembre de 1996, publicado en La Gaceta del 23 de enero de 1997. Esta sentencia tiene efectos constitutivos y retrospectivos. Comuníquese este pronunciamiento a los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Reséñese este pronunciamiento en el Diario Oficial La Gaceta y publíquese íntegramente en el Boletín Judicial. Notifíquese.

Carmen Jiménez Mena

Luis Garavito Méndez

Carlos Zamora Seco

Mauricio Muñoz Valverde

Sergio Calvo Samayoa

Luis Angulo Rivera

Marlene Chávez Martínez