

EXP: 09-0002617-1027-CA

RES: 001357-F-S1-2010

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas nueve minutos del cuatro de noviembre de dos mil diez.

Proceso de conocimiento declarado de trámite preferente tramitado en el Tribunal Contencioso Administrativo por **el actor, [...]**; contra el **ESTADO**, representado por su procuradora adjunta, Silvia Patiño Cruz, vecina de Cartago y la **DIRECCIÓN DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA**, representado últimamente por su sub- directora general, la licenciada Xinia Sossa Siles. Figura además, como apoderado especial judicial del actor, el licenciado Daniel Aguilar González, vecino de San José. Las personas físicas con mayores de edad, y con las salvedades hechas, casados y abogados.

RESULTANDO

1.- Con base en los hechos que expusieron y disposiciones legales que citó, el actor estableció proceso de trámite preferente, a fin de que en sentencia se declare:

“a. Se anule la resolución impugnada, por violar el ordenamiento jurídico, y en su lugar se ordene a la Dirección General de Migración que, en un plazo perentorio, según los artículos 42 c y g., 122.c , d y g. del Código Procesal Contencioso

*Administrativo (en cuanto permiten reunificación familiar, de la menor **Z.** b. Se condene a los demandados al pago de ambas costas."*

2.- La Procuradora contestó negativamente y opuso la excepción de falta de derecho.

3.- La representación de la Dirección de Migración y Extranjería contestó conforme a su escrito de folios 86 al 93 e interpuso las excepciones de de falta de derecho y falta de legitimación activa y pasiva. Así como, la expresión genérica de "*sine actione agit*"

4.- Se prescindió de realizar la audiencia de conciliación, por previa renuncia a la misma por parte del Estado.

5.- La audiencia preliminar se efectuó a las 8 horas 8 minutos del 28 de enero de 2010, oportunidad en que hicieron uso de la palabra los representantes del actor y el Estado, respectivamente.

6.- El Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, integrado por los Jueces Marianella Álvarez Molina, José Roberto Garita Navarro y Otto González Vílchez, en sentencia no. 330-2010 de las 8 horas 15 minutos del 4 de febrero de 2010, dispuso: "*Se rechazan la defensas de falta de legitimación activa y pasiva, y de falta de interés actual. **Se acoge la excepción de falta de derecho, únicamente en cuanto a que: a)** Respecto a los motivos de fondo que sustentan la denegatoria de visa de ingreso restringido planteada a favor de la menor **Z.**, la resolución número D.G.V.R. 2722-2009 MFL dictada por la Dirección General de Migración y Extranjería a las once horas diez minutos del catorce de agosto del dos mil nueve, no resulta*

*contraria a lo dispuesto en los artículos 39 y 51 de la Constitución Política; 16.1 y 29.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 17.1 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 3.1, 9 y 10 de la Convención de los Derechos del Niño; 5, 17, 33 y 37 del Código de la Niñez y la Adolescencia; 13.b, 41, 44, 21, 22, 61.b de la Ley de Migración y Extranjería número 8487; 6, 11, 15, 16, 17, 19, 124, 128, 130.2, 131.2, 132, 133, 136, 158, 160, 166, 214, 221 y 297 de la Ley General de la Administración Pública; **b)** Resulta improcedente que este Tribunal conceda la visa de ingreso restringido a favor de la menor **Z**. En consecuencia, **se rechaza la excepción de falta derecho en los siguientes extremos y se declara parcialmente con lugar la demanda** interpuesta por **el actor** contra el Estado, en los siguientes términos, entendiéndose por denegada en lo que no se indique expresamente: **1)** Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 122 inciso c) del Código Procesal Contencioso Administrativo **y a fin de garantizar al actor el acceso a la justicia y la tutela efectiva en vía administrativa, se adapta la resolución impugnada**, en el sentido de que conforme a los principios de razonabilidad, proporcionalidad, lógica, justicia, búsqueda de la verdad real e interés superior del menor, la Dirección General de Migración y Extranjería, deberá emitir un nuevo pronunciamiento sobre la solicitud de visa de ingreso restringido planteada a favor de la menor **Z.**, una vez que el Gobierno de la República Popular China, se pronuncie sobre la consulta formulada por el Consulado de Costa Rica en ese país, respecto a la información contenida en el certificado de nacimiento de la menor **Z**. En defecto de lo anterior, la propia Dirección General de Migración deberá determinar*

*por resolución motivada, si de acuerdo con el ordenamiento jurídico aplicable (Constitución Política, Convención sobre los Derechos del Niño, Código de la Niñez y de la Adolescencia, Ley de Migración y Extranjería, los Principios Generales del Procedimiento Administrativo y en particular, el Principio de Búsqueda de la Verdad Real), es posible aplicar una prueba técnica cuyo resultado, sirva de base para determinar la existencia o no de un vínculo filial de la menor con el actor y **P.** de lo cual, deberá notificar oportunamente a los solicitantes. De lo anterior, deberá informar a la Jueza Ejecutora de este Tribunal, en el plazo de un mes contado a partir de la firmeza de esta sentencia; **2)** Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 122 inciso k del Código Procesal Contencioso Administrativo, se declara que la Ministra de Gobernación, Policía y Seguridad Pública, ha incurrido en una conducta omisiva contraria a lo dispuesto en los artículos 41 de la Constitución Política y 52 de la Ley de Migración y Extranjería, razón por la cual, se ordena al Estado en la figura de la Ministra de Gobernación, Policía y Seguridad Pública, que en el plazo de diez días naturales contados a partir de la firmeza de esta sentencia, resuelva de manera motivada la solicitud de reconsideración planteada por el actor el primero de septiembre del dos mil nueve. De lo anterior, deberán informar a la Jueza Ejecutora de este Tribunal. **3)** Se exonera a las partes del pago de ambas costas, conforme a lo dispuesto en el artículo 193 inciso b) del Código Procesal Contencioso Administrativo.”*

7.- La licenciada Silvia Patiño Cruz, formula recurso de casación indicando las razones en que se apoya para refutar la tesis del Tribunal.

8.- En los procedimientos ante esta Sala se han observado las prescripciones

de ley.

Redacta el Magistrado Solís Zelaya

CONSIDERANDO

I. El 16 de abril de 2009, **el actor** y la señora **P., [...]**, presentaron, ante la Dirección General de Migración y Extranjería, solicitud de visa de ingreso por motivo de reunificación familiar a favor de quien dijeron era su hija, **Z.** El Director General de Migración y Extranjería, mediante resolución no. D.G.V.R. 1915-2009 MPD de las 9 horas 48 minutos del 4 de junio de 2009, de conformidad con el criterio de la Comisión Consultora de Visas Restringidas, les previno que, dentro del plazo de 30 días, debían comunicarse con el Consulado de Costa Rica en Beijing, a efectos de coordinar cita para la entrega de los originales de: la libreta familiar, el certificado de nacimiento y el pasaporte de la menor. También, debían indicar, mediante nota, la dirección exacta donde eventualmente residiría la menor. En acatamiento de lo anterior, el 29 de junio de ese año, los promoventes señalaron que la dirección exacta donde residiría su hija, **Z.**, era: "...[...]" . Por su parte, el Cónsul de Costa Rica en la República Popular China, remitió al Jefe del Subproceso de Visas de la Dirección General de Migración y Extranjería el informe de las entrevistas efectuadas **a Z. y a P.**, así como las observaciones acerca de los documentos presentados por la menor **Z.**, según lo prevenido en la resolución D.G.V.R. 1995-2009 MPD. El Director General de Migración y Extranjería, en resolución no. D.G.V.R. 2722-2009 MFL de las 11 horas 10 minutos del 14 de agosto de 2009, con base en la recomendación emitida por la Comisión Consultora de Visas Restringidas y en el informe rendido por

el Cónsul de Costa Rica en la República Popular de China, denegó la solicitud de visa de ingreso restringido a Costa Rica a la menor **Z.**, al existir dudas en cuanto al vínculo entre los solicitantes y la menor. El primero de septiembre de 2009, el **actor** formuló solicitud de reconsideración de lo resuelto. En resolución no. 135-1593-CONSEJO, de las 18 horas 4 minutos del 19 de octubre de 2009, el Consejo Nacional de Migración acordó recomendar a la entonces Ministra de Gobernación, Policía y Seguridad Pública, mantener la resolución no. D.G.V.R. 2722-2009 MFL.

II. El 19 de octubre de 2009, el apoderado especial judicial del **actor** interpone proceso de conocimiento en contra del Estado. Pretende se anule la resolución no. D.G.V.R. 2722-2009 MFL de las 11 horas 10 minutos del 14 de agosto de 2009. En su lugar, solicita se le ordene a la Dirección General de Migración y Extranjería que, en un plazo perentorio, de conformidad con los numerales 42 incisos c) y g), 122 incisos c), d) y g) ambos del Código Procesal Contencioso Administrativo (en adelante CPCA), emitir la visa de entrada, en carácter de no residente y por reunificación familiar, a la menor **Z.** Asimismo, pide se le imponga al demandado el pago de las costas del proceso. Por resolución de las 16 horas 30 minutos del 27 de octubre de ese año, el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo decidió darle trámite preferente. El demandado aceptó unos hechos y rechazó otros. Interpuso la defensa de falta de derecho. El Tribunal, en resolución de las 7 horas 30 minutos del 10 de diciembre de 2009 (folio 105), tuvo por interpuestas, además, las excepciones de falta de: interés, derecho, legitimación ad causam pasiva y activa; así como la expresión genérica "*sine actione agit*", formuladas por la Dirección General de

Migración y Extranjería, no obstante que en la audiencia única tuvo como demandado solo al Estado. En sentencia, rechazó las defensas de falta de: interés, legitimación activa y pasiva. Acogió parcialmente la de falta de derecho respecto de:

- 1) los motivos de fondo que sustentan la denegatoria de visa de ingreso restringido.

En este sentido, dispuso que la resolución D.G.V.R. 2722-2009 MFL no resultaba contraria a lo preceptuado en los numerales 39, 51 de la Constitución Política; 16.1, 29.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 17.1, 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 3.1., 9, 10 de los Derechos del Niño; 5, 17, 33, 37 del Código de la Niñez y la Adolescencia; 13.b, 21, 22, 41, 44, 61.b de la Ley de Migración y Extranjería no. 8487; 6, 11, 15, 16, 17, 19, 124, 128, 130.2, 132, 133, 136, 158, 160, 166, 214, 221 y 297 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP); y 2) señaló que resultaba improcedente que ese órgano jurisdiccional concediera la visa de ingreso restringido a favor de la menor **Z**. Declaró, de manera parcial, con lugar la demanda en los siguientes términos, entendiéndose denegada en lo no indicado expresamente: A) de conformidad con lo preceptuado en el cardinal 122 inciso c) del CPCA, a fin de garantizar al actor el acceso a la justicia y tutela efectiva en vía administrativa, adaptó la resolución impugnada, en el sentido de que, conforme a los principios de razonabilidad, proporcionalidad, lógica, justicia, búsqueda de la verdad real e interés superior del menor, la Dirección General de Migración y Extranjería debía emitir un nuevo pronunciamiento respecto de la solicitud de visa de ingreso restringido, planteada a favor de la menor **Z.**, una vez que el Gobierno de la República Popular China se pronunciara en torno a la consulta

formulada por el Consulado de Costa Rica en ese país, respecto a la información contenida en el certificado de nacimiento de la menor. En defecto de ello, la propia Dirección General de Migración debía determinar, en resolución motivada, si de acuerdo con el ordenamiento jurídico (Constitución Política, Convención sobre los Derechos del Niño, Código de la Niñez y de la Adolescencia, Ley de Migración y Extranjería, los Principios Generales del Procedimiento Administrativo y, en particular, el principio de búsqueda de la verdad real), es posible aplicar una prueba técnica, cuyo resultado sirviera de base para determinar la existencia o no de un vínculo filial de la menor con el actor y la señora **P**. De lo anterior, según dispuso, debía notificarse oportunamente a los solicitantes; e informar a la Jueza Ejecutora de ese órgano jurisdiccional en el plazo de un mes, contado a partir de la firmeza del fallo.

B) al amparo de lo dispuesto en el canon 122 inciso k) del CPCA, declaró que la entonces Ministra de Gobernación, Policía y Seguridad Pública incurrió en una conducta omisiva contraria a lo dispuesto en los preceptos 41 de la Constitución Política y 52 de la Ley de Migración y Extranjería, razón por la cual le ordenó al demandado, en la figura del titular de la cartera de Gobernación, Policía y Seguridad Pública, que en el plazo de 10 días naturales, contados a partir de la firmeza de la sentencia, resolviera, de manera motivada, la solicitud de reconsideración planteada por el actor, el día primero de septiembre de 2009; de lo cual debía informar a la Jueza Ejecutora de ese Tribunal. Resolvió sin especial condenatoria en costas (artículo 193 inciso b) del CPCA). Inconforme, la representación del Estado formula recurso de casación por violación tanto de normas procesales, cuanto de fondo.

VIOLACIÓN DE NORMAS PROCESALES

III. En la **primera** censura al fallo combatido, manifiesta la recurrente que el principio de congruencia de las sentencias es una de las manifestaciones del debido proceso. Se infringe, afirma, cuando se le concede al actor más de lo que pide, o se resuelven puntos que no figuran en la litis. Para ello, añade, debe tomarse en cuenta que, por objeto del litigio debe entenderse lo que el demandante exige al accionado. En la resolución impugnada, manifiesta, el Tribunal no observó dicho postulado. Al contrario, le ordenó a su poderdante la realización de una serie de conductas que no fueron parte de las pretensiones del actor, incurriendo en los vicios de ultra y extra petitas. De la lectura de la sentencia recurrida, anota, se desprende que todos los argumentos de la parte demandada fueron acogidos. Se concluyó, señala, que lo acordado por la Dirección General de Migración y Extranjería, de denegar la visa de ingreso de la menor **Z.**, se encuentra ajustado a derecho. Ello, al no demostrarse el vínculo filial existente con quienes dicen ser sus padres. El Tribunal, acota, descartó el quebranto al principio de reserva de ley en materia migratoria. Además, comenta, rechazó la vulneración a los principios fundamentales de reunificación familiar y del interés superior del menor. También reconoció el procedimiento empleado por la autoridad estatal y su potestad soberana en esa materia. Empero, arguye, los juzgadores de instancia, en forma oficiosa, y sin otorgar audiencia previa, decidieron acoger la demanda en dos extremos no solicitados por la parte actora. Con ese actuar, anota, se colocó a su representado en estado de indefensión, quebrantándose el principio de congruencia. A pesar de que la pretensión principal esgrimida por el

demandante –que se anulara la resolución D.G.V.R. 2722-2009-MFL de las 11 horas 10 minutos del 14 de agosto de 2009- fue desestimada, se resolvió más allá de lo solicitado, al disponerse la adaptación de la conducta administrativa impugnada. En este sentido, añade, se resolvió que, conforme a los principios de razonabilidad, proporcionalidad, lógica, justicia, búsqueda de la verdad real e interés superior del menor, la Dirección General de Migración y Extranjería debería emitir un nuevo pronunciamiento respecto de la solicitud de visa de ingreso restringido, planteada a favor de **Z.**, una vez que el Gobierno de la República Popular China se pronunciara respecto de la consulta interpuesta por el Consulado de Costa Rica en ese país, en torno a la información contenida en el certificado de nacimiento de la menor. En defecto de lo anterior, señaló el Tribunal, la Dirección General de Migración debía determinar, por resolución motivada, si de acuerdo con el ordenamiento jurídico costarricense, resultaba posible aplicar una prueba técnica, cuyo resultado sirviera de base para determinar la existencia o no de un vínculo filial de la menor con el demandante y la señora **P.** De lo anterior, según resolvió, debía notificarse oportunamente a los solicitantes; e informar a la Jueza Ejecutora en el plazo de un mes, contado a partir de la firmeza del fallo. Esa orden, estima la casacionista, violenta el postulado de congruencia, colocando a su poderdante en estado de indefensión. Esto, asevera, porque, durante las diferentes etapas del proceso, nunca se discutió esa posibilidad. Ni siquiera, comenta, la resolución administrativa impugnada en este proceso se refiere a la consulta efectuada a las autoridades chinas, pues ello no incide en su legalidad. Se dictó ajustada a derecho, debido a la

inexistencia de documentos idóneos que demostraran el vínculo filial entre el actor y la menor. El Tribunal emitió una orden a la Dirección General de Migración y Extranjería, indica, la cual está supeditada a la actuación de autoridades extranjeras, pues, mientras la policía china no se pronuncie respecto a la validez de los documentos presentados por la parte actora, no podría revisarse, de nuevo, la solicitud de visa por reunificación familiar. Esto, comenta, aparte de ser un extremo no solicitado por el demandante, ni discutido en el proceso, es perjudicial para esa parte, pues la resolución de la Dirección General de Migración y Extranjería resulta más beneficiosa, al indicar que, en el “término” de seis meses, se podría volver a presentar la solicitud, acompañándola de los documentos idóneos, plazo que, comenta, ya transcurrió. El A quo parte de la falsa premisa, anota, de que el actor no va a poder corregir la documentación, cuando existen otros casos tramitados en esa Dirección, en los que sí se logró la corrección. De igual manera, estima, la sentencia cuestionada resulta confusa, al disponer que, en defecto de lo anterior, dicho órgano administrativo debía determinar, por resolución motivada, si de acuerdo con el ordenamiento jurídico, es posible aplicarle a la menor y a las personas que alegan ser sus padres, una prueba técnica, cuyo resultado sirva de base para establecer la existencia o no del vínculo filial. Ello, comenta, contradice lo dispuesto en cuanto a esperar lo que resuelvan las autoridades chinas; además, señala, no explica de qué forma debe efectuarse esa prueba técnica, quién la pagará, ni dónde deberá realizarse (considerando que la menor está en China y quienes alegan ser sus padres en Costa Rica). En consecuencia, estima, no solo resulta irrazonable; sino

que, además, no fue solicitada por la parte actora, con lo cual también se contraviene el principio de congruencia. Al respecto, transcribe, en lo de su interés, el fallo de esta Sala no. 900 de las 10 horas 50 minutos del 27 de agosto de 2009. En esta lite, arguye, resulta aplicable dicho precedente, pues la pretensión principal de la parte actora fue desestimada. El segundo aspecto que resolvió el Tribunal, estima, en violación al señalado principio de congruencia, es el relativo a la orden emitida a la Ministra de Seguridad Pública, de resolver el recurso de reconsideración interpuesto por el demandante. Del escrito de subsanación de la demanda (folios 38 y 39), así como de las pretensiones aclaradas el día de la audiencia oral, afirma, no se colige que el actor haya reclamado la falta de pronunciamiento del recurso de reconsideración. Este aspecto, concluye, no se discutió en ninguna etapa procesal del juicio, por lo que su poderdante no tuvo la posibilidad de referirse a él ni refutarlo.

IV. El Código Procesal Contencioso Administrativo introdujo un cambio paradigmático en la justicia contencioso administrativa. Su principal objetivo es ceñirla plenamente a lo dispuesto en el numeral 49 de la Constitución Política: *“Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público./ La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos./ La Ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados.”* (Lo subrayado es suplido). Incorpora la oralidad como medio o mecanismo para administrar justicia, y con ello, los principios que le son

consustanciales como el de contradicción, inmediatez y concentración de la prueba. El nuevo régimen contencioso administrativo opta por un sistema mixto, combinando la escritura con la oralidad, introduciendo el proceso oral por audiencias. De igual manera, dispone un control plenario de la conducta administrativa, eliminando las áreas inmunes de su control jurisdiccional. De manera expresa preceptúa la protección de las diversas situaciones jurídicas de la persona que pudieran ser afectadas por cualquier conducta de la Administración Pública sujeta al Derecho Administrativo. En este sentido, el artículo 1 del Código, en lo de interés, dispone:

"1) La Jurisdicción Contencioso-Administrativa, establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, tiene por objeto tutelar las situaciones jurídicas de toda persona, garantizar o restablecer la legalidad de cualquier conducta de la Administración Pública sujeta al Derecho administrativo, así como conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico-administrativa./ 2) Los motivos de ilegalidad comprenden cualquier infracción, por acción u omisión, al ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. ..." (Lo subrayado es suplido). El acento del nuevo proceso está en la persona. Se brindan las herramientas necesarias para lograr la humanización y democratización judiciales. Los postulados constitucionales de justicia, debido proceso y tutela judicial efectiva, se yerguen como guías en todas las etapas procedimentales. En suma, se persigue la satisfacción de los valores ínsitos en un Estado democrático de derecho. Dentro de esta línea de pensamiento, una de las principales variaciones introducidas por el CPCA, es la contenida en el canon 122, en torno a la posibilidad, o más bien, obligación de los juzgadores de efectuar una

serie de pronunciamientos de manera oficiosa. No obstante, dicha norma, al preceptuar: *“Cuando la sentencia declare procedente la pretensión, total o parcialmente, deberá hacer, según corresponda, entre otros, los siguientes pronunciamientos: ...”*, supedita tal facultad a la hipótesis de que se declare procedente la pretensión esgrimida por la parte actora o reconventora en forma total o parcialmente. Al respecto, puede consultarse el fallo de esta Sala no. 900 de las 10 horas 50 minutos del 27 de agosto de 2009.

V. En esa misma línea de pensamiento, si el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo no acoge parcial o totalmente la pretensión formulada, se encuentra imposibilitado de efectuar pronunciamientos al amparo de lo dispuesto en el susodicho cardinal 122 del CPCA. Si lo hace, incurriría, inexorablemente, en el vicio de incongruencia. Tocante al principio de congruencia en procesos regidos por el CPCA, esta Sala, en el fallo 288 de las 10 horas 20 minutos del 20 de marzo de 2009, en lo de interés, señaló: *“**III.-** En relación al vicio de incongruencia en la nueva legislación procesal contencioso administrativa, ha dicho recientemente esta Sala: “**VIII.** Por otro lado, la casacionista alega quebrantado el numeral 155 del Código Procesal Civil. Al respecto, debe indicarse que el ordinal 220 del Código Procesal Contencioso Administrativo, distinto a lo afirmado por la recurrente, no autoriza la aplicación de esa normativa. Por el contrario, ese canon dispone: “Para lo no previsto expresamente en este Código, se aplicarán los principios del Derecho Público y procesal, en general” Es decir, en el sub júdice, resulta posible alegar el principio procesal de congruencia de las sentencias, mas no la violación del artículo 155 del*

Código Procesal Civil. La incongruencia, conforme lo ha reiterado esta Sala, se produce cuando existe una evidente contradicción entre las pretensiones de los litigantes y lo resuelto en la parte dispositiva de la sentencia; no entre las consideraciones de la sentencia y lo resuelto en la parte dispositiva. Con la nueva legislación procesal contenciosa administrativa, tal premisa ha sido relativizada. Ello por cuanto, en virtud de los poderes otorgados al juzgador, las pretensiones aducidas en la demanda pueden sufrir variaciones tanto en la audiencia preliminar, cuanto en la de juicio (artículos 90 inciso 1 b) y 95 ibídem); además, de conformidad con el canon 122 ejúsdem, se dan una serie de pronunciamientos de carácter oficioso. En consecuencia, al analizarse dicho yerro, debe tenerse presente lo indicado. ...” (no. 000819-A-2008, de las 10 horas 45 minutos del 4 de diciembre de 2008). La incongruencia como causal de casación, entonces, ocurre cuando el juzgador al proveer, decide sobre cuestiones no pedidas (extra petita), o sobre más de lo pedido (ultra petita), u omite la decisión en todo o en parte, acerca de las pretensiones o de las excepciones. Para determinar la existencia de este vicio como causal de casación ha de confrontarse, necesariamente, la parte resolutive de la sentencia con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que la ley contempla, o las excepciones propuestas por el demandado, a fin de determinar si en realidad existe entre estos dos extremos evidente desajuste de aquella frente a estas. ...” (Además, pueden consultarse, entre otras, las sentencias 85 de las 15 horas 35 minutos del 24 de enero de 2001 y 127 de las 8 horas 30 minutos del 22 de febrero de 2008).

VI. El Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, en la audiencia única, celebrada el 28 de enero de 2010, ajustó las pretensiones formuladas por la parte actora en su escrito de folios 38 y 39, de la siguiente manera: “a) *se anule la resolución número D.G.V.R. 2722-2009 MFL dictada a las once horas diez minutos del catorce de agosto del dos mil nueve, y en su lugar se ordene a la Dirección General de Migración que, en un plazo perentorio, según los artículos 42 incisos c) y g), 122 incisos c), d) y g) del Código Procesal Contencioso Administrativo, emitir la visa de entrada, en carácter de no residente y por reunificación familiar, de la menor **Z.**; b) se condene al Estado al pago de ambas costas.*” En la parte dispositiva de la sentencia, en lo de interés, señaló: “... ***Se acoge la excepción de falta de derecho, únicamente*** en cuanto a que: **a)** *Respecto a los motivos de fondo que sustentan la denegatoria de visa de ingreso restringido planteada a favor de la menor **Z.**, la resolución D.G.V.R. 2722-2009 MFL dictada por la Dirección General de Migración y Extranjería a las once horas diez minutos del catorce de agosto del dos mil nueve, no resulta contraria a lo dispuesto en los artículos 39 y 51 de la Constitución Política; 16.1 y 29.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 17.1 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 3.1, 9 y 10 de la Convención de los Derechos del Niño; 5, 17, 33 y 37 del Código de la Niñez y la Adolescencia; 13.b, 41, 44, 21, 22, 61.b de la Ley de Migración y Extranjería número 8487; 6, 11, 15, 16, 17, 19, 124, 128, 130.2, 131.2, 132, 133, 136, 158, 160, 166, 214, 221 y 297 de la Ley General de la Administración Pública; b)* *Resulta improcedente que este Tribunal conceda la visa de ingreso restringido a favor de la*

menor Z. ...”(Solo lo subrayado no es del original). Como se deduce con claridad, el Tribunal rechazó las pretensiones formuladas por la parte actora. Es decir, no declaró la nulidad de la resolución no. D.G.V.R. 2722-2009 MFL; por el contrario, señaló que resulta acorde con el ordenamiento jurídico costarricense. Tampoco ordenó la emisión de la visa de entrada en carácter de no residente y por reunificación familiar de la menor **Z.** dentro de un plazo perentorio; distinto a ello, señaló la improcedencia de ese otorgamiento por parte del Tribunal. Consecuentemente, conforme se indicó en el considerando IV, los juzgadores de instancia no estaban habilitados para dictar pronunciamientos oficiosos al amparo del numeral 122 del CPCA. No obstante lo anterior, de seguido indicaron: “*En consecuencia, **se rechaza la excepción de falta derecho en los siguientes extremos y se declara parcialmente con lugar la demanda** interpuesta por el **actor** contra el Estado, en los siguientes términos, entendiéndose por denegada en lo que no se indique expresamente: **1) Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 122 inciso c) del Código Procesal Contencioso Administrativo y a fin de garantizar al actor el acceso a la justicia y la tutela efectiva en vía administrativa, se adapta la resolución impugnada, en el sentido de que conforme a los principios de razonabilidad, proporcionalidad, lógica, justicia, búsqueda de la verdad real e interés superior del menor, la Dirección General de Migración y Extranjería, deberá emitir un nuevo pronunciamiento sobre la solicitud de visa de ingreso restringido planteada a favor de la menor Z., una vez que el Gobierno de la República Popular China, se pronuncie sobre la consulta formulada por el***

*Consulado de Costa Rica en ese país, respecto a la información contenida en el certificado de nacimiento de la menor **Z**. En defecto de lo anterior, la propia Dirección General de Migración deberá determinar por resolución motivada, si de acuerdo con el ordenamiento jurídico aplicable (Constitución Política, Convención sobre los Derechos del Niño, Código de la Niñez y de la Adolescencia, Ley de Migración y Extranjería, los Principios Generales del Procedimiento Administrativo y en particular, el Principio de Búsqueda de la Verdad Real), es posible aplicar una prueba técnica cuyo resultado sirva de base para determinar la existencia o no de un vínculo filial de la menor con el actor y **P**, de lo cual, deberá notificar oportunamente a los solicitantes. De lo anterior, deberá informar a la Jueza Ejecutora de este Tribunal, en el plazo de un mes contado a partir de la firmeza de esta sentencia; **2)** Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 122 inciso k del Código Procesal Contencioso Administrativo, se declara que la Ministra de Gobernación, Policía y Seguridad Pública, ha incurrido en una conducta omisiva contraria a lo dispuesto en los artículos 41 de la Constitución Política y 52 de la Ley de Migración y Extranjería, razón por la cual, se ordena al Estado en la figura de la Ministra de Gobernación, Policía y Seguridad Pública, que en el plazo de diez días naturales contados a partir de la firmeza de esta sentencia, resuelva de manera motivada la solicitud de reconsideración planteada por el actor el primero de septiembre del dos mil nueve. De lo anterior, deberán informar a la Jueza Ejecutora de este Tribunal. ...” Es evidente que, distinto a lo señalado por los juzgadores de instancia, no se está acogiendo parcialmente la demanda, sino que se dictaron pronunciamientos oficiosos*

al amparo del numeral 122 del CPCA, sin que se hubiesen acogido total o parcialmente las pretensiones formuladas por la parte actora. Este proceder del Tribunal, según se indicó, configura el yerro alegado por la casacionista de incongruencia por ultra petita, al existir un “exceso de pronunciamiento”, lo cual colocó al demandado en estado de indefensión –canon 137 inciso b) del CPCA-.

VII. En mérito de lo expuesto, débese acoger el recurso interpuesto por violación de normas procesales, debiéndose anular parcialmente el fallo cuestionado solo en cuanto rechazó la defensa de falta de derecho y declaró, de manera parcial, con lugar la demanda en los siguientes términos, entendiéndose denegada en lo no indicado expresamente: A) de conformidad con lo preceptuado en el artículo 122 inciso c) del CPCA, a fin de garantizar al actor el acceso a la justicia y tutela efectiva en vía administrativa, adaptó la resolución impugnada, en el sentido de que, conforme a los principios de razonabilidad, proporcionalidad, lógica, justicia, búsqueda de la verdad real e interés superior del menor, la Dirección General de Migración y Extranjería debía emitir un nuevo pronunciamiento respecto de la solicitud de visa de ingreso restringido, planteada a favor de la menor **Z.**, una vez que el Gobierno de la República Popular China se pronunciara en torno a la consulta formulada por el Consulado de Costa Rica en ese país, respecto a la información contenida en el certificado de nacimiento de la menor. En defecto de ello, la propia Dirección General de Migración debía determinar, en resolución motivada, si de acuerdo con el ordenamiento jurídico (Constitución Política, Convención sobre los Derechos del Niño, Código de la Niñez y de la Adolescencia, Ley de Migración y

Extranjería, los Principios Generales del Procedimiento Administrativo y, en particular, el principio de búsqueda de la verdad real), es posible aplicar una prueba técnica, cuyo resultado sirviera de base para determinar la existencia o no de un vínculo filial de la menor con el actor y la señora **P**. De lo anterior, debía notificarse oportunamente a los solicitantes; e informar a la Jueza Ejecutora de ese órgano jurisdiccional en el plazo de un mes, contado a partir de la firmeza del fallo. B) al amparo de lo dispuesto en el canon 122 inciso k) del CPCA, declaró que la entonces Ministra de Gobernación, Policía y Seguridad Pública incurrió en una conducta omisiva contraria a lo dispuesto en los preceptos 41 de la Constitución Política y 52 de la Ley de Migración y Extranjería, razón por la cual le ordenó al demandado, en la figura del titular de la cartera de Gobernación, Policía y Seguridad Pública, que en el plazo de 10 días naturales, contados a partir de la firmeza de la sentencia, resolviera, de manera motivada, la solicitud de reconsideración planteada por el actor, el día primero de septiembre de 2009; de lo cual debía informar a la Jueza Ejecutora de ese Tribunal. En lo demás procede mantener incólume la sentencia impugnada. En aplicación de los principios de economía y celeridad procesales, no se reenviará el expediente al Tribunal sentenciador, al resultar innecesario. En relación, véase la sentencia de esta Sala no. 900 de las 10 horas 50 minutos del 27 de agosto de 2009. Además, por esa misma razón, se omitirá pronunciamiento respecto de los agravios formulados por la representación estatal por violación de normas sustantivas.

POR TANTO

Se declara con lugar el recurso de casación formulado por violación de normas

procesales. En consecuencia, por incongruente, se anula la sentencia impugnada, solo en cuanto rechazó la defensa de falta de derecho y acoge parcialmente la demanda en los siguientes términos, entendiéndose denegada en lo no indicado expresamente: A) de conformidad con lo preceptuado en el cardinal 122 inciso c) del CPCA, a fin de garantizar al actor el acceso a la justicia y tutela efectiva en vía administrativa, adaptó la resolución impugnada, en el sentido de que, conforme a los principios de razonabilidad, proporcionalidad, lógica, justicia, búsqueda de la verdad real e interés superior del menor, la Dirección General de Migración y Extranjería debía emitir un nuevo pronunciamiento respecto de la solicitud de visa de ingreso restringido, planteada a favor de la menor **Z.**, una vez que el Gobierno de la República Popular China se pronunciara en torno a la consulta formulada por el Consulado de Costa Rica en ese país, respecto a la información contenida en el certificado de nacimiento de la menor. En defecto de ello, la propia Dirección General de Migración debía determinar, en resolución motivada, si de acuerdo con el ordenamiento jurídico (Constitución Política, Convención sobre los Derechos del Niño, Código de la Niñez y de la Adolescencia, Ley de Migración y Extranjería, los Principios Generales del Procedimiento Administrativo y, en particular, el principio de búsqueda de la verdad real), es posible aplicar una prueba técnica, cuyo resultado sirviera de base para determinar la existencia o no de un vínculo filial de la menor con el actor y la señora Peiyun He. De lo anterior, debía notificarse oportunamente a los solicitantes; e informar a la Jueza Ejecutora de ese órgano jurisdiccional en el plazo de un mes, contado a partir de la firmeza del fallo. B) al amparo de lo dispuesto en

el canon 122 inciso k) del CPCA, declaró que la entonces Ministra de Gobernación, Policía y Seguridad Pública incurrió en una conducta omisiva contraria a los dispuesto en los preceptos 41 de la Constitución Política y 52 de la Ley de Migración y Extranjería, razón por la cual le ordenó al demandado, en la figura del titular de la cartera de Gobernación, Policía y Seguridad Pública, que en el plazo de 10 días naturales, contados a partir de la firmeza de la sentencia, resolviera, de manera motivada, la solicitud de reconsideración planteada por el actor, el día primero de septiembre de 2009; de lo cual debía informar a la Jueza Ejecutora de ese Tribunal. En lo demás, se mantiene incólume lo resuelto. Por innecesario, se omite pronunciamiento en cuanto a los demás reparos argüidos por la representación del demandado por quebranto de normas sustantivas.

Anabelle León Feoli

Luis Guillermo Rivas Loáiciga

Román Solís Zelaya

Óscar Eduardo González Camacho

Carmenmaría Escoto Fernández

MJIMENEZ/gdc.-