

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Derecho



Informe jurídico de la sentencia recaída en el expediente N°02744-
2015-PA/TC (Caso Migrantes)

Trabajo de suficiencia profesional para optar el Título Profesional de
Abogada

Autor:

Mabel Andrea Orellana Gutiérrez

Asesor(es):

José Enrique Sotomayor Trelles

Lima, 2022

RESUMEN

A lo largo de la historia, los migrantes se han encontrado carentes de un trato respetuoso y libre de sesgos, siendo en innumerables oportunidades blanco de injusticias y persecuciones. En materia jurídica, actualmente existen distintas leyes y mecanismos que le brindan protección al migrante. Sin embargo, casos como el de Jesús de Mesquita Oliviera demuestran que, en el Perú, aún se producen vulneraciones a los derechos de los migrantes. Lo cierto es que en este particular caso, el fallo inicial que la Superintendencia Nacional de Migraciones emitió sienta un precedente en el cual no solo los derechos de los migrantes son transgredidos, sino también los derechos humanos, derechos de protección a la familia, derecho al debido proceso y de defensa. El objetivo del presente informe jurídico es dilucidar si se debe declarar fundado el recurso de agravio constitucional, en favor de Jesús de Mesquita Oliviera y su menor hija. Posterior al estudio de la situación vivida por los migrantes en el país y el análisis del caso "Migrantes", la conclusión es que la resolución inicial representa una amenaza para el derecho de protección a la familia del agraviado y discrepan con el principio de interés superior del niño en perjuicio de su menor hija. Asimismo, es vulnerado su derecho al debido proceso, y se pone en evidencia el estado inconstitucional de las cosas de la Ley de Extranjería cuando tal sentencia es emitida, así como también del Decreto Legislativo N°1236, pues seguía sin establecer un proceso en el cual el migrante obtenga garantías al recibir una sanción administrativa en su contra.

**CASO JESÚS DE MESQUITA OLIVIERA Y OTROS VS. SUPERINTENDENCIA
NACIONAL DE MIGRACIONES**

INFORME JURÍDICO

ÍNDICE DE CONTENIDO

1. Introducción	4
1.1 Contexto de la población migrante en el Perú	5
1.2 Justificación	7
2. Cronología de los hechos	10
3. Planteamiento y árbol de problemas	13
4. Análisis del problema principal y sus problemas específicos:	14
4.1 Problemas específicos	14
4.1.1 ¿Es procedente la demanda?	
4.1.2 ¿Fueron los derechos de protección a la familia y al debido proceso vulnerados?	
4.1.2.1 Protección a la familia e interés superior del niño	
4.1.2.2 Transgresión del debido proceso y derecho de defensa	
4.2 Problema principal	28
5. Análisis de la sentencia y de los votos singulares	29
5.1 Análisis personal de la sentencia	
5.2 Los fundamentos de voto	
5.3 Crítica a los votos singulares	
6. Conclusiones	33
7. Bibliografía	35

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia sobre el caso Jesús de Mesquita Oliviera (también llamado “Caso Migrantes”) dado el amplio desarrollo jurisprudencial en materia de protección de los migrantes que realiza el Tribunal Constitucional (en adelante TC) recibió el “Premio Sentencias Acceso a la Justicia de Personas Migrantes o Sujetas de Protección Internacional 2017”. En este pronunciamiento, el mismo mencionó varias resoluciones emitidas sobre el tema, principalmente, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (En adelante la “Corte IDH”)¹. Este amplio desarrollo jurisprudencial es lo que hace que esta sentencia sea destacada y le otorguen el referido premio por ser un pronunciamiento dado tomando en cuenta los estándares y más elevadas normas en materia de derechos humanos, así como las buenas prácticas que han sido útiles cuando se trata de brindar las más amplias garantías en el acceso a la justicia y el pleno disfrute de los derechos fundamentales de migrantes o sujetos de protección internacional en América.

En el presente informe presentaré y analizaré el referido caso en base a los derechos humanos, basándome en la consagración del principio de protección a las personas migrantes. Protección que, en este pronunciamiento del TC, va enfocada en el derecho de protección a la familia y al debido proceso y de defensa. En cuanto al derecho de protección a la familia, este se conecta con otros derechos vulnerados como el derecho al matrimonio, el deber y derecho de los progenitores de brindar alimentación, educación y seguridad a los hijos y, el principio de interés superior del niño.

El problema jurídico central del informe radica en determinar si se debió declarar fundado el recurso de agravio constitucional (en adelante RAC) que Jesús de Mesquita Oliviera interpuso en contra de la Resolución Directoral N°00000065-2013-IN-MIGRACIONES (en adelante la Resolución) emitida por la Superintendencia Nacional de Migraciones (en adelante SNM). Se alegaba que la misma era una amenaza para el derecho humano de protección a la familia, así como el derecho y deber de los progenitores a alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, el debido proceso y derecho de defensa de don Jesús Mesquita Oliviera y, no menos importante, el derecho de su menor hija a contar con el acompañamiento de su progenitor en su desarrollo de vida, afectando el mismo de manera considerable.

¹ IDEHPUCP. (2018, 18 enero). *Una sentencia galardonada: lo que establece el TC sobre derechos de los migrantes*. Recuperado 22 de junio de 2022, de <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/una-sentencia-galardonada-lo-establece-tc-derechos-los-migrantes/>

Es así que, el informe se divide en tres secciones. La primera expone la situación de los migrantes en el Perú, la relevancia del caso y nos brinda los hechos del mismo en orden cronológico. La segunda parte identifica y analiza los problemas del caso. Finalmente, en la última sección, se exponen los argumentos de la sentencia y se presentan también los votos singulares. Con este esquema se llegará a las siguientes conclusiones.

A través de este informe se concluye que, en efecto, la Resolución constituía una amenaza para el derecho de protección a la familia de Jesús de Mesquita Oliviera y era contraria al principio de interés superior del niño en perjuicio de su menor hija. Asimismo, su derecho al debido proceso también era vulnerado por la resolución. Por otro lado, con esta resolución se puso en evidencia el estado de cosas inconstitucional que suponía la falta de reglamentación de la Ley de Extranjería (en adelante la Ley) que se encontraba vigente cuando fue emitida, pero también del Decreto Legislativo N°1236 (en adelante el Decreto), pues el mismo aún no contaba con trámites precisos que brinden garantías que permitieran al migrante en irregularidad actuar en caso una sanción administrativa fuera impuesta en su contra.

1.1 JUSTIFICACIÓN

El caso materia de la sentencia en análisis versa sobre un hombre brasileño que estuvo en constante contacto con el Perú hasta que en el año 2011 pasa a una estadía definitiva y al extender el plazo de permanencia autorizada se le sancionó con la salida obligatoria del país e impedimento de ingreso. Esto sin tomar en cuenta los lazos familiares y afectivos que construyó a lo largo del tiempo en todas las ocasiones que permaneció en Perú.

La Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) informó sobre la existencia de 537 mil pedidos protección internacional de venezolanos al Perú². El tema de la migración es sumamente relevante en un contexto como el que vivimos en donde la movilidad de las personas alrededor del mundo es constante. Las crisis políticas, las guerras, la falta de oportunidades, entre otros motivos son los que llevan a los nacionales de un país viajar a otro buscando refugio y/o nueva vida.

² Poder Judicial del Perú (2022) Perú ocupa primer lugar en el mundo con 537 mil solicitudes de refugio presentadas por personas desplazadas de Venezuela. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ajpvyc/s_ajpvyc/as_noticia/cs_n_peru_ocupa_primer_lugar_en_el_mundo_con_537_mil_solicitudes_de_refugio_presentadas_por_personas_desplazadas_de_venezuela

La sentencia materia del informe fue ganadora del “Premio Sentencias Acceso a la Justicia de Personas Migrantes o Sujetas de Protección Internacional 2017”³; en este sentido, es una sentencia emblemática que vale la pena analizar en tanto resuelve a favor de los derechos de las personas en calidad de migrantes, derechos que deben ser protegidos como los de cualquier otro nacional. El Tribunal Constitucional sentencia recaída en el expediente N°2744-2015-PA/TC desarrolló una gran cantidad de jurisprudencia emitida en especial por la Corte IDH.

Como se menciona, la sentencia analiza principalmente el tema de la protección constitucional de los migrantes, en especial, la particular condición de los migrantes que no cuentan con documentos o en situación irregular. De acuerdo al artículo 2.2 de la Carta Magna, las personas son iguales ante la ley y no deben ser discriminadas por motivo de origen o cualquier otro motivo, en este sentido, los extranjeros deben contar con las mismas garantías constitucionales que los ciudadanos peruanos. Es en esta misma línea que, considerando la igualdad que deben tener los ciudadanos extranjeros ante la ley, deben contar con las mismas garantías de un debido procedimiento incluso encontrándose en una situación irregular. Esto es justamente lo que el Tribunal Constitucional protege cuando refiere que el ingreso o residencia en formas irregular no deben ser considerados delitos, sino faltas administrativas⁴ y que los derechos humanos de los migrantes constituyen un límite que no puede ser obviado al ejercer su potestad migratoria⁵. Es en base a ello que se considera que los derechos a la protección a la familia y al debido procedimiento se vieron vulnerados. Mismos derechos que son desarrollados por el TC como parámetro para decidir sobre el RAC interpuesto.

Este caso es relevante no solo por la especial condición de vulnerabilidad que tiene los migrantes, sino también porque, la ausencia de reglamentación que contuviera un procedimiento claro, preciso y unificado, en donde la todas las garantías de los migrantes sujetos a un procedimiento migratorio sancionador sean precisadas (tanto las sustantivas como las formales), fue declarada, por vez primera, como estado de cosas inconstitucional por el TC. Tal estado de las cosas puso al descubierto que las políticas restrictivas y las

³ IDEHPUCP. (2018, 18 enero). *Una sentencia galardonada: lo que establece el TC sobre derechos de los migrantes*. Recuperado 22 de junio de 2022, de <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/una-sentencia-galardonada-lo-establece-tc-derechos-los-migrantes/>

⁴ Tribunal Constitucional (2016) STC recaída en el expediente N°02744-2015-PA/TC. Caso Jesús de Mesquita Oliviera y otros vs. Superintendencia Nacional de Migraciones. 08 de noviembre.

⁵ Tribunal Constitucional (2016) STC recaída en el expediente N°02744-2015-PA/TC. Caso Jesús de Mesquita Oliviera y otros vs. Superintendencia Nacional de Migraciones. 08 de noviembre.

posibilidades casi inexistentes de acceder a mecanismos de regularización tuvieron como resultado el enorme aumento de las peticiones de reconocimiento del status de refugiado.

La sentencia adquiere notoriedad al ganar el “Premio Sentencias Acceso a la Justicia de Personas Migrantes o Sujetas de Protección Internacional 2017”. Es a partir de entonces que autores, como Carmen Dávila, o instituciones, como el Parlamento Europeo, realizan análisis de los distintos aspectos de esta sentencia.

1.2 CONTEXTO DE LA POBLACIÓN MIGRANTE EN EL PERÚ

Actualmente, el Perú es uno de los destinos con mayor demanda por parte de los inmigrantes venezolanos que han tenido que huir de su país dada la grave crisis que enfrenta la República de Venezuela. Al mes de noviembre de 2020, según la Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela (R4V), se registraban 1'043,460 millones de migrantes venezolanos en el Perú⁶. Se calculó que para agosto de 2020 habían en el Perú aproximadamente unos 1'223, 034 extranjeros, lo que equivalía al 3,81% de toda la población en territorio peruano en ese entonces⁷. Estos cambios que la inmigración ocasiona en la demografía peruana ha estado acompañado también de modificaciones en las políticas migratorias.

Si bien es cierto, en un principio, el fenómeno migratorio internacional se asumió como un deseo de mejoras laborales y económicas de quienes abandonaban sus países de procedencia. Sin embargo, la universalidad e inalienabilidad de los derechos que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconoce y la igualdad y no discriminación como principio vigente en el desarrollo de los mismos, hace posible que en la actualidad se pueda sostener que el proceso de migración internacional va más allá del solo deseo de obtener mejores oportunidades de vida. Este proceso no siempre responde a la búsqueda de mejor oportunidades laborales y económicas, sino que muchas personas se terminan viendo en una situación donde salir de su país es inevitable porque son perseguidos, porque su país se

⁶ Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela (R4V). Recuperado de: <https://r4v.info/es/situations/platform/location/7416>

⁷ Benites, Alexander; Carrasco, Andrea; Palla, Irene; Ramos, Gabriela y Vargas, Génesis (2020) *Informe alternativo al Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares – Perú*. Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Conferencia Episcopal de Acción Social (CEAS), Clínica Jurídica para Migrantes y Refugiados Pedro Arrupe SJ de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya (UARM). Lima, Perú.

encuentra en un contexto de guerra o crisis o simplemente porque buscan nuevos horizontes. Los migrantes internacionales conforman un grupo de especial atención dadas las políticas restrictivas que suelen interferir con el proceso que implica regularizar su status migratorio, motivo por el cual gran parte de los migrantes tienden a estar en situación de irregularidad, enfrentando así la desigualdad en relación a los ciudadanos nacionales del país de destino y exponiéndose a una mayor vulnerabilidad dado que terminan teniendo que aceptar condiciones abusivas e informales de trabajo, la discriminación y xenofobia, e incluso tienen una mayor posibilidad de ser víctimas de las redes de trata y tráfico de migrantes⁸.

En los últimos años, la Política Migratoria de la República Democrática del Perú se ha caracterizado por sus constantes modificaciones, lo cual termina brindando el escenario perfecto para que los migrantes tengan un desconocimiento total de sus derechos y obligaciones establecidos en la normativa nacional⁹. La actual normativa migratoria, Decreto legislativo N°1350 y su Reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo N°007-2017-IN, se da en el 2017, momento para el cual ya se había dictado la sentencia materia de análisis del presente informe. Asimismo, la Política Migratoria Nacional 2017-2025, en donde el enfoque de derechos humanos, inclusión y género, fue acogido no existía cuando sucedieron los hechos que se analizarán a continuación; sin embargo, es interesante ver cómo a raíz de la creciente inmigración venezolana la política migratoria se ha vuelto cada vez más restrictiva, lo que ocasiona un mayor número de personas en situación de irregularidad, situación que las hace proclives a mayor vulnerabilidad y estigmatización.

Es en este contexto actual en donde, a pesar de contar con una regulación más clara y precisa que antes, se ha caído en una suerte de restricciones que deja desprotegida a la población migrante; contexto que requiere un análisis y una reflexión sobre sentencias emblemáticas como la que se propone para poder identificar y plantear aquellos mecanismos que en la práctica han protegido de mejor manera los derechos de los migrantes, derechos que deberían, en principio, ser los mismos que los de cualquier otro ciudadano del país al que llegaron por el principio de igualdad ante la ley consagrado por la Constitución Política del Perú.

⁸ Defensoría del Pueblo (s. f.) Población migrante. Recuperado de: https://www.defensoria.gob.pe/grupos_de_proteccion/poblacion-migrante/

⁹ Benites, Alexander; Carrasco, Andrea; Palla, Irene; Ramos, Gabriela y Vargas, Génesis (2020) *Informe alternativo al Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares – Perú*. Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Conferencia Episcopal de Acción Social (CEAS), Clínica Jurídica para Migrantes y Refugiados Pedro Arrupe SJ de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya (UARM). Lima, Perú.

En la sentencia del caso Jesús Mesquita de Oliviera, el TC establece pues el menester que implicaba la ausencia de una adecuada política migratoria en el Perú pues el procedimiento migratorio sancionador vigente al momento de emitirse la sentencia no establecía las garantías mínimas, tanto formales como materiales, para el migrante en situación irregular¹⁰. Los migrantes en situación jurídica regular e irregular se distinguen porque los últimos no cumplieron con las normas de ingreso o por excederse en el tiempo de estadía para el cual fueron autorizados¹¹. Sin embargo, la regularidad del status migratorio de una persona dentro de un Estado no es requisito para que tal Estado cumpla con respetar y garantizar el principio de la igualdad y no discriminación¹². El Estado solo se encuentra facultado de tratar de distinto modo a los migrantes documentados respecto de los que no lo son o entre migrantes en general y los nacionales de tal Estado, cuando esto se base en criterios objetivos y respetando la razonabilidad proporcionalidad, y, sobre todo, que estas diferencias no lesionen los derechos fundamentales del ser humano¹³.

Este es el actual contexto en cuanto a situación y políticas nacionales sobre los migrantes en el Perú que dan lugar a la relevancia del caso en particular, relevancia que se justifica por aspectos que se mencionaran en adelante.

2. CRONOLOGÍA DE LOS HECHOS:

A continuación, se presenta la cronología de los hechos que dieron lugar a la demanda y a la resultante sentencia de la misma:

Año 2003: Jesús de Mesquita Oliviera entra por primera vez en el Perú, con varias entradas y salidas ya que por las actividades de comercio que desarrollaba en la frontera de Perú con Brasil.

¹⁰ Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy (2020) El principio de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado: Perú. Servicio de Estudios del Parlamento Europeo. Unidad Biblioteca de Derecho Comparado. Bruselas, Unión Europea.

¹¹ Tribunal Constitucional (2016) STC recaída en el expediente N°02744-2015-PA/TC. Caso Jesús de Mesquita Oliviera y otros vs. Superintendencia Nacional de Migraciones. 08 de noviembre.

¹² Corte IDH (2003) Opinión Consultiva 18/03 de la Corte IDH sobre la Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.

¹³ Corte IDH (2010) *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párrafo 248.

Año 2006: Jesús de Mesquita Oliviera inicia una convivencia con Helen Esther Licas Lanjaine.

9 de octubre de 2008: Jesús de Mesquita Oliviera tiene una hija de iniciales Y.D.M.L con Helen Esther Licas Lanjaine.

29 de enero de 2011: Jesús de Mesquita Oliviera ingresó al país como turista y con 90 días de permanencia autorizada.

28 de abril de 2011: Vence la autorización de permanencia en el Perú de Jesús de Mesquita Oliviera. Quedando el mismo en una situación migratoria irregular.

27 de febrero de 2013: Se emite la Resolución que sancionó con salida obligatoria del país con impedimento de ingreso a Jesús de Mesquita Oliviera.

24 de abril de 2013: El demandante se casó con Sherley Bocangel Farfán.

31 de mayo de 2013: El demandante, de nacionalidad brasileña y, otros, presentan demanda de amparo contra la SNM con la petición de inaplicar la Resolución que impuso la ya referida sanción y la cual no le permitiría al demandante permanecer en la República del Perú junto a su familia.

26 de julio de 2013: El procurador del Ministerio del Interior concluyó la existencia de excepciones de incompetencia y de falta de agotamiento de la vía administrativa. Asimismo, refiere que la autorización de Jesús de Mesquita Oliviera para permanecer en el país venció y solicitó la improcedencia de la demanda, así como su declaración de infundada.

28 de noviembre de 2013: El 1° Juzgado Mixto de Tambopata de la CSJ de Madre de Dios desestimó las excepciones de incompetencia y de falta de agotamiento de la vía administrativa.

14 de enero de 2014: El 1° Juzgado Mixto de Tambopata de la CSJ de Madre de Dios declaró fundada la demanda, confirmando la resolución de primera instancia.

1 de diciembre de 2014: La Sala Superior Civil de la CSJ de Madre de Dios, mediante Resolución 16 de segunda instancia declaró improcedente la demanda.

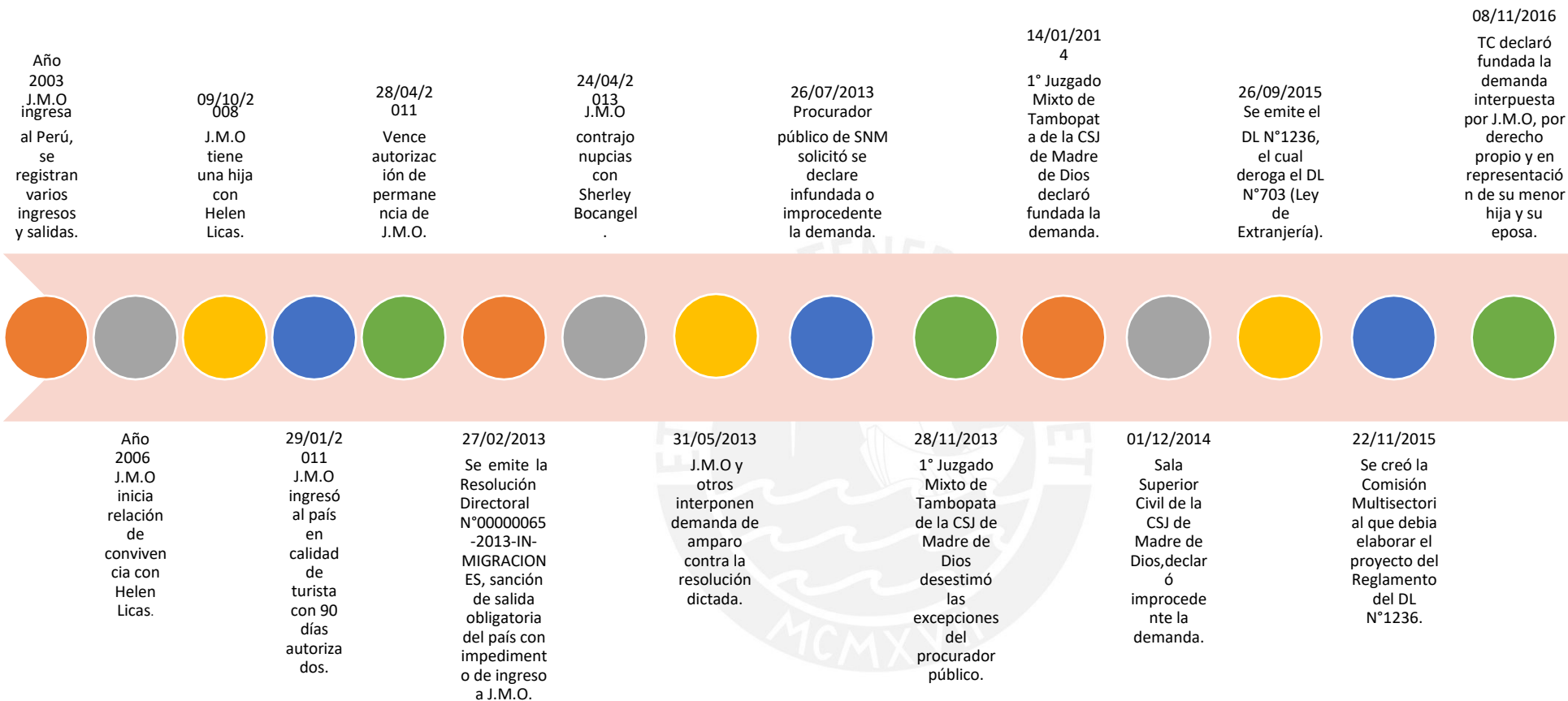
26 de setiembre de 2015: Se emite el DL N°1236, el cual deroga la hasta entonces vigente Ley de Extranjería.

22 de noviembre de 2015: Creación de la Comisión Multisectorial encargada de elaborar el proyecto del Reglamento del DL N°1236. Reglamento que hasta la fecha de la sentencia en análisis no fue emitido.

08 de noviembre de 2016: El Pleno del TC declaró fundada la demanda de agravio constitucional interpuesta por don Jesús de Mesquita Oliviera.



CRONOLOGÍA DE LOS HECHOS



Fuente: Tribunal Constitucional (2016) STC recaída en el expediente N°02744-2015-PA/TC. Jesús de Mesquita Oliviera y otros vs. Superintendencia Nacional de Migraciones. 08 de noviembre.

3. PLANTEAMIENTO E IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DEL CASO

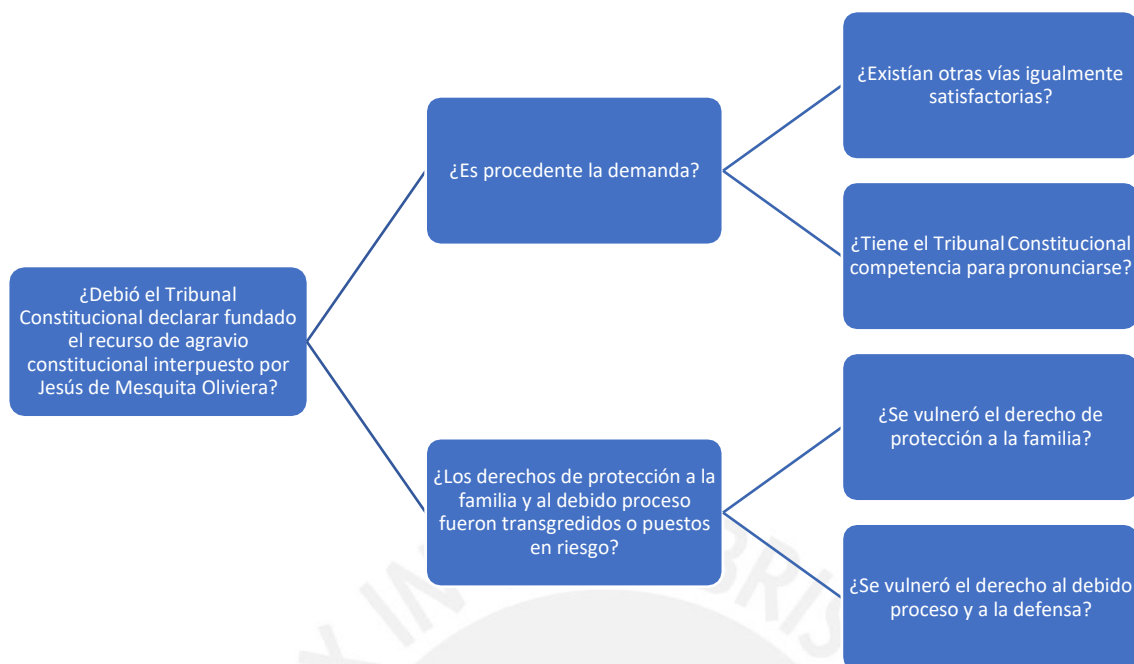
En el presente caso hemos considerado que el problema principal es el siguiente:

- ¿Se debió declarar fundada la demanda de agravio constitucional interpuesta por Jesús de Mesquita Oliviera?

Mientras que los problemas específicos son:

- ¿Es procedente la demanda?
 - o ¿Existían otras vías igualmente satisfactorias?
 - o ¿Tiene el Tribunal Constitucional competencia para pronunciarse?
- ¿Fueron los derechos de protección a la familia y al debido proceso vulnerados?
 - o ¿Se transgredió el derecho de protección a la familia?
 - ¿Se vulneró el deber y derecho de los padres de brindar alimento, educación y seguridad a sus hijos?
 - ¿Se vulneró el principio de interés superior del niño en relación a la menor de iniciales Y.D.M.L.?
 - o ¿Fueron los derechos a la defensa y al debido proceso transgredidos?
 - ¿La normativa migratoria de ese entonces contaba con un *íter* procedimental con garantías mínimas para los extranjeros?
 - ¿Se notificó la resolución al interesado?
 - ¿La resolución estaba debidamente motivada?
 - ¿El interesado tenía posibilidad de impugnar?
 - ¿El interesado pudo ejercer su defensa?
 - ¿Nos encontramos ante un estado inconstitucional de las cosas?

ÁRBOL DE PROBLEMAS



4. ANÁLISIS DEL PROBLEMA PRINCIPAL Y SUS PROBLEMAS ESPECÍFICOS

Jesús de Mesquita Oliviera interpuso un RAC en contra de la SNM pues mediante la Resolución se le impuso la sanción de salida obligatoria del país, disponiendo además el impedimento de ingresar a la República peruana nuevamente. Esta resolución fue resultado del procedimiento migratorio sancionador seguido en su contra por haber excedido el plazo de 90 días de autorización para permanecer en territorio peruano, autorización que venció el 28 de abril de 2011.

El TC dio por fundada esta demanda en tanto se acreditó la afectación de los derechos que J.M.O. invocó como transgredidos. En este sentido, queda nula la Resolución y se solicita a la demandada pronunciarse a través de un nuevo acto administrativo para determinar la condición de Jesús Mesquita de Oliviera en el ámbito migratorio.

En este sentido, este informe tiene por finalidad analizar si:

¿Debió el Tribunal Constitucional declarar fundado el RAC interpuesto por J.M.O?

4.1 PROBLEMAS ESPECÍFICOS

Para dar respuesta a la pregunta que plantea el problema principal, se necesita establecer lo siguiente:

- ¿Es procedente la demanda?
- ¿Los derechos de protección a la familia y al debido proceso fueron transgredidos o puestos en riesgo?

Estas dos preguntas son las más importantes para darle una respuesta al problema principal en tanto hace referencia a los aspectos de forma y de fondo. La pregunta respecto a si es procedente la demanda es el paso previo para que se pueda pasar a analizar las cuestiones de fondo y, de este modo, determinar si las razones esgrimidas por la parte demandante constituyen pues, una amenaza y/o transgresión de sus derechos inherentes como ser humano a la protección familiar y al debido proceso y derechos conexos de los mismos. Procederé a analizar estos puntos a continuación.

4.1.1 ¿ES PROCEDENTE LA DEMANDA DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL?

En primer lugar, es importante precisar algunos alcances sobre este recurso. El RAC es un mecanismo extraordinario impugnativo que se interpone contra los pronunciamientos emitidos en segunda instancia en el Poder Judicial. Recurso que permite a los ciudadanos dirigirse al TC para que el mismo conozca, en forma excepcional, como instancia final y definitiva, las resoluciones que deniegan o declaran improcedentes o infundadas las demandas de amparo, hábeas corpus, hábeas data y acción de cumplimiento con el fin de reestablecer sus derechos constitucionales transgredidos o puestos en peligro¹⁴. El mismo tuvo su aparición en el Perú con el Código Procesal Constitucional del 2004, se encuentra en su artículo 18 y se trata de un recurso a favor de quien demanda, no a favor de quien es demandado.

El RAC procede siempre y cuando los 10 días contados desde el siguiente día en que se notificó la resolución no sean excedidos. De las disposiciones jurídicas contenidas en los artículos 19 y 20 del Código Procesal Constitucional y el artículo 11 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, “se desprende que las características de este recurso

¹⁴ [QUIROGA, A. G. R.](#) y LOPEZ, J. R. (2015). **El Régimen del Recurso de Agravio Constitucional, Los Precedentes Vinculantes y las Sentencias Interlocutorias**. En *Los Procesos Constitucionales*. (pp. 16 - 71). LIMA. APECC - Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación.

son que su ámbito de aplicación es en procesos constitucionales de la libertad, su procedencia es en contra de resoluciones denegatorias de segundo grado, el sujeto legitimado para interponerlo es el demandante vencido, frente a la negatoria del RAC, procede el recurso de queja y este recurso es resuelto únicamente por el TC¹⁵.

Además, el TC ha indicado que el RAC interpuesto debe estar vinculado en forma directa con el aspecto constitucionalmente protegido de un derecho humano fundamental y no debe ser manifiestamente infundado; asimismo, no debe encontrarse enfrascado en una causal de negativa de tutela ya establecida con claridad por el TC. Esto además de los requisitos formales¹⁶. Cuando el RAC proceda, el TC conocerá del mismo y su jurisdicción será ejercida tanto sobre la forma como sobre el fondo de la controversia, siendo el TC quien emita la última resolución que se convertirá en cosa juzgada¹⁷.

En este sentido, en tanto la demanda de amparo interpuesta se declaró improcedente por la Sala Superior Civil de la CSJ de Madre de Dios, el recurso de agravio constitucional era un medio adecuado para que este pudiera proteger sus derechos fundamentales vulnerados y amenazados. Su procedencia será analizada a continuación.

Una primera respuesta que recibió Jesús de Mesquita Oliviera por parte del procurador público del Ministerio del Interior es la ausencia de excepciones de incompetencia y de falta de agotamiento de la vía administrativa pues en consideración suya el término de la controversia necesita de una estación probatoria bastante más amplia, de la cual estuvo privado el proceso de amparo, ello con la finalidad de persuadir acerca de las circunstancias que justificarían la entrada o estadía de un extranjero en el Perú. Estación probatoria que Jesús de Mesquita Oliviera no impugnó en sede administrativa.

A pesar de ello, el Primer Juzgado Mixto de Tambopata de la CSJ de Madre de Dios desestimó las excepciones de incompetencia y falta de agotamiento de la vía administrativa. En segunda instancia, la Sala Superior Civil de la CSJ de Madre de Dios dispuso que la

¹⁵ [QUIROGA, A. G. R.](#) y LOPEZ, J. R. (2015). **El Régimen del Recurso de Agravio Constitucional, Los Precedentes Vinculantes y las Sentencias Interlocutorias**. En *Los Procesos Constitucionales*. (pp. 16 - 71). LIMA. APECC - Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación.

¹⁶ Tribunal Constitucional (2006) STC recaída en el expediente N°2877-2005- PHC/TC. Caso Luis Sánchez vs. Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima.

¹⁷ Bernal Ballesteros, Enrique. *El amparo contra el abuso de poder*. En Legal Expres: suplemento de Gaceta Jurídica, año 2. N° 21. Lima, p. 844.

demanda no procedía al considerar el acto cuestionado como pasible de impugnación ante la administración o de contradicción en la vía ordinaria ante el Poder Judicial.

Sin embargo, el TC señaló que el artículo 46.2 del CPC (vigente en ese momento) establece que no se exige el agotamiento de las vías previas cuando, de lo contrario, la agresión a los derechos fundamentales podría tornarse en irreparable.

Así lo ha reiterado el TC en la STC recaída en el expediente N°2692-2012-PA/TC señalando que, a pesar de la obligatoriedad de la vía previa, pueden darse ocasiones en que las circunstancias conviertan al agotamiento de la vía previa en una formalidad inútil e incluso cruel, sobre todo, cuando nos encontramos ante la vulneración de derechos de la persona humana. Cuando este sucede, la persona afectada en sus derechos es exonerada de tal requisito.

Del mismo modo, a nivel doctrinario, Morón señala que el agotamiento previo de la vía administrativa no debe de ninguna manera tener como consecuencia la pausa o demora del acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva¹⁸. Asimismo, el Código Procesal Constitucional del 2004 establece en su artículo 45 que, cuando existan dudas sobre el requisito de agotamiento de la vía previa, la preferencia será siempre dar trámite a la demanda.

Para determinar si existían para este caso otras vías igualmente satisfactorias nos remitimos a jurisprudencia del TC, este señaló en la STC recaída en el expediente N°02383-2013-PA/TC que la vía será igualmente satisfactoria si en un caso concreto se demuestra que se cumple con la idoneidad del proceso para la tutela del derecho, que la resolución a emitir puede brindar esta tutela efectivamente, que el riesgo de irreparabilidad está ausente y que hay una tutela de urgencia por la relevancia de derecho o la gravedad de los resultados.

En este caso en particular, no se cumplen de manera copulativa estos elementos en tanto existía un riesgo de producirse la irreparabilidad pues, de cumplirse con lo dispuesto por la resolución emitida por la SNM, Oliviera tendría que salir del país sin posibilidad de retorno y, por ende, sin posibilidad de continuar el proceso que busca proteger sus derechos fundamentales.

¹⁸ Morón Urbina, J. C. (2003). Reflexiones Constitucionales sobre la Regla del Agotamiento de la Vía Administrativa. *Foro Jurídico*, (02), 184-191. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18300>

Esto es lo que precisamente estuvo en riesgo de suceder en el presente caso pues, a pesar de que la medida impuesta por la Resolución no se había llevado a cabo cuando Jesús de Mesquita Oliviera interpuso el recurso de agravio constitucional, resultaba evidente la inminente amenaza de lesión a la que se encontraba expuesto.

Además, según el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional los procesos constitucionales con vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, no proceden. Sin embargo, en este caso, el afectado no tenía vía a la que recurrir.

De acuerdo a la STC recaída en el expediente N°02383-2013-PA/TC, se entiende la existencia de dos posiciones para determinar lo que se considera como una vía "igualmente satisfactoria": la primera es una objetiva y se relaciona con el examen de la vía propiamente dicha (vía específica idónea); y la segunda una subjetiva, enfocada en la revisión de la afectación al derecho alegado (urgencia iusfundamental).

Al momento de la emisión del acto administrativo, la ley vigente era el DL N°703 (anterior Ley de Extranjería); en este sentido, el Alto Tribunal señala que la administración pudo elegir aplicar de modo literal del artículo 67 de esta ley. Artículo en donde no se fijó un mecanismo de impugnación específico en contra de la sanción de salida obligatoria para el rechazo del recurso administrativo que la ordena. En este sentido, no existía en sede administrativa algún recurso o vía específica idónea a la que Jesús de Mesquita Oliviera pudiera acceder para expresar su desacuerdo con la resolución en cuestión y proteger sus derechos vulnerados de manera efectiva, por lo que existía una urgencia iusfundamental que hace factible la excepción de falta de agotamiento de la vía previa.

Sobre la presunta necesidad de una estación probatoria, el artículo 9 del Código Procesal Constitucional señala pues que en los procesos constitucionales no existe tal etapa, pero la procedencia de los medios probatorios que no requieren actuación implica una responsabilidad no expresa que supone una carga de probar para las partes que recurren a la vía constitucional de presentar medios probatorios con la suficiente idoneidad para que el juzgador se forme un criterio respecto del derecho que se invoca¹⁹.

La regla contenida en el artículo 9 del CPC tiene como fundamento que la admisión de pruebas que necesitan actuarse, puede alterar los plazos y desnaturalizar el carácter de tutela

¹⁹ Tribunal Constitucional (2005) Sentencia recaída en el expediente N°3484-2005-PHC/TC.

de urgencia de los procesos constitucionales²⁰. Esto en tanto los procesos constitucionales son restitutivos de derechos y no constitutivos de derechos, son procesos que tienen por finalidad restablecer el ejercicio de un derecho constitucional que estaba siendo impedido²¹.

Es menester señalar que el TC se encarga, en este pronunciamiento, de verificar si la Resolución vulnera, o no, los derechos humanos que el demandante invoca. Más no emite pronunciamiento alguno sobre la situación migratoria particular a favor del recurrente. Siendo así, que la etapa probatoria plena se encuentre ausente en este contexto no significa algún tipo de traba para el examen de constitucionalidad que conlleva este caso. Esto dado no se requiere para este fin pruebas acerca de si los motivos para que Jesús de Mesquita Oliviera permaneciera en el país más tiempo del que estaba autorizado eran válidos o no.

Siendo el caso de que nos encontramos ante un recurso de agravio constitucional, este extraordinario recurso concede al TC la facultad excepcional de la jurisdicción negativa de la libertad, esto dado que en ella sí se tiene la facultad de la *judicial review*, la cual es una derivación judicial de la potestad de controlar los procesos constitucionales²². Es así que podemos concluir que los cuestionamientos sobre incompetencia y falta de agotamiento de la vía previa no son aplicables al caso en cuestión en tanto el Tribunal Constitucional tiene el deber de resolver todos aquellos casos en donde se vulneren o se encuentren en peligro de ser vulnerados los derechos fundamentales de toda persona humana, sea esta ciudadana nacional o extranjera.

Lo que aborda el TC en este caso en concreto es la protección constitucional de los migrantes en nuestro ordenamiento jurídico, específicamente la correspondiente a aquellos en situación de irregularidad o indocumentados. Asimismo, la presunta vulneración del derecho al debido proceso en el procedimiento administrativo sancionador y posterior sanción a Jesús de Mesquita Oliviera.

²⁰ López, B. (2012) Los medios probatorios en los procesos constitucionales. *Gaceta Jurídica*. Recuperado a partir de: https://www.enfoquederecho.com/2018/04/30/el-mito-de-la-ausencia-de-estacion-probatoria-en-los-procesos-de-amparo-2/#_ftnref1

²¹ Tribunal Constitucional (2007) Sentencia recaída en el expediente N° 3081-2007-PA/TC.

²² QUIROGA, A. G. R. y LOPEZ, J. R. (2015). **El Régimen del Recurso de Agravio Constitucional, Los Precedentes Vinculantes y las Sentencias Interlocutorias**. En *Los Procesos Constitucionales*. (pp. 16 - 71). LIMA. APECC - Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación.

Ahora bien, una vez establecida la competencia del TCy, por ende, la procedencia del recurso interpuesto por Jesús de Mesquita Oliviera, pasamos a analizar las cuestiones de fondo que darán respuesta a nuestro problema principal.

4.1.2 ¿SE VULNERARON LOS DERECHOS DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA Y AL DEBIDO PROCESO?

4.1.2.1 Derecho de protección a la familia e interés superior del niño

Jesús de Mesquita Oliviera alegó como motivo del recurso de agravio constitucional la vulneración a sus derechos de protección a la familia (y conexos) y al debido proceso; asimismo, manifestó la vulneración al derecho de su hija a tener la compañía de su padre, incumpliendo así el principio de interés superior del niño.

La familia va evolucionando; sin embargo, la familia es anterior al mismo Estado²³. El reconocimiento de la familia como una realidad anterior a la creación de normas por parte del Estado u organismos internacionales, se condice con el respeto de su autonomía y libertad de desarrollo para alcanzar sus finalidades, con lo que el Estado está obligado a brindarle la más alta protección. Merece pues un tratamiento excepcional y de carácter preferencial²⁴.

Al aceptar a la familia como grupo social primario, que además es cédula de la misma y se crea naturalmente, se entiende que se le debe regular como tal, como grupo, poniendo especial atención e interés a la misma y sobre todo entendiendo que está constituida por todos sus elementos, por todos sus miembros y cuyos intereses de cada uno de ellos no se pueden enfrentar, al contrario, deben ser compatibilizados²⁵. Siguiendo este razonamiento, al alegar la vulneración del derecho de protección a la familia del demandante, también se debe tomar en cuenta (como se ha hecho) la vulneración a los derechos conexos respecto de otros miembros de la familia que requieren de un marco de protección especial como lo es su menor hija, esto en atención al interés superior del niño.

²³ Carrasco, A. (2012) A la sombra de la torre de Babel. A propósito de recientes reflexiones jurídicas sobre familia. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, Chile, vol. 21, No. 2, p. 372.

²⁴ Carrasco, A. (2012) A la sombra de la torre de Babel. A propósito de recientes reflexiones jurídicas sobre familia. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, Chile, vol. 21, No. 2, p. 375.

²⁵ De La Fuente Linares, J. C. F. J. (2012). La protección constitucional de la familia en América Latina. *Revista IUS*, 6(29), 60-76

Sobre el derecho de protección a la familia, el TC peruano ha señalado que el artículo 4 de la Constitución comprende también este derecho en tanto señala que la comunidad y el Estado protegen a la familia y la reconoce como un instituto natural y fundamental de la sociedad²⁶. En este sentido, el derecho que Oliviera alega ha sido vulnerado sí se encuentra reconocido a nivel constitucional.

A nivel internacional, el Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos establece su importancia en su artículo 23 y a nivel regional, el derecho se entiende según el artículo 17.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), es así que la familia se concibe como la pieza fundamental natural de la sociedad, la cual ha de ser protegida por el poder estatal y por la propia sociedad²⁷.

La Corte ya ha señalado que el derecho a la protección familiar abarca también el favorecimiento del desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar de la manera más absoluta²⁸, puesto que uno de las características más esenciales de la vida en familia se trata de la convivencia entre los hijos y sus padres y, sobre todo, poder disfrutar de ella sin mayores obstáculos²⁹, sobre todo cuando estos resulten innecesarios y arbitrarios.

Asimismo, ha señalado que, de una lectura al reunir la lectura de los artículos 17.2 y 11.2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, se deduce que a la Corte le corresponde interpretar el alcance del derecho a la protección familiar haciendo un estudio de cada situación específica. Como aquellos casos en donde se expulsa o deporta a uno o ambos progenitores por su estatus migratorio, lo que puede tomarse como una intromisión en el disfrute de la convivencia familiar al separar a un menor de uno o ambos padres³⁰.

La Corte IDH se pronunció respecto a este extremo en el *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*, de este caso se desprende que la garantía de la unidad familiar de quienes la integran comprende uno de los principales modos de cumplir con el mandato constitucional de protección a la familia pues esta es el ambiente ideal que permite brindar, en especial a los

²⁶ Tribunal Constitucional (2021) Sentencia recaída en el expediente N°01504-2019-PHC/TC.

²⁷ Tribunal Constitucional (2021) Sentencia recaída en el expediente N°01504-2019-PHC/TC.

²⁸ Corte IDH (2002) *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, párr. 66.

²⁹ Corte IDH (2002) *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, párr. 66.

³⁰ Corte IDH (2014) *Derechos y garantías de niños y niñas en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/15 de 19 de agosto de 2014, párr. 265.

menores de edad, la satisfacción más idónea de sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas³¹.

En la misma línea, la Convención sobre los Derechos del Niño prevé, la obligación de prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar en el régimen de protección integral del interés superior del menor de edad³²; por ello, cuando se evalúa este principio, el magistrado ha de considerar el derecho del niño a conservar la relación con ambos padres, junto con los demás elementos pertinentes para el caso³³.

Se debe recordar pues que, la SNM al emitir la Resolución que impuso la medida de impedimento de ingreso al país para Jesús de Mesquita Oliviera no precisó límite temporal alguno. Esto resulta lesivo de los principios de unidad familiar e interés superior del niño en tanto no se tuvieron en consideración los lazos familiares del brasileño pues el mismo tiene una hija menor de edad nacida en Perú y es esposo de una mujer también de nacionalidad peruana en territorio peruano.

Ahora bien, dado que la residencia irregular nunca debe ser considerada delito, sino tan solo una falta administrativa, Jesús de Mesquita Oliviera no pierde por su condición de migrante irregular la capacidad de hacerse cargo de su menor hija de manera óptima. Asimismo, como ya se mencionó, la falta de un límite de tiempo en el impedimento de ingreso al país contraviene el interés superior de la menor de edad en tanto la separación de su progenitor debería ser excepcional y, de preferencia temporal en tanto debe favorecerse y preservarse la permanencia del niño o niña en su núcleo familiar³⁴. Es así que, en los casos de un procedimiento de expulsión o deportación de uno o ambos progenitores, verificar que la

³¹ Corte IDH (2012) *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. Sentencia de 27 de abril de 2012.

³² Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (2013) *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1). Naciones Unidas, Ginebra, párr. 60. Recuperado de: https://www.observatoriodelainfancia.es/ficheroioia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf

³³ Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (2013) *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1). Naciones Unidas, Ginebra, párr. 67. Recuperado de: https://www.observatoriodelainfancia.es/ficheroioia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf

³⁴ Corte IDH (2022) Opinión Consultiva 17/2002, 28 de agosto de 2022. Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1687.pdf>

interferencia no sea abusiva, arbitraria o irrazonable es lo que corresponde pues solo así, la restricción a la vida familiar sería legítima³⁵.

En cuanto a los niños con padres migrantes en situación irregular, se identifican dos posiciones contrapuestas: por un lado, el Estado con su potestad de implementar su propia política migratoria y así lograr objetivos legítimos que procuren la vigencia de los derechos del ser humano y el bienestar general, y, por otro, el derecho a la protección de la familia y, en particular, el mantenimiento de la unidad familiar en la mayor medida posible que les permita disfrutar de una vida en familia a los niños y niñas³⁶.

La Corte IDH, en su Opinión Consultiva sobre Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional que cualquier órgano del Estado que se encuentre en la posición de decidir sobre la separación familiar por la expulsión motivada por la condición migratoria de alguno de los progenitores (o de ambos) debe recurrir a la ponderación, que tome en cuenta las características y el particular contexto de los casos que se puedan presentar y garanticen así decisiones centradas en las especiales situaciones que se puedan presentar priorizando siempre el interés superior de la niña o del niño (...). Por ende, los Estados no están facultados para expulsar a los progenitores por infracciones migratorias administrativas, dado que esto implica un sacrificio irrazonable o desmedido del derecho a la vida familiar de la niña o del niño³⁷.

Nuevamente, al encontrarnos ante una infracción de carácter administrativo, resulta irrazonable la medida que imponía la expulsión de Jesús de Mesquita Oliviera del Perú dado que, si hubiese tenido la oportunidad y una vía adecuada, el mismo habría tenido la oportunidad de demostrar que su permanencia en el país atendía a los vínculos familiares que había desarrollado en nuestro territorio y, sobre todo, al interés superior de su menor hija, pues ella al ser una niña necesitaba de su progenitor para que él pudiera ejercer su deber y derecho de alimentar, educar y dar seguridad a su hija. Deber que se le dificultaría estando en un país distinto al que se encontrara la menor.

³⁵ Corte IDH (2014) Derechos y garantías de niños y niñas en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Opinión Consultiva OC-21/15 de 19 de agosto de 2014, párr. 265.

³⁶ Tribunal Constitucional (2016) STC recaída en el expediente N°02744-2015-PA/TC. Caso Jesús de Mesquita Oliviera y otros vs. Superintendencia Nacional de Migraciones. 08 de noviembre.

³⁷ Corte IDH (2014) Opinión Consultiva 21/14, 19 de agosto de 2014. Recuperado de: <https://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2015/12/OC-21-Completa.pdf>

Del mismo modo, como señaló Eloy Espinosa-Saldaña la sentencia materia de análisis, la SNM no tomó en cuenta el derecho de la niña a expresar su propia opinión, el mismo constituye parte elemental del proceso en tanto comunicarse con los menores de edad afectados por la controversia es requisito para que estos cuenten con una participación que sea provechosa para la solución del caso y para que su interés superior sea determinado (...), de tal manera, supone una obligación informar a los niños sobre el proceso y los posibles

La separación de carácter físico de los integrantes de la familia supone un obstáculo que no se condice con la temporalidad y excepcionalidad que debe regir toda aquella disposición que involucra la separación del niño respecto de sus padres, más teniendo en cuenta el historial migratorio de Jesús de Mesquita Oliviera y la formación de lazos importantes con una ciudadana peruana (como lo es el matrimonio) y el que se creó con el nacimiento de la menor de iniciales Y. D. M. L. al ser su progenitor. Oliviera no cometió delito alguno o se encontraba en situación alguna que implique que, por razones de sanidad o seguridad, entre otros motivos justificados, debiera abandonar el país de manera urgente.

Es en este sentido que queda constatado que sí se corría el riesgo de vulnerar el derecho de protección a la familia de Jesús de Mesquita Oliviera y el de su menor hija de iniciales Y.D.M.L y el de su esposa Sherley Bocangel Farfán si es que la resolución emitida por la Superintendencia Nacional de Migraciones hubiese sido acatada por el demandante.

4.1.2.2 Vulneración de los derechos al debido proceso y de defensa

En cuanto a la vulneración de su derecho al debido proceso, debemos empezar por constatar el hecho de que la Resolución se emitió cuando el DL N°703 (Ley de Extranjería) aún se encontraba en vigencia. La Ley de Extranjería de ese entonces no establecía un íter procedimental para las sanciones de multa y salida obligatoria cuando los extranjeros infringieran las disposiciones de este mismo decreto. En este sentido, Jesús de Mesquita Oliviera no contaba con una vía adecuada para poder oponerse a los motivos por los que se le imponía la salida obligatoria y el consiguiente impedimento de ingreso al territorio nacional.

El debido proceso supone la presencia de aquellas formalidades o requisitos que deben ser observados en todas las instancias procesales³⁸. Por proceso se entiende a aquel mecanismo

³⁸Corte IDH (1987) *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*). Opinión Consultiva OC9/87 del 6 de octubre de 1987, párrafo 27.

que asegure de la mejor manera, la justa solución de una controversia. Este derecho debería preservar al más alto nivel el ejercicio y titularidad de los demás derechos³⁹. De esto se desprende que, la vulneración al debido proceso es un impedimento para la que los derechos fundamentales alegados sean protegidos adecuadamente.

Los artículos 8 y 25 de la CADH establecen el deber que tiene los Estados de asegurar que todo procedimiento que involucre personas migrantes cuente con las garantías mínimas del debido proceso.

El TC ha considerado que, de cara a un procedimiento sancionador para migrantes, es exigible reconocer a los extranjeros con una permanencia irregular en el país las garantías formales mínimas de ser informado de manera formal y expresa acerca de los motivos que dieron lugar a la sanción administrativa (...). La información puede darse de forma escrita dirigida al último domicilio registrado por el extranjero ante la autoridad migratoria, y debe contener copia íntegra de la resolución⁴⁰.

En el presente caso, la Superintendencia Nacional de Migraciones no presentó prueba alguna de haber cumplido con la notificación de la Resolución, la cual impuso al demandante la sanción de salida obligatoria del país e impedimento de ingreso al territorio nacional. En este sentido, se habría vulnerado su derecho a ser notificado debidamente, a cuestionar u oponerse a esta sanción y a ser oído por la correspondiente autoridad.

Ahora bien, incluso si Jesús de Mesquita Oliviera hubiera sido informado de manera oportuna sobre la sanción que se le impuso, no existía en la ley aplicable en ese momento (Decreto Legislativo N°703) referencia alguna al íter procedimental que especifique las garantías mínimas del debido procedimiento de los migrantes en situación irregular que debiera seguir para preservar los derechos fundamentales que le estaban siendo afectados.

Si bien nos encontramos ante una resolución emitida en sede administrativa, cabe recordar que el derecho al debido proceso y aquellos contenidos en él también son pasibles de ser invocados y, en la misma línea, se encuentran garantizados, además de en un proceso de

³⁹ Blanco, C. y Salmón, E. (2012) El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Derechos Humanos. Recuperado de https://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/derecho_al_debido_proceso_en_jurisprudencia_de_corte_interamericana_ddhh.pdf

⁴⁰ Tribunal Constitucional (2016) STC recaída en el expediente N°02744-2015-PA/TC. Caso Jesús de Mesquita Oliviera y otros vs. Superintendencia Nacional de Migraciones. 08 de noviembre.

carácter judicial, en el marco de un procedimiento administrativo⁴¹. De este modo, a pesar de que la Superintendencia Nacional de Migraciones no es una sede jurisdiccional, debe de igual modo cumplir con otorgar las suficientes garantías que permitan el cumplimiento del derecho al debido proceso de sus administrados, sobre todo de los más vulnerables como lo son los migrantes en situación no regular.

El derecho al debido proceso toma especial relevancia cuando se trata de extranjeros indocumentados ya que temen recurrir a las instituciones del gobierno por su especial situación de vulnerabilidad dada su situación de irregularidad lo que las hace blanco de abusos, informalidad y otros daños. En el caso de las personas migrantes, los alcances del debido proceso deben darse de acuerdo a las necesidades específicas de este grupo por su situación de vulnerabilidad y, porque negarles un debido proceso, conlleva también la vulneración del principio de no discriminación. El debido proceso es pues, un derecho que debe garantizarse a todo individuo más allá de su estatus migratorio⁴². La Corte IDH ha resaltado que, los Estados deben adoptar las medidas que impliquen la plena garantía de un efectivo e igualitario acceso a la justicia de las personas más vulnerables como lo serían los migrantes en situaciones como las de Jesús de Mesquita Oliviera. Entre ellas tenemos a la notificación sobre el derecho a la defensa consular letrada en procedimientos administrativos o judiciales en donde se pueda determinar la deportación, expulsión o detención de una persona⁴³.

Medidas que, en el caso materia de análisis, no se han brindado a Jesús de Mesquita Oliviera en tanto, no solo no se le notificó sobre su derecho a la asistencia consular, sino que, además, este no fue notificado debida y oportunamente de las sanciones que se le estaban imponiendo mediante la Resolución.

Finalmente, la Superintendencia Nacional de Migraciones no probó haber realizado actuaciones concretas que se dieron con el objeto de cautelar el derecho al debido procedimiento de Jesús de Mesquita Oliviera luego de sancionarlo, por lo que corresponde alegar que este derecho también fue vulnerado con la resolución antes mencionada.

⁴¹ Tribunal Constitucional (2021) Sentencia recaída en el expediente N°01504-2019-PHC/TC.

⁴² Corte IDH. (2003) *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003.

⁴³ Corte IDH (2010) Caso Vélez Lóor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2010, párrafos 132, 146, 152 y 254.

La afectación al debido proceso y al derecho de defensa se ocasionó también por lo que el Tribunal Constitucional, en una muestra de activismo judicial, denominó como estado inconstitucional de las cosas (EIC). El EIC es una figura que tiene por finalidad el impedimento de la continuación de un contexto de violación estructural de los derechos humanos; esto es, causada por la acción u omisión del Estado (por su actuación o por falta de ella) y, por tanto, inconstitucional⁴⁴. La finalidad del TC al establecer un EIC en sus sentencias es instar a las autoridades de los respectivos órganos que lo antes posible implementen las reformas, normas, mecanismos o procedimientos necesarios para que las violaciones a los derechos fundamentales se detengan.

Diversos autores han dado definiciones sobre el estado inconstitucional de las cosas, refiriéndose a esta figura como aquellos hechos, omisiones, inacciones o acciones que tienen como consecuencia la afectación masiva de derechos humanos

⁴⁵. Este conjunto de hechos o inacciones suelen atribuirse a una autoridad estatal en particular que transgrede continuamente los derechos fundamentales de la persona o de una falla estructural que no solo responde a una autoridad en específico, comprende además a toda la manera en cómo funciona y se organiza el Estado y que, por ende, es pasible de calificarse como una política pública. El estado inconstitucional de las cosas es pues, una vulneración de los derechos y libertades de la persona realizada por organismos públicos al incumplir con sus funciones y obligaciones que suponen su posición de garantes de derechos, ya sea por su falta de acción (omisión), ineficacia o por la falta de pertinencia de las políticas públicas para atender a las personas afectadas⁴⁶.

Es en esta línea que el TC declaró estado inconstitucional de las cosas la ausencia de una reglamentación para los procedimientos migratorios sancionadores contemplados tanto en el derogado DL N°703, como en el DL N°1236 (vigente en la emisión de la sentencia) pues la inacción del Estado al no verificar que la Ley de Extranjería cuente con su respectivo reglamento amenaza los derechos fundamentales de los migrantes, sobre todo respecto de su derecho al debido proceso y sobre todo de aquellos migrantes que se encuentran en una situación irregular.

⁴⁴ RODRÍGUEZ, D. (2017, 2 mayo). *¿Tienen los migrantes en el Perú el derecho al debido proceso?* ENFOQUE DERECHO. Recuperado 24 de junio de 2022, de <https://www.enfoquederecho.com/2017/05/02/tratamiento-de-los-derechos-humanos-de-los-inmigrantes-en-los-tiempos-mas-recientes/>

⁴⁵ ALZATE RÍOS, L. "El estado de cosas inconstitucional". En: *Revista Internauta de Práctica Jurídica* [en línea]. 2004, N° 13 [consulta: 20 de febrero de 2018]. Disponible en: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/el-estado-de-cosas-inconstitucional>.

⁴⁶ HAKANSSON NIETO, C. "Los requisitos para declarar un estado de cosas inconstitucional". En: *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*. 2014, N° 84.

De todo esto se desprende que, en efecto, la Resolución vulnera los derechos al debido procedimiento y el derecho de defensa de Jesús de Mesquita Oliviera y pone al descubierto un estado inconstitucional de las cosas.

4.2 PROBLEMA PRINCIPAL

¿DEBIÓ EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DECLARAR FUNDADO EL RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL INTERPUESTO POR JESÚS DE MESQUITA OLIVIERA?

Luego de brindar una respuesta a las preguntas que se plantean para responder a los problemas secundarios podemos determinar que, en efecto, sí se debió declarar fundado el recurso de agravio constitucional interpuesto por Jesús de Mesquita Oliviera. Esto puesto que se cumplieron con los requisitos formales para su procedencia, lo cual permitió al Tribunal Constitucional analizar los temas de fondo. En ese sentido, el Tribunal Constitucional pudo pronunciarse sobre las afectaciones y amenazas al derecho a la protección familiar y al debido proceso de Jesús de Mesquita Oliviera y sobre el interés superior de su menor hija. Concluyendo pues que sí se vulneraron los mencionados derechos y, por ende, después del análisis concluimos también que el TC sí debió declarar fundado el recurso de agravio constitucional.

5. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA Y DE LOS VOTOS SINGULARES

5.1 Análisis personal de la sentencia

Luego de haber realizado un análisis y una interpretación de los problemas jurídicos presentes en la STC del expediente N°02744-2015-PA/TC se puede comprender por qué le fue otorgado el “Premio Sentencias Acceso a la Justicia de Personas Migrantes o Sujetas de Protección Internacional 2017”.

El Tribunal Constitucional ha desarrollado en esta sentencia un alto y adecuado control de convencionalidad pues sustentó su decisión en sentencias dictadas no solo a nivel interno, sino en sentencias y otros pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El TC fijó pues, como límite para las actuaciones de las instituciones del Estado respecto a las personas migrantes, a los derechos humanos. Se pone en evidencia el hecho de que las personas migrantes no son ilegales, sino que se encuentran en situaciones de irregularidad por haber incurrido en faltas administrativas.

Por otro lado, a pesar de los pronunciamientos de algunos ponentes en sus votos singulares, logró establecer la existencia de una amenaza para el derecho de protección a la familia (y conexos) del demandante y el derecho a la unidad familiar de su menor hija.

El Alto Tribunal logró establecer también la afectación al debido proceso, afectación que fue resultado del estado inconstitucional de las cosas que el TC logró identificar por la inexistencia de una reglamentación de los procedimientos migratorios sancionadores pues ni la Ley de Extranjería vigente al momento de los hechos (DL N°703) ni la posterior Ley de Extranjería que derogó esta (DL N°1236) establecían un *íter procedimental* que brindara las garantías mínimas a las personas migrantes en los procedimientos migratorios sancionadores, como la notificación de la resolución, la debida motivación, la posibilidad de impugnación, entre otras⁴⁷, dejándolas vulnerables a que de ser sometidas a estos procedimientos no se respetara su derecho al debido proceso.

Si bien la sentencia cuenta con varios aspectos positivos, considero que, al declarar un estado inconstitucional de las cosas, el Tribunal Constitucional debió plantear algunas recomendaciones sobre los principios que debían de regir la elaboración del Reglamento del Decreto Legislativo N°1236, de modo que se respeten y protejan los derechos de los migrantes al más alto nivel. Estas recomendaciones serían de especial importancia ya que el TC cuenta con un mejor manejo y conocimiento del contenido de los derechos fundamentales contemplados por la Constitución y cómo estos deben ser protegidos al más alto nivel en todos los aspectos y sin distinguir a nacionales de extranjeros. Es sobre este extremo que, desde mi perspectiva, el Tribunal Constitucional pudo tener un desarrollo más amplio para asegurar a futuro la preservación y respeto de los derechos de los migrantes, sobre todo de aquellos en situación de irregularidad.

5.2 Los fundamentos de voto

Los magistrados Ernesto Blume Fortini y Eloy Espinosa-Saldaña Barrera expresaron sus fundamentos de voto en la sentencia.

Blume Fortini señaló pues que, si bien se encontraba a favor de lo resuelto para el caso, consideraba que los extranjeros tenían el deber de informar de manera oportuna a la

⁴⁷ Tribunal Constitucional (2016) STC recaída en el expediente N°02744-2015-PA/TC. Caso Jesús de Mesquita Oliviera y otros vs. Superintendencia Nacional de Migraciones. 08 de noviembre.

autoridad migratoria correspondiente sobre los motivos por los que se encuentran en una situación de irregularidad a fin de que las misma determine la existencia de argumentos válidos y suficientes para otorgar permiso de permanencia.

Sobre este fundamento de voto debo decir que, a mi parecer, el magistrado no ha tomado en cuenta la especial situación de vulnerabilidad, ya desarrollada en líneas previas, en la que se encuentran las personas migrantes irregulares.

Situación de vulnerabilidad de la que están muy conscientes y por la que en la mayoría de las ocasiones no recurren a las autoridades migratorias, ni a ninguna otra, justamente por el temor de que se descubra su situación de irregularidad y, en tanto en ese entonces no existía una vía adecuada para impugnar las sanciones que se les pudieran imponer, se les ordene salir del país o se les imponga alguna otra sanción perjudicial para ellos.

En cuanto al fundamento de voto de Espinosa-Saldaña Barrera, lo primero que debo destacar es que es un fundamento bastante completo y abarca cada una de las cuestiones de fondo contenidas en la sentencia. Además de encontrarse de acuerdo con declarar fundada la demanda, desarrolla de manera bastante acertada el tema de la protección a las personas migrantes, pues reconoce su especial vulnerabilidad y hace un llamado a que los operadores de justicia puedan atender debidamente el fenómeno migratorio y entenderlo con especial sensibilidad.

También hace hincapié en que el límite para las actuaciones del poder político radica en la dignidad del ser humano, en su valor intrínseco, sin importar que pertenezca a tal o cual Estado; es decir, el hecho de que una persona se encuentre en un país ajeno al suyo no es relevante; en este sentido, los extranjeros no deben ser objeto de tratos ni decisiones arbitrarias⁴⁸.

Asimismo, desarrolla de manera un poco más amplia el tema del estado inconstitucional de las cosas en cuanto menciona que la regulación vigente era pues vejatoria del derecho al debido proceso de los migrantes, el cual tiene una dimensión procesal y otra, material. En cuanto al aspecto material, este alude a la observancia de la razonabilidad y proporcionalidad por parte de las autoridades cuando toman decisiones que restringen derechos o imponen sanciones como es el caso ante el que nos enfrentamos. Es así que, la falta de

⁴⁸Tribunal Constitucional (2016) STC recaída en el expediente N°02744-2015-PA/TC. Caso Jesús de Mesquita Oliviera y otros vs. Superintendencia Nacional de Migraciones. 08 de noviembre.

reglamentación y el marco regulatorio vigente al momento de los hechos vulneran el derecho al debido proceso de las personas migrantes.

Se pronuncia también de manera más extensa sobre el derecho a expresar su opinión de los niños y niñas en los temas que les afectan y resalta el principio de interés superior del niño, colocando a este como un aspecto fundamental del derecho a la protección familiar pues todas las decisiones que los involucren deberán regirse por este principio.

En resumidas cuentas, el fundamento de Espinosa-Saldaña Barrera es pues muy completo y menciona detalles importantes sobre los aspectos desarrollados por la sentencia, brindando una mejor comprensión sobre los derechos involucrados y abriendo la puerta a considerar una protección más eficiente de los mismos.

5.3 Crítica a los votos singulares

Ahora bien, hubo dos magistrados que no se encontraban de acuerdo en todos los extremos de la sentencia en cuestión. Ellos son la magistrada Marianella Ledesma Narvaez y José Luis Sardón de Taboada; la primera, sí consideró que se debió estimar la demanda, mientras que el segundo consideró que la demanda debió ser declarada improcedente.

Ahora bien, hubo dos magistrados que no se encontraban de acuerdo en todos los extremos de la sentencia en cuestión. Ellos son la magistrada Marianella Ledesma Narvaez y José Luis Sardón de Taboada; la primera, sí consideró que se debió estimar la demanda, mientras que el segundo consideró que la demanda debió ser declarada improcedente.

En cuanto al voto singular de la magistrada Ledesma Narvaez, esta hace referencia a que, si bien sí se vulneró el derecho al debido proceso de Jesús de Mesquita Oliviera, no se debió considerar la afectación del derecho a la familia, puesto que la Administración, fácticamente, no tenía manera de tener en conocimiento que Mesquita Oliviera tenía una hija.

Asimismo, es válido señalar que la magistrada Ledesma repasa en la importancia de que en el apartado del desarrollo jurisprudencial de la protección constitucional de los migrantes también se haya debido tomar en cuenta el rol fundamental de los intereses legítimos del Estado en relación con la seguridad nacional y el orden interno. Así, Ledesma señala, por ejemplo, hace referencia a un informe de la Defensoría del Pueblo, así como a un documento de la Organización Internacional de Migraciones para sustentar la importancia de analizar a nivel macro la problemática de la protección de los derechos de los migrantes, esto es,

tomando en cuenta los elementos de seguridad nacional y orden interno como competencias del Estado.

Así también, me encuentro de acuerdo con el extremo del voto singular de la magistrada Ledesma destinado a resaltar la importancia de que la sentencia emitida se dedique a desarrollar con mayor amplitud el caso de las mujeres, niños y niñas en situación migratoria. Sobre todo, porque dichos grupos vulnerables merecen una protección normativa especial al estar en mayor riesgo de ser víctimas del delito de trata de personas.

Sin embargo, me parece incorrecto que desestime la vulneración al derecho a la protección familiar en tanto la arbitraria decisión de la Superintendencia Nacional de Migraciones no necesitaba tener conocimiento de las situaciones particulares de los migrantes que sancionaba para tener la obligación de preservar su derecho al debido proceso. Obligación que no cumplió y, por ende, puso en riesgo el derecho a la protección familiar del individuo pues parte de las garantías materiales del derecho al debido proceso es que las decisiones no se tornen arbitrarias y afecten otros derechos de los administrados.

Por otro lado, en cuanto al voto singular del magistrado Sardón de Taboada, este expresa que la demanda debió ser declarada improcedente y se encuentra en desacuerdo con el desarrollo y las conclusiones arribadas en la sentencia.

Así, por ejemplo, considera que los alegatos presentados por el recurrente son cuestionables y carentes de credibilidad. Asimismo, señala que la decisión del Tribunal Constitucional de acoger la demanda es errada debido a que incluso si el recurrente era expulsado del país, no se hubiera producido un daño irreparable.

Al respecto del último punto considero que el magistrado Sardón de Taboada no toma en cuenta las condiciones particulares que afectan a las personas en calidad migratoria, sobre todo si esta deviene en irregular, y los mecanismos que el Estado debe desplegar para poder regularizar dicha situación, o regularla, sin realizar una afectación arbitraria ni ilegítima de los derechos de la persona migrante.

6. CONCLUSIONES

En efecto, la decisión del Tribunal Constitucional se encuentra adecuadamente fundamentada con un alto contenido convencional y jurisprudencial que avala la conclusión a la que llegó este tribunal.

La Resolución emitida por la SNM constituía una amenaza para el derecho de protección a la familia de Jesús de Mesquita Oliviera y era contraria al principio de interés superior del niño en perjuicio de su menor hija de iniciales Y. D. M. L. Asimismo, se comprueba la vulneración por parte de la Resolución al derecho al debido proceso del demandante en no existía un íter procedimental que brindara las garantías mínimas a los sujetos bajo un procedimiento migratorio sancionador.

De este modo, se puso en evidencia el estado de cosas inconstitucional que suponía la falta de reglamentación de la Ley de Extranjería vigente al momento de su emisión, pero también del Decreto Legislativo N°1236, pues el mismo seguía sin establecer con precisión los pasos necesarios a seguir frente a la posibilidad de iniciarse una sanción administrativa en contra de un migrante no regular, lo que seguía sin satisfacer los estándares adecuados para garantizar sus derechos.

Cabe recalcar que el Tribunal Constitucional no se pronunció sobre si la permanencia de Jesús de Mesquita Oliviera en territorio peruano era válida; es decir, no evaluó las particulares condiciones de su estadía, ni del mismo, para determinar su situación migratoria. Tan solo se limitó a declarar que la resolución en mención fue vejatoria de los derechos fundamentales de Jesús de Mesquita Oliviera, su menor hija y su esposa Sherley Bocangel Farfán.

Por último, en relación a los fundamentos de voto y votos singulares considero que, respecto a los primeros, Espinosa-Saldaña Barrera realizó un análisis detallado de los derechos contenidos en la sentencia del Caso Migrantes y señaló importantes pautas que deberían guiar el actuar de los operadores judiciales al momento de resolver casos que involucren a personas migrantes o personas que necesiten de protección internacional.

En cuanto a los votos singulares, considero que los magistrados que los esgrimieron tienen una visión sesgada sobre lo que implica un derecho como el debido proceso porque este se guía en principio por el principio de igualdad y no discriminación y, por tanto, se deben tomar en cuenta las especiales condiciones de ciertos grupos de personas que por sus características y particular contexto en el que se encuentran son merecedoras de una especial sensibilidad en las decisiones que se toman respecto a ellos.

Reafirmo pues, mi concordancia con el Tribunal Constitucional al declarar fundada la sentencia recaída en el expediente N°02744-2015-PA/TC. Considero que debieron brindar lineamientos en cuanto a la ausencia de reglamentación respecto a la Ley de Extranjería,

pero en líneas generales resaltaron aspectos muy importantes de la protección a los derechos de los migrantes.



7. BIBLIOGRAFÍA

ALZATE RÍOS, L. “El estado de cosas inconstitucional”. En: Revista Internauta de Práctica Jurídica [en línea]. 2004, N° 13 [consulta: 20 de febrero de 2018]. Disponible en: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/el-estado-de-cosas-inconstitucional>.

Benites, Alexander; Carrasco, Andrea; Palla, Irene; Ramos, Gabriela y Vargas, Génesis (2020) Informe alternativo al Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares – Perú. Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Conferencia Episcopal de Acción Social (CEAS), Clínica Jurídica para Migrantes y Refugiados Pedro Arrupe SJ de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya (UARM). Lima, Perú.

Blanco, Cristina y Salmón, Elizabeth (2012) *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Derechos Humanos*. Recuperado de https://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/derecho_al_debido_proceso_en_jurisprudencia_de_corte_interamericana_ddhh.pdf

Blouin, C. 2017. “¿Cuáles son los cambios normativos en materia migratoria con la aprobación del Decreto Legislativo 1350?”. Nota de opinión. IDEHPUCP. Disponible en: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/cuales-son-los-cambiosnormativos-en-materia-migratoria-con-la-aprobacion-del-decreto-legislativo1350/>

Blouin, Cécile; Button, Emily y Carrasco, Andrea (2021) *Cuaderno de sentencias emblemáticas para la protección y garantía de los derechos de las personas refugiadas y migrantes en América del Sur*. Recuperado de: https://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/derecho_al_debido_proceso_en_jurisprudencia_de_corte_interamericana_ddhh.pdf

BUENDÍA, Ruth y CRISPÍN, Arturo (2021) Migración y Derechos Fundamentales. A propósito de los procedimientos migratorios sancionadores en el caso peruano. En *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, Lima.

Carrasco, Alejandra (2012) A la sombra de la torre de Babel. A propósito de recientes reflexiones jurídicas sobre familia. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, Chile, vol. 21, No. 2.

Centro de Estudios Constitucionales (2014) Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú. Tomo I. Coordinador: Gerardo Eto Cruz. Lima, 2014. Recuperado de: https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/libro_30_anos_tomo1.pdf

Clínica Jurídica de los Derechos de las Personas Migrantes y Refugiadas (2020) *Guía sobre la protección de los derechos de las personas migrantes, refugiadas y apátridas en el Perú*. Recuperado de <https://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2020/08/Gu%C3%ADa-Protecci%C3%B3n-de-los-Derechos-de-las-Personas-Migrantes-Refugiadas-y-Ap%C3%A1tridas-en-el-Per%C3%BA.pdf>

Congreso de la República (14 de noviembre de 1991) Ley de Extranjería-Decreto Legislativo N°703

Congreso de la República (26 de setiembre de 2015) Decreto Legislativo de Migraciones- Decreto Legislativo N°1236

Corte IDH (2010). *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010.

Corte IDH (2019) *Derechos Humanos de personas Migrantes - Manual Regional*. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33203.pdf>

Corte IDH (2014) Opinión Consultiva 21/14, 19 de agosto de 2014. Recuperado de: <https://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2015/12/OC-21-Completa.pdf>

CORTE IDH. Opinión Consultiva N° 18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Decisión de 17 de setiembre de 2003.

Corte IDH (2003) *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003. Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>

Dávila, Carmen (2018) *Legitimidad del Tribunal Constitucional para declarar un estado de cosas inconstitucional: Alcance y límites de dicha atribución*. Tesis para optar el título de Abogado. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú. Recuperado de: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3653/DER_123.pdf?sequence=1&isAllowed=y

De La Fuente Linares, José Cándido Francisco Javier (2012). La protección constitucional de la familia en América Latina. Revista IUS, 6(29), 60-76. Recuperado en 04 de junio de 2022, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472012000100005&lng=es&tlng=es.

Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy (2020) El principio de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado: Perú. Servicio de Estudios del Parlamento Europeo. Unidad Biblioteca de Derecho Comparado. Bruselas, Unión Europea. Recuperado de: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/659380/EPRS_STU\(2020\)659380_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/659380/EPRS_STU(2020)659380_ES.pdf)

Fernández, Colin (2016) *La migración: Un estudio introspectivo de un derecho humano poco conocido*. Recuperado de: https://derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion_12/articulos/migracion.pdf

HAKANSSON NIETO, C. (2014) "Los requisitos para declarar un estado de cosas inconstitucional". En: *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*. 2014, N° 84

IDEHPUCP (2018) *Una sentencia galardonada: lo que establece el TC sobre derechos de los migrantes*. Recuperado de <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/una-sentencia-galardonada-lo-establece-tc-derechos-los-migrantes/>

Ius Humani (2019) Protección de la familia y acceso a la justicia de los migrantes en el Perú. *Revista de Derecho*. Vol. 8, pp. 245-267. <https://doi.org/10.31207/ih.v8i0.223>

López, B. (2012) Los medios probatorios en los procesos constitucionales. Gaceta Jurídica. Recuperado a partir de: https://www.enfoquederecho.com/2018/04/30/el-mito-de-la-ausencia-de-estacion-probatoria-en-los-procesos-de-amparo-2/#_ftnref1

LOPEZ, J. R. y QUIROGA, A. G. R. (2015). El Régimen del Recurso de Agravio Constitucional, Los Precedentes Vinculantes y las Sentencias Interlocutorias. En Los Procesos Constitucionales. (pp. 16 - 71). LIMA. APECC - Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación. Recuperado a partir de: https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/revista_peruana_der_consti_9_10.pdf

Rodríguez Uriol, Dario (2017) ¿Tienen los migrantes en el Perú el derecho al debido proceso? *Enfoque Derecho*. <https://www.enfoquederecho.com/2017/05/02/tratamiento-de-los-derechos-humanos-de-los-inmigrantes-en-los-tiempos-mas-recientes/>

Tribunal Constitucional (2006) STC recaída en el expediente N°2877-2005- PHC/TC. Caso Luis Sánchez vs. Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima. Recuperado de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02877-2005-HC.pdf>

Tribunal Constitucional (2015) Sentencia recaída en el expediente N°2692-2012-PA/TC. Recuperado de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/02692-2012-AA.pdf>

Tribunal Constitucional (2016) STC recaída en el expediente N°02744-2015-PA/TC. Caso Jesús de Mesquita Oliviera y otros vs. Superintendencia Nacional de Migraciones. 08 de noviembre. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/02744-2015-AA.pdf>



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02744-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
JESÚS DE MESQUITA OLIVIERA
Y OTROS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 8 días del mes de noviembre de 2016, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez, Urviola Hani, Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini y Espinosa-Saldaña Barrera, y con los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez y Sardón de Taboada que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jesús de Mesquita Oliviera, por derecho propio y en representación de su menor hija de iniciales Y. D. M. L., y Sherley Bocangel Farfán, contra la resolución de fojas 109, de fecha 1 de diciembre de 2014, expedida por la Sala Superior Civil de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, que declaró improcedente la demanda.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 31 de mayo de 2013, don Jesús de Mesquita Oliviera, de nacionalidad brasileña, y otros, presentan demanda de amparo contra la Superintendencia Nacional de Migraciones. En ella solicitan que se declare la inaplicación de la Resolución Directoral 00000065-2013-IN-MIGRACIONES, de fecha 27 de febrero de 2013, la cual impuso al recurrente la sanción de salida obligatoria del país, impidiéndole ingresar al territorio nacional; y que, en consecuencia, se le permita permanecer en territorio peruano junto a su familia.

Sustentan su demanda en que tal proceder viola el derecho fundamental de protección a la familia, el deber y derecho de los padres a alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, así como los derechos al debido proceso y de defensa; y ello porque se le pretende expulsar del país y vulnerar el derecho de su hija a tener la compañía de su padre, lo que perjudicaría gravemente su formación y desarrollo personal.

Contestación de la demanda

Con fecha 26 de julio de 2013, el procurador público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio del Interior se apersonó y dedujo las excepciones de incompetencia y de falta de agotamiento de la vía administrativa, pues considera que la dilucidación de la presente controversia requiere de una amplia estación probatoria ausente en el proceso de amparo, a fin de formar convicción sobre el motivo de ingreso o permanencia de un extranjero en el país (carecer de antecedentes penales o policiales, no encontrarse incurso en razones de seguridad, etc.), y que el demandante no impugnó, en sede administrativa la resolución cuestionada. En cuanto al fondo, refiere que don



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02744-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
JESÚS DE MESQUITA OLIVIERA
Y OTROS

Jesús de Mesquita Oliviera, de nacionalidad brasileña, ingresó al país el 29 de enero de 2011 con la calidad migratoria de turista y con 90 días de permanencia autorizada; sin embargo, dicha autorización venció, por lo que, al encontrarse en una situación migratoria irregular, conforme al artículo 62 de la Ley de Extranjería, aprobado por el Decreto Legislativo 703, se le aplicó la sanción de salida obligatoria del país con impedimento de ingreso. Por ello, solicita que la demanda sea declarada improcedente o infundada.

Sentencia de primera instancia o grado

El Primer Juzgado Mixto de Tambopata de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, mediante Resolución 5, de fecha 28 de noviembre de 2013 (folio 47), desestimó las excepciones de incompetencia y de falta de agotamiento de la vía administrativa, y mediante Resolución 7, de fecha 14 de enero de 2014 (folio 57), declaró fundada la demanda. Argumenta que la sanción impuesta al demandante no resulta proporcional en relación con el interés superior de la menor de iniciales Y. D. M. L.

Sentencia de segunda instancia o grado

La Sala Superior Civil de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, mediante Resolución 16, de fecha 1 de diciembre de 2014 (folio 109), declaró improcedente la demanda, porque considera que el acto cuestionado era pasible de impugnación en sede administrativa o de contradicción ante el Poder Judicial en la vía ordinaria, recursos que no utilizó el demandante.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del asunto litigioso

1. Conforme se aprecia de autos, la parte recurrente solicita que se declare la inaplicación de la Resolución Directoral 00000065-2013-IN-MIGRACIONES, la cual sancionó a don Jesús de Mesquita Oliviera, de nacionalidad brasileña, con la salida obligatoria del país y su impedimento de ingresar a territorio nacional; y que, en consecuencia, se le permita permanecer en territorio peruano junto a su familia. Alega la vulneración de los derechos constitucionales a la protección a la familia, al matrimonio, al debido proceso y de defensa, así como la imposibilidad de cumplir con el deber y derecho de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos.
2. Por su parte, la demandada dedujo las excepciones de incompetencia y de falta de agotamiento de la vía administrativa, por lo que, antes de analizar las cuestiones de fondo que se plantean en el presente caso, es necesario precisar las razones que justifican la competencia del Tribunal Constitucional en el conocimiento de esta causa.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02744-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
JESÚS DE MESQUITA OLIVIERA
Y OTROS

§2. Cuestiones procesales previas

3. En cuanto a la falta de agotamiento de la vía administrativa, a criterio de este Tribunal resulta de aplicación al caso la excepción prevista en el artículo 46, inciso 2, del Código Procesal Constitucional, pues requerir el agotamiento de la vía previa podría dar lugar a que la agresión denunciada se torne irreparable. Así, de autos se advierte el Oficio 240-2013-EGPOL-SURORI-DIRTEPOL-MDD-DIVSE-DISE (fs.9), de fecha 23 de mayo de 2013, en el que la Dirección Territorial Policial de Madre de Dios indica que la División de Seguridad del Estado de su jurisdicción lleva a cabo las acciones pertinentes y necesarias para la ejecución de la resolución administrativa que sancionó a Jesús de Mesquita Oliviera con la salida obligatoria del país y el consecuente impedimento de su ingreso al territorio nacional.

Si bien el propio recurrente afirma, en su recurso de agravio, que dicha medida aún no ha sido ejecutada, resulta evidente la amenaza inminente de lesión a la que se encuentra expuesto.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la administración pudo optar por una aplicación literal del artículo 67 del Decreto Legislativo 703 (anterior Ley de Extranjería, vigente al momento de la emisión del acto administrativo cuestionado) –donde no se estableció un mecanismo impugnatorio específico para la sanción de salida obligatoria–, para el rechazo de un recurso administrativo.

4. Respecto a la presunta necesidad de una estación probatoria en la controversia *sub litis*, cabe indicar que el propósito de este proceso constitucional es verificar si la Resolución Directoral 00000065-2013-IN-MIGRACIONES vulnera (o no) los derechos fundamentales invocados en la demanda, mas no definir o reconocer una situación migratoria particular a favor del recurrente, por lo que la ausencia de una etapa probatoria plena en este contexto no implica obstáculo alguno para el examen de constitucionalidad que corresponde realizar en este caso.
5. Siendo así, el análisis de este Tribunal abordará los siguientes aspectos fundamentales: En primer lugar, la protección constitucional de los migrantes en nuestro ordenamiento jurídico, en concreto, la que corresponde a aquellos indocumentados o en situación irregular; y, en segundo lugar, los cuestionamientos referidos a la supuesta vulneración del derecho al debido proceso del recurrente en el procedimiento migratorio sancionador que se instauró en su contra. Se verificará en este punto si la sanción impuesta cumplió con respetar las garantías formales y materiales del debido procedimiento administrativo, y en el ámbito de estas últimas, si se vulneró (o no) el derecho de protección a la familia del recurrente.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02744-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
JESÚS DE MESQUITA OLIVIERA
Y OTROS

§3. Protección constitucional de los migrantes. La condición particular de los migrantes indocumentados o en situación irregular

6. Aunque inicialmente la migración internacional fue asumida como un fenómeno de corte laboral económico, el carácter universal e inalienable de los derechos reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como la vigencia del principio derecho de igualdad y no discriminación en su goce, permite afirmar que en la actualidad los alcances del proceso de migración internacional han trascendido ampliamente dicho ámbito. En esa lógica, el primer intento por establecer un documento internacional donde se precise los derechos de las personas migrantes, sin alusión a su condición laboral, se advierte en la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/144, de fecha 13 de diciembre de 1985, en la que se reconoce que, según la Declaración Universal de Derechos Humanos: “[...] todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica, que todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley, y que todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esa declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.
7. Lo propio se advierte en nuestra Constitución, que acoge un tratamiento jurídico igualitario en materia de derechos fundamentales entre nacionales y extranjeros, con limitaciones excepcionales en el ejercicio de determinados derechos (libertad de tránsito –artículo 2.11-, propiedad -artículo 71-, entre otros). Ello se desprende de lo dispuesto en la parte introductoria de su artículo 2, que prescribe que “toda persona tiene derecho a [...]”, sin efectuar distinción alguna entre ambas condiciones jurídicas; y también se colige de lo establecido en el inciso 2 de la misma disposición, que reconoce que “toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.
8. Ahora bien, dentro del universo de migrantes es posible distinguir dos condiciones esenciales, aquellos cuya estancia en el Estado del que no son nacionales es regular, y aquellos que por no haber respetado las normas de ingreso o por haber permanecido más allá del tiempo para el cual estaban autorizados, se encuentran en una situación jurídica irregular. En ese sentido, resulta innegable la relevancia constitucional que adquiere la situación de los migrantes cuya condición jurídica es irregular, pues como puso en evidencia la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución sobre Protección de los migrantes, estos tienen una especial condición de vulnerabilidad. Y ello porque, al no encontrarse en sus países de origen, enfrentan diversas barreras de idioma, costumbres y culturas, además de dificultades económicas, sociales y obstáculos para regresar a su país de origen; y también porque, dada su situación de irregularidad, se encuentran expuestos a ser víctimas de violencia, xenofobia u otras formas de discriminación o trato inhumano o degradante, pese a lo cual evitan ponerse en contacto con las autoridades por el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02744-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
JESÚS DE MESQUITA OLIVIERA
Y OTROS

temor a ser puestas en detención migratoria y eventualmente deportadas [Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución sobre Protección de los migrantes, A/RES/54/166, 24 de febrero de 2000, Preámbulo].

9. En tal contexto, el Tribunal Constitucional considera de fundamental importancia destacar que si bien los Estados cuentan con un ámbito especialmente amplio para el establecimiento y dirección de sus políticas migratorias, en tanto se trata medidas destinadas a garantizar la seguridad nacional y el orden público, el ejercicio de esta potestad no puede soslayar dos premisas esenciales:

- i) En primer lugar, que la entrada o residencia irregulares nunca deben considerarse delitos, sino tan solo faltas administrativas, por lo que el recurso a una eventual detención administrativa debe ser excepcional y siempre que dicha medida se encuentre prescrita por la ley, además de que sea necesaria, razonable y proporcional a los objetivos que se pretende alcanzar. La privación de libertad de un migrante en situación irregular solo se justificará cuando exista un riesgo inminente de que eluda futuros procesos judiciales o procedimientos administrativos o cuando la persona representa un peligro para su propia seguridad o para la seguridad pública; ello durante el menor tiempo posible y a partir de una evaluación individual de cada caso, con el respeto de las salvaguardias procesales que correspondan.
- ii) En segundo lugar, que los derechos humanos de los migrantes constituyen un límite infranqueable a su potestad migratoria.

70. La primera premisa resulta acorde con la preocupación manifestada en su oportunidad por la Asamblea General de las Naciones Unidas, a propósito del Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, expedido el 2 de abril de 2012, donde se destaca que:

(...) la entrada o residencia irregulares nunca deben considerarse delito, ya que no constituyen en sí delitos contra las personas, el patrimonio o la seguridad nacional. Es importante subrayar que los migrantes irregulares no son delincuentes en sí y no deben ser tratados como tales. El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria ha señalado que "tipificar como delito la entrada ilegal en el territorio de un Estado trasciende el interés legítimo de los Estados de controlar y regular la inmigración ilegal y da lugar a detenciones innecesarias. [Consejo de Derechos Humanos, 20º período de sesiones, párrafo 13].

En ese sentido, se concluye y recomienda que:

70. La detención administrativa no debe aplicarse como medida punitiva en caso de infracción de las leyes y reglamentos de inmigración, ya que dicha infracción no debe considerarse delito.

A nivel interno, este aspecto es reconocido en el artículo V del Título Preliminar del Decreto Legislativo 1236, que establece la actual regulación migratoria, cuando



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02744-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
JESÚS DE MESQUITA OLIVIERA
Y OTROS

reconoce el principio de no criminalización de la migración irregular, en los siguientes términos: “El Estado formula y ejecuta su Política Migratoria bajo el Principio de No Criminalización de la Migración Irregular”.

11. La segunda deriva del tratamiento jurídico igualitario que acoge nuestra Norma Fundamental respecto a la titularidad de los derechos fundamentales de nacionales y extranjeros y que solo admite restricciones excepcionales, razonables y proporcionales vinculadas con la seguridad nacional (artículo 44), salud pública (artículo 2.11) y el orden interno (artículos 118.4 y 166). Asimismo, se encuentra respaldada por lo dispuesto en el punto 1 de la antes mencionada Resolución sobre Protección de los migrantes, expedida por la Asamblea General de Naciones Unidas [Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución sobre Protección de los migrantes, A/RES/54/166, 24 de febrero de 2000], y a nivel regional, por lo establecido en la Opinión Consultiva 18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), sobre la Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, de fecha 17 de septiembre de 2003, la cual entiende que:

[...] la situación [migratoria] regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, como ya se mencionó, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio.

En esa misma línea, la Corte IDH en el caso *Vélez Loor vs. Panamá*, ha establecido que:

[...], el Estado puede otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. [Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párrafo, 248].

12. Ello no implica que los Estados no puedan iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal, sino que, al adoptar las medidas que correspondan, estos deben respetar sus derechos humanos, en cumplimiento de su obligación de garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa. Así, la legitimidad de las restricciones que establezca el Estado en el ejercicio de los derechos de los migrantes en situación irregular, está sujeta a que se demuestre su condición de límites razonables y proporcionales de tales derechos. La sola condición migratoria irregular de una persona no puede ser invocada, sin



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02744-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
JESÚS DE MESQUITA OLIVIERA
Y OTROS

más, como justificación válida que legitime un desconocimiento absoluto a la titularidad y ejercicio de sus derechos fundamentales.

13. En todo caso, corresponderá a la autoridad administrativa garantizar que en el ejercicio de sus competencias, la vigencia de los bienes jurídico-constitucionales de seguridad nacional, salud pública y orden interno sea compatible con el respeto a los derechos fundamentales de los migrantes en situación irregular. En torno a ello, la CIDH, en el caso *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros vs. Estados Unidos*, donde se cuestionaba que la deportación de los peticionarios a su país de origen era lesiva de su derecho a la vida familiar, entre otros, manifestó que:

De conformidad con el derecho internacional, la Comisión Interamericana ha encontrado que en esta área no son absolutos, ni el ámbito de acción del Estado ni los derechos de una persona que no es ciudadana. En cambio, la CIDH ha coincidido con muchos órganos internacionales en que debe haber una prueba de equilibrio, conforme a la cual se pesa el interés legítimo del Estado de proteger y promover el bienestar general *vis-a-vis* los derechos fundamentales de los residentes no ciudadanos, tales como el derecho a la vida familiar.

§4. Sobre la presunta vulneración del derecho al debido procedimiento en el contexto de un procedimiento migratorio sancionador

14. Habiéndose establecido que el Estado sólo puede aplicar restricciones razonables y proporcionales al ejercicio de los derechos fundamentales de los migrantes en situación irregular, corresponde verificar si en este caso la Resolución Directoral 00000065-2013-IN-MIGRACIONES, que impuso al recurrente la sanción de salida obligatoria del país con el correspondiente impedimento de ingreso al territorio nacional, cumplió con respetar las garantías formales y materiales del debido procedimiento administrativo y, en el ámbito de estas últimas, si vulneró el derecho de protección a la familia de los recurrentes.
15. En términos generales, el Tribunal Constitucional ha entendido que el contenido protegido por el debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución, implica dos tipos de garantías: las formales y materiales. Las primeras están referidas al respeto de determinadas formalidades, como el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación, instancia plural, entre otras. Las segundas, en cambio, se refieren a los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer [STC 0023-2005-AI/TC, fundamento 48] en el marco de la Constitución y las leyes. Asimismo, es criterio reiterado que su exigibilidad no se circunscribe al ámbito de los procesos judiciales, sino que se extiende al ámbito de los procedimientos administrativos [entre otras, STC 04289-2004-PA/TC, fundamento 3; 03741-2004-PA/TC, fundamento 18], como lo es en este caso el procedimiento migratorio sancionador.
16. En el caso de los extranjeros que se encuentran en una situación migratoria irregular, la Corte IDH ha sido concluyente al reconocer la exigibilidad de este



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02744-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
JESÚS DE MESQUITA OLIVIERA
Y OTROS

derecho en el contexto de un procedimiento migratorio sancionador. Ello lo hizo en el caso *Vélez Loor vs. Panamá*, donde sostuvo que:

“[e]l debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio. Esto implica que el Estado debe garantizar que toda persona extranjera, aun cuando fuere un migrante en situación irregular, tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables.” [Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párrafo 143].

§4.1. Garantías formales del debido procedimiento en el *iter* de un procedimiento migratorio sancionador

17. En cuanto a las garantías formales del debido procedimiento administrativo, este Tribunal ha tenido oportunidad de reconocer, entre otros, los siguientes derechos: a la notificación del acto administrativo (STC 05658-2006-PA/TC), de acceso al expediente (STC 1109-2002-AA/TC), de defensa, a ofrecer y producir pruebas (STC 03741-2004-PA/TC), a una decisión motivada y fundada en derecho (STC 8495-2006-PA/TC), presunción de licitud (STC 2192-2004-AA/TC), al plazo razonable (STC 1966-2005-PHC/TC), a ser investigado por una autoridad competente e imparcial (STC 0071-2002-AA/TC), a impugnar las decisiones administrativas (STC 03741-2004-PA/TC), así como la garantía del *ne bis in idem* (STC 2050-2002-AA/TC) y el principio de publicidad de las normas procedimentales (STC 01514-2010-PA/TC).

18. Ahora bien, en el supuesto específico de los procedimientos migratorios sancionadores, resultan ilustrativas las garantías formales reconocidas por la Corte IDH, en el caso *Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, donde se cuestionaba la expulsión de dicha familia al Estado peruano luego de verificar su situación migratoria irregular en Bolivia (por el rechazo a su solicitud de reconocimiento del estatuto de refugiados). Allí se estableció que:

133. En definitiva, un procedimiento que pueda resultar en la expulsión o deportación de un extranjero debe tener carácter individual, de modo que permita evaluar las circunstancias personales de cada sujeto, no debe discriminar en razón de nacionalidad, color, raza, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus, y ha de observar las siguientes garantías mínimas:

- i) ser informado expresa y formalmente de los cargos en su contra, si los hubiere, y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como:
 - a. la posibilidad de exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión y oponerse a los cargos en su contra;
 - b. la posibilidad de solicitar y recibir asesoría legal, incluso a través de servicio público gratuito de ser aplicable y, de ser el caso, traducción o interpretación, así como asistencia consular, si correspondiere;



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02744-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
JESÚS DE MESQUITA OLIVIERA
Y OTROS

- ii) en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, presentarse o hacerse representar ante ella para tal fin, y
- iii) la eventual expulsión solo podrá efectuarse tras una decisión fundamentada conforme a la ley y debidamente notificada.

19. En tal contexto, este Tribunal entiende que, en el marco de un procedimiento migratorio sancionador, resulta exigible reconocer a los extranjeros en situación irregular las siguientes garantías formales mínimas:

i) el derecho a ser informado expresa y formalmente de los motivos que dieron lugar a la imposición de la sanción administrativa (multa, salida obligatoria, cancelación de permanencia o residencia, o expulsión) y de los cargos en su contra, si los hubiere. La puesta en conocimiento puede darse mediante comunicación escrita dirigida al último domicilio registrado por el extranjero ante la autoridad migratoria, y contendrá copia íntegra de la resolución respectiva, o en su defecto, al momento en que el extranjero en situación irregular se apersona a la autoridad competente para regularizar su permanencia en el país.

Aquí cobra especial importancia lo anotado *supra* respecto al carácter excepcional de la detención administrativa de un migrante en situación irregular, la cual solo se justificará cuando exista un riesgo inminente de que elda futuros procesos judiciales o procedimientos administrativos y no se adviertan medidas alternativas menos lesivas que garanticen su comparecencia ante la autoridad migratoria, o cuando la persona representa un peligro para su propia seguridad o para la seguridad pública; ello durante el menor tiempo posible y a partir de una evaluación individual de cada caso, con el respeto de las salvaguardias procesales que correspondan;

ii) la posibilidad de exponer y acreditar las razones que lo asistan en contra de la sanción administrativa impuesta;

iii) la posibilidad de solicitar y recibir asesoría legal, incluso a través de servicio público gratuito de ser aplicable y, de ser el caso, traducción o interpretación, así como asistencia consular, si correspondiere;

iv) en caso de decisión desfavorable, el derecho a someter su caso a revisión ante una autoridad competente e imparcial, la cual se encuentra obligada a resolver los recursos que correspondan dentro de un plazo razonable. El migrante puede recurrir por derecho propio o a través de un representante;

v) la eventual expulsión solo podrá efectuarse tras una decisión fundamentada conforme a la ley y debidamente notificada.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02744-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
JESÚS DE MESQUITA OLIVIERA
Y OTROS

Análisis del caso concreto

20. El demandante niega haber sido notificado con la Resolución Directoral 00000065-2013-IN-MIGRACIONES, que le impuso la sanción de salida obligatoria del país e impedimento de ingreso al territorio nacional, por lo que, alega, no ha tenido oportunidad de cuestionarla.
21. A fin de determinar si la sanción aplicada a la situación migratoria irregular del recurrente resulta lesiva de las garantías formales enunciadas *supra*, es pertinente analizar la regulación del procedimiento administrativo sancionador que ha conllevado a la aplicación de la sanción. Así, el Decreto Legislativo 703, anterior Ley de Extranjería (vigente durante la emisión de la Resolución Directoral cuestionada, y derogado por el Decreto Legislativo 1236, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 26 de setiembre de 2015, que establece la actual regulación de migraciones) establecía como sanciones dirigidas a aquellos extranjeros que incumplan las normas en materia de extranjería, las siguientes:

Artículo 60.- Lo extranjeros que infrinjan las disposiciones de la presente Ley y su Reglamento estarán sujetos a las siguientes sanciones, según corresponda:

- a) Multa
- b) Salida Obligatoria
- c) Cancelación de la Permanencia o Residencia
- d) Expulsión

[...]

Sobre la sanción de salida obligatoria, que fue aplicada al recurrente, se estableció que:

Artículo 62.- La salida obligatoria procederá cuando el extranjero admitido se encuentre en situación migratoria irregular como consecuencia del vencimiento de su permiso de permanencia o residencia y excedido del plazo para la regularización establecido en el Reglamento de Extranjería. La salida obligatoria conlleva el impedimento de ingreso al territorio nacional.

[...]

Artículo 64.- La expulsión del país procederá:

[...]

3. A quien se le haya dado salida obligatoria o cancelándose su permanencia residencia y no haya abandonado el territorio nacional

Artículo 65.- La salida obligatoria del país se efectuará por Resolución de la Dirección General del Gobierno Interior a propuesta de la Dirección de Migraciones y Naturalización, debiendo el extranjero abandonar el país en el plazo que se señale en la Resolución respectiva.

Asimismo, se reconoció de forma explícita la posibilidad de cuestionar la aplicación de algunas sanciones previstas en el referido artículo 60, entre las cuales no se encontraba la sanción de salida obligatoria:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02744-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
JESÚS DE MESQUITA OLIVIERA
Y OTROS

Artículo 67.- En concordancia con el artículo 240 de la Constitución, el extranjero a quien se le hubiese aplicado las sanciones consideradas en el artículo 60, incisos c) y d) de la presente Ley, por haber incurrido en la falta señalada en el artículo 61 inciso a) de esta Ley, podrá solicitar la reconsideración o apelación de la medida adoptada en su contra, formulando su petición ante el Consulado Peruano respectivo, el que canalizará el recurso ante la autoridad competente por el conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores.

En consecuencia, de la normativa acotada no se advierte que el Decreto Legislativo 703 haya previsto un *íter* procedimental que especifique las garantías mínimas del debido procedimiento de los migrantes en situación irregular. Si bien la norma contó con una disposición remisiva de su regulación al Reglamento de Extranjería, éste nunca fue expedido por la autoridad competente, de modo tal que, en la práctica, dicha remisión no surtió efecto alguno. La disposición remisiva se limitó a indicar que:

Artículo 78.- Todas las demás normas legales sobre inmigración y extranjería vigentes, no comprendidas en la presente Ley, serán incorporadas al Reglamento de Extranjería.

22. Este escenario de desregulación también fue advertido por la Defensoría del Pueblo, que, en su oportunidad, recomendó al Poder Ejecutivo actualizar la normativa inmigratoria prevista en la Ley de Extranjería e incluir mecanismos de impugnación de las decisiones que establecen sanciones de salida obligatoria, cancelación de permanencia o de residencia y de expulsión. [Informe Defensorial N° 146 sobre Migraciones y Derechos Humanos. “Supervisión de las políticas de protección de los derechos de los peruanos migrantes”. 2009, pp. 193 y 194].

Posteriormente, dejó constancia de que el Decreto Legislativo 703, pese a su antigüedad, no fue reglamentado, razón por la cual se utilizaba el TUPA de Migraciones (Decreto Supremo 003-2012-IN) y sus directivas internas para regular los trámites, procedimientos y servicios a cargo de la Superintendencia Nacional de Migraciones; por lo que, advertida la importancia de una regulación adecuada de la situación de los migrantes en el país, concluyó que “el Estado debe tomar acciones concretas y en el menor tiempo posible para solucionar el problema de la política migratoria nacional” [Defensoría del Pueblo, Informe de Adjuntía N° 009-2014-DP/ADHPD. “Tratamiento de las personas extranjeras en el Perú. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo”, 2015, p. 65].

23. Así las cosas, este Tribunal considera que la aplicación de la sanción de salida obligatoria y el correspondiente impedimento de ingreso al país impuestos al recurrente, bajo la vigencia del referido Decreto Legislativo 703, ha vulnerado las garantías formales de su derecho al debido procedimiento, pues como se indicó anteriormente, la normativa migratoria vigente en ese momento no cumplió con identificar un *íter* procedimental donde se especifique las garantías mínimas que corresponden a los extranjeros que se hallen sujetos a un procedimiento migratorio sancionador. Dicha regulación se circunscribió a la especificación de los supuestos de hecho frente a los cuales correspondía imponer las sanciones establecidas; empero, no identificó como actuaciones exigibles a la autoridad administrativa la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02744-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
JESÚS DE MESQUITA OLIVIERA
Y OTROS

comunicación de la resolución sancionadora al interesado, su debida motivación, la posibilidad de impugnación, u otras que avalen que el migrante sancionado pudo tomar conocimiento efectivo del acto administrativo, así como ejercer la defensa que ameritaba tales sanciones.

24. Precisamente en esa línea, el recurrente niega haber tomado conocimiento de la resolución administrativa que cuestiona por intermedio de la autoridad migratoria, y si bien la Superintendencia Nacional de Migraciones alega lo contrario, es decir, haber notificado al demandante, de autos no se advierte constancia alguna de tal notificación en el último domicilio proporcionado por Jesús de Mesquita Oliviera a dicha autoridad, o, en su defecto, de la negativa del recurrente a recibirla o de las gestiones realizadas por la autoridad en ese sentido. Asimismo, en el supuesto específico de la sanción de salida obligatoria, dicha normativa no previó siquiera los mecanismos o medios impugnatorios a través de los cuales el extranjero sancionado podía cuestionar el acto administrativo donde se le impone tal sanción.

Finalmente, la Superintendencia Nacional de Migraciones tampoco precisa, en su contestación, qué actuaciones concretas se dieron con el objeto de cautelar el derecho al debido procedimiento del recurrente luego de sancionarlo, por lo que corresponde estimar la demanda en este extremo.

§4.2. Garantías materiales del debido procedimiento en el marco de un procedimiento migratorio sancionador. La especial trascendencia del derecho a la protección a la familia

25. Los recurrentes cuestionan en este punto que la sanción aplicada a don Jesús de Mesquita Oliviera, la cual dispone su inmediata salida obligatoria del país, así como el impedimento de ingreso al territorio nacional sin precisar límite temporal alguno, resulta lesiva de los principios de unidad familiar e interés superior del niño, pues no ha tomado en cuenta que el extranjero sancionado tiene una hija de nacionalidad peruana menor de edad, de iniciales Y. D. M. L., ni tampoco que contrajo nupcias con doña Sherley Bocangel Farfán el 24 de abril de 2013.
26. En términos generales, el Tribunal Constitucional asume que este tipo de garantías configuran una de las manifestaciones del principio de interdicción de la arbitrariedad que orienta la actuación de la administración pública. En ese sentido, toda decisión administrativa que implique alguna disposición o injerencia en los derechos fundamentales de los administrados deberá ser acorde con ciertos estándares de razonabilidad y proporcionalidad en el marco de la Constitución y las leyes.
27. En el ámbito de los procedimientos migratorios sancionadores, este Tribunal considera que las garantías materiales del debido procedimiento están referidas a que cualquier decisión de salida obligatoria o expulsión de un extranjero en situación irregular debe ser producto de una valoración conjunta y razonada de las



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02744-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
JESÚS DE MESQUITA OLIVIERA
Y OTROS

circunstancias particulares de cada migrante. Al respecto, la CIDH, en el referido caso *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros vs. Estados Unidos* (Informe No. 8110, del 12 de julio de 2010), esbozó ciertos criterios a tener en cuenta, tales como:

54. [...] la edad que tenía el inmigrante no ciudadano cuando emigró al Estado recipiente; el tiempo de residencia en el país recipiente, del inmigrante no ciudadano; los vínculos familiares del no ciudadano en el Estado recipiente; el alcance de las penurias que constituye la deportación del no ciudadano para su familia en el Estado recipiente; las contribuciones sociales del no ciudadano; el alcance de los vínculos del no ciudadano en su país de origen; la capacidad del no ciudadano para hablar los idiomas principales de su país de origen; el carácter y severidad del delito (o delitos) cometido(s) por el no ciudadano; la edad del no ciudadano en el momento que cometió el delito; el período transcurrido desde que el no ciudadano tuvo actividad delincencial; pruebas de la rehabilitación del no ciudadano, con respecto a su actividad criminal; y los esfuerzos realizados por el no ciudadano para obtener la ciudadanía en el Estado recipiente.

28. Por lo tanto, de forma previa a la imposición de una sanción migratoria, la Superintendencia Nacional de Migraciones o autoridad competente deberá efectuar un análisis específico de la situación personal y familiar que atraviesa cada migrante al momento de definir su condición migratoria (edad, tiempo de permanencia, antecedentes penales, situación laboral, vínculos familiares, etc.). La indiferencia o falta de valoración de tales circunstancias podría conllevar, como se alega en este caso, a una indebida aplicación de las sanciones migratorias al margen de las circunstancias particulares del migrante, tales como los vínculos familiares del no ciudadano en el Estado recipiente, o las implicancias que constituye la deportación del no ciudadano para su familia en el Estado recipiente.

Sobre la especial trascendencia del derecho a la protección a la familia

29. En el caso de autos, este Tribunal considera pertinente analizar los derechos y principios alegados por los recurrentes a la luz del derecho de protección a la familia.
30. Este derecho deriva de lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución, según el cual: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”. Al respecto, el Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 23 que la “familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad”, debiendo ser protegida de las posibles injerencias lesivas del Estado y la sociedad. A nivel regional, este derecho se desprende de lo establecido en el numeral 1 del artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que entiende que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.
31. Sobre el particular, la Corte IDH, en el Caso *Fornerón e hija vs. Argentina*, donde el denunciante solicitaba que el Estado disponga la interrupción de la guarda y la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02744-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
JESÚS DE MESQUITA OLIVIERA
Y OTROS

restitución de su hija biológica de la pareja que la tenía consigo, ha indicado que este derecho "(...) conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar", de modo tal que considera:

[...] como una de las interferencias estatales más graves a aquella que tiene por resultado la división de una familia (...), pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia biológica solo proceden si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales [...]. [Caso *Fornerón e hija vs. Argentina*. Sentencia de 27 de abril de 2012, párrafo 116].

32. En consecuencia una de las formas más esenciales de cumplir con este mandato constitucional de protección a la familia radica en garantizar la unidad familiar de quienes la integran. Ello en tanto se asume a la familia como el lugar más idóneo para proporcionar a sus miembros, en especial a los niños, una adecuada satisfacción de sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que esta es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros. En ese sentido, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño destaca la particular incidencia de la unidad familiar en el desarrollo y formación de los niños, al reconocer que "el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión". Asimismo, en su artículo 9, establece que:

1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

[...]

A nivel regional, este criterio también es asumido por la Corte IDH, en su Opinión Consultiva 17/2002, de 28 de agosto de 2002, donde dispuso (Punto resolutivo 5):

Que debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.

33. Ahora bien, en la valoración que formulen las entidades públicas o privadas del interés superior del niño que justificaría la separación de sus padres, tutores u otros responsables, resulta de vital importancia que tomen en cuenta la participación del menor y la manifestación de su opinión, en tanto se trata de medidas que involucran sus propios derechos y cuya decisión es relevante para su vida futura. Al respecto, la referida Convención sobre los Derechos del Niño es clara al vincular tanto a instituciones públicas como privadas a la observancia del interés superior del niño, tal y como se advierte de su artículo 3, según el cual:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02744-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
JESÚS DE MESQUITA OLIVIERA
Y OTROS

administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

[...]

De esta vinculación a dicho principio, se desprende el reconocimiento del derecho de los menores a expresar su opinión y que esta sea tomada en cuenta al momento de adoptar decisiones que incidan en sus derechos. Así, el artículo 12 establece que:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Criterio que también ha sido acogido por la Corte IDH, en su Opinión Consultiva 17/2002, de 28 de agosto de 2002, donde entendió que:

102. En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.

34. En el ámbito específico de los niños cuyos padres tengan la condición de migrantes en situación irregular, es posible identificar dos intereses en conflicto: por un lado, la facultad del Estado de implementar su propia política migratoria para alcanzar fines legítimos que procuren el bienestar general y la vigencia de los derechos humanos, y, por otro, el derecho de la niña o del niño a la protección de la familia y, en particular, al disfrute de la vida de familia con el mantenimiento de la unidad familiar en la mayor medida posible. En consecuencia, corresponde al Estado garantizar un ejercicio legítimo y compatible de ambos bienes jurídicos, a partir de una adecuada y rigurosa ponderación entre la protección de la unidad familiar y los intereses estatales legítimos, por lo que corresponderá determinar, en el contexto de cada caso concreto, que la expulsión de uno o ambos progenitores no conlleve una injerencia abusiva o arbitraria en la vida familiar de la niña o del niño.

35. Para tal efecto, la Corte IDH, en su Opinión Consultiva 21/14, de 19 de agosto de 2014, sobre Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02744-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
JESÚS DE MESQUITA OLIVIERA
Y OTROS

y/o en necesidad de protección internacional, destaca como aspectos a evaluar, los siguientes:

(a) la historia inmigratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor; (b) la consideración sobre la nacionalidad, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende expulsar; (c) el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive la niña o el niño, así como el tiempo que ha permanecido en esta unidad familiar, y (d) el alcance de la perturbación en la vida diaria de la niña o del niño si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona a cargo de la niña o del niño, de forma tal de ponderar estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior de la niña o del niño en relación con el interés público imperativo que se busca proteger. [Párrafo 279].

Asimismo, concuerda en la importancia de que los entes administrativos o judiciales encargados de evaluar la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores, realicen un análisis a partir de las circunstancias particulares del caso concreto. El punto resolutivo 13 dispone que:

13. Cualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe emplear un análisis de ponderación, que contemple las circunstancias particulares del caso concreto y garantice una decisión individual, priorizando en cada caso el interés superior de la niña o del niño. En aquellos supuestos en que la niña o el niño tiene derecho a la nacionalidad del país del cual uno o ambos progenitores pueden ser expulsados, o bien cumple con las condiciones legales para residir permanentemente allí, los Estados no pueden expulsar a uno o ambos progenitores por infracciones migratorias de carácter administrativo, pues se sacrifica de forma irrazonable o desmedida el derecho a la vida familiar de la niña o del niño, en los términos de los párrafos 263 a 282.

36. Así las cosas, cualquier decisión relativa a la separación del niño respecto de sus padres o de su familia que, a partir del Estado, se adopte a través de sus representantes (funcionarios, autoridades, empleados, etc.), por motivos vinculados con la condición migratoria de uno o ambos progenitores, debe ser excepcional, de carácter temporal, y deberá estar justificada en el interés superior del niño. Una adecuada valoración de este principio deberá tener en cuenta las circunstancias particulares de los padres o familiares del menor en cada caso (historia inmigratoria, lapso temporal de la estadía, la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor, el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, entre otros), así como la participación del menor y la manifestación de su opinión, en la medida que se trata de medidas que involucran sus propios derechos y cuya decisión es relevante para su vida futura.

Ello se condice con la configuración del interés superior del niño como la base o fundamento de la doctrina de la *protección integral*, la cual constituye una



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02744-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
JESÚS DE MESQUITA OLIVIERA
Y OTROS

superación de las concepciones paterno-autoritarias, al dejar de considerar al niño y el adolescente como objeto de protección, para asumirlos como sujetos a los que es preciso garantizar la satisfacción integral de sus derechos [STC 3247-2008-PHC/TC]. Este principio orienta la interpretación y entendimiento de los diversos derechos del niño y el adolescente [STC 01817-2009-PHC/TC].

Análisis del caso concreto

37. Como se indicó *supra*, en este caso los recurrentes cuestionan la Resolución Directoral 00000065-2013-IN-MIGRACIONES, de fecha 27 de febrero de 2013, que impuso a don Jesús de Mesquita Oliviera la sanción de salida obligatoria del país, así como el impedimento de ingreso al territorio nacional sin precisar límite temporal alguno. Consideran que la aplicación de dicha sanción no tuvo en cuenta que el extranjero sancionado tiene una hija de nacionalidad peruana menor de edad, de iniciales Y. D. M. L., ni que contrajo nupcias con doña Sherley Bocangel Farfán el 24 de abril de 2013.
38. Al respecto, cabe indicar que de los documentos obrantes en autos se aprecia que el demandante es de nacionalidad brasileña (folio 2). Asimismo, que este refiere que se encuentra en el Perú desde el año 2003, con varios ingresos y salidas del país, que realizaba labores comerciales en la zona de frontera con Brasil, y que en el año 2006 inició una relación de convivencia con doña Helen Esther Licas Lanjaine, con quien tuvo una hija de iniciales Y. D. M. L. el 9 de octubre de 2008, hecho que se acredita con el acta de nacimiento de la menor (folio 4). Posteriormente, y conforme al acta de matrimonio de fecha 24 de abril de 2013, contrajo nupcias con doña Sherley Bocangel Farfán el 24 de abril de 2013 (folio 6).
39. De ello se desprende que el demandante tiene una menor hija de ocho años, de nacionalidad peruana, y que, de otro lado, mantiene una relación conyugal con una mujer de nacionalidad peruana, vínculos civiles y familiares que simplemente no fueron tomados en cuenta por la demandada cuando expidió la Resolución Directoral 00000065-2013-IN-MIGRACIONES, que más bien se limitó a la comprobación fáctica del exceso de permanencia del recurrente en el país.
40. Por lo tanto, a juicio de este Tribunal, es evidente que la sanción de salida obligatoria impuesta a don Jesús de Mesquita Oliviera, con el respectivo impedimento de ingreso al país sin definir límite temporal alguno, produciría una distancia irreparable entre la menor de iniciales Y. D. M. L. y su padre, y entre doña Sherley Bocangel Farfán y su esposo. La separación física de los miembros de esta familia constituye una barrera que se opone al carácter excepcional y temporal que debe regir toda medida relativa a la separación del niño respecto de sus padres o de su familia, por lo que no puede, sin más, encontrar sustento en la aplicación literal del artículo 62 del Decreto Legislativo 703, anterior Ley de Migraciones.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02744-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
JESÚS DE MESQUITA OLIVIERA
Y OTROS

41. Asimismo, resulta una medida desproporcionada y lesiva del interés superior de la menor de iniciales Y. D. M. L., pues no toma en cuenta las circunstancias particulares del padre de la menor (Jesús de Mesquita Oliviera), tales como su historia migratoria desde el año 2003, los ingresos y salidas del país que éste registra en el país, ni la extensión de los lazos del recurrente y/o de su familia con el país receptor. Tampoco se generaron las condiciones para la participación de la menor y no se tomó en cuenta su opinión sobre el alcance de la afectación que podría generar la ruptura familiar por la salida obligatoria con impedimento de ingreso de su padre.
42. Si bien es cierto que la sanción impuesta al demandante también fue consecuencia de su incumplimiento respecto de las normas sobre extranjería, conforme así lo ha reconocido en su demanda (folio 17); sin embargo, de autos este Tribunal no aprecia que la Superintendencia Nacional de Migraciones haya recabado instrumento documental alguno que acredite la existencia de motivos de interés público que tornen imprescindible la salida obligatoria del recurrente (razones de sanidad, registro de antecedentes penales o policiales por la comisión de actos contra la seguridad del Estado, orden público o defensa nacional, etc.). Tampoco ha tomado en cuenta el interés superior de la menor de iniciales Y. D. M. L. y la posible separación de la familia en la que se está formando.
43. Aun cuando la existencia de estos vínculos familiares no puede configurar *per se* el derecho del recurrente a una permanencia legal y automática en el país, tampoco resulta constitucionalmente legítimo que la autoridad migratoria haya prescindido, sin más, de su valoración, al momento de evaluar la situación migratoria del demandante, por lo que corresponde estimar la demanda en este extremo.
44. En todo caso, y teniendo en cuenta que la estimación de la presente demanda no concede al recurrente el derecho a una permanencia legal y automática en el país, sino que vincula a la demandada a valorar las condiciones especiales mencionadas con el fin de proteger los principios y derechos constitucionales aludidos (derecho de protección a la familia e interés superior del niño), una vez que el accionante retome los trámites administrativos para regularizar su situación migratoria, corresponderá a la autoridad migratoria recabar la documentación pertinente e idónea sobre los antecedentes y la situación jurídica del recurrente, para posteriormente efectuar una valoración conjunta de tales circunstancias y proceder a definir su situación migratoria.

Estado de cosas inconstitucional y los efectos de la sentencia

45. Sin perjuicio de lo expuesto, y como se indicó *supra*, el Decreto Legislativo 703, anterior Ley de Extranjería, ha sido derogado por el Decreto Legislativo 1236, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 26 de setiembre de 2015. Sin embargo, de la simple lectura de esta última norma se aprecia que la situación fáctica incompatible con la Constitución referida a la falta de regulación de las garantías



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02744-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
JESÚS DE MESQUITA OLIVIERA
Y OTROS

formales y materiales que componen el derecho al debido procedimiento de los extranjeros sujetos a un procedimiento migratorio sancionador persiste, pues aun cuando la actual regulación establecida entre los artículos 81 al 91, es más precisa en la descripción de los supuestos de hecho que justifican la aplicación de las sanciones, e incluso reconoce como principios orientadores a los de unidad familiar e interés superior del niño, entre otros, no llega a identificar un procedimiento específico que dote de garantías previas al migrante en situación irregular frente a la eventual imposición de una sanción administrativa en su contra.

46. Si bien la Primera Disposición Complementaria Final del referido Decreto Legislativo 1236, establece que la norma entrará en vigencia “a los noventa (90) días hábiles de la publicación del Reglamento de la Ley en el Diario Oficial “El Peruano”, salvo disposición legal en contrario”, y para tal efecto, mediante Resolución Suprema 015-2016-PCM, de fecha 22 de noviembre de 2015, se creó la Comisión Multisectorial de naturaleza temporal encargada de elaborar el proyecto del Reglamento; este Tribunal advierte que hasta la fecha de la emisión de esta sentencia no existe norma reglamentaria alguna que supere el vacío normativo indicado.
47. En tal perspectiva, y si bien los efectos de la sentencia son, en principio, de carácter *inter partes*, el Tribunal Constitucional no puede ser ajeno a la situación de hecho cuya incompatibilidad con la Constitución ha quedado en evidencia. Esta omisión en la regulación no sólo da cuenta de la indiferencia del Estado frente a la protección jurídica que reconoce la Constitución a los migrantes, sino que resulta por demás lesiva de su derecho al debido procedimiento.

En consecuencia, si se toma en cuenta que la situación fáctica del caso de autos es parte de una realidad que atañe no sólo a los sujetos intervinientes en este proceso, y que además su proyección aflictiva –derivada en este caso de una omisión– se expande más allá de las partes que actúan en el proceso, este Tribunal considera necesario recurrir a la técnica del estado de cosas inconstitucionales a fin de dotar de efecto expansivo general a las consideraciones realizadas en esta ocasión. Como es sabido, el fundamento de este tipo de decisiones radica en la doble dimensión y efecto que despliegan los derechos fundamentales, en tanto manifestaciones de los atributos que conciernen a cada persona, pero también en cuanto expresiones del sistema de valores y principios que vinculan, desde la Constitución, tanto a los poderes públicos como a la comunidad en su conjunto. Se trata, en buena cuenta, de proveer justicia no sólo a quienes se ven forzados a acudir a un proceso judicial para solicitar tutela a los órganos jurisdiccionales, sino también a todas aquellas personas que, estando en las mismas condiciones, sufren las mismas lesiones a sus derechos [STC 05561-2007-PA/TC, fundamento 35].

49. En tal contexto, corresponde requerir a la Comisión Multisectorial creada mediante Resolución Suprema 015-2016-PCM, para que de forma coordinada con la Superintendencia Nacional de Migraciones y el Poder Ejecutivo, cumpla con



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02744-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
JESÚS DE MESQUITA OLIVIERA
Y OTROS

expedir el informe técnico que contenga el proyecto normativo del Reglamento del Decreto Legislativo 1236, para su aprobación final dentro del plazo de tres meses. Dicho reglamento ha de ser acorde con las garantías formales y materiales que implican el derecho al debido procedimiento de los migrantes en situación irregular.

Sobre el pago costos

50. Finalmente, en atención a que se encuentra acreditada la vulneración de los derechos invocados, corresponde ordenar que la parte demandada asuma el pago los costos procesales, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda, por haberse acreditado la vulneración del derecho al debido procedimiento y el derecho de protección a la familia.
2. En consecuencia, nula la Resolución Directoral 00000065-2013-IN-MIGRACIONES, de fecha 27 de febrero de 2013, a efectos que la demandada cumpla con emitir un nuevo acto administrativo donde determine la situación migratoria del demandante de conformidad con lo expuesto en los fundamentos 19, 28, 36 y 44 de esta sentencia.
3. Declarar como un *estado de cosas inconstitucional* la falta de una norma legal o reglamentaria que regule un procedimiento unificado, claro y específico, donde se precisen las garantías formales y materiales de los migrantes sujetos a un procedimiento migratorio sancionador. En consecuencia, se requiere a la Comisión Multisectorial, creada mediante Resolución Suprema 015-2016-PCM, para que de forma coordinada con la Superintendencia Nacional de Migraciones y el Poder Ejecutivo, cumpla con expedir el informe técnico que contenga el proyecto normativo del Reglamento del Decreto Legislativo 1236, para su aprobación final dentro del plazo de tres meses.
4. Exhortar a la Superintendencia Nacional de Migraciones a que, durante el plazo de aprobación de la norma reglamentaria respectiva, aplique las normas referidas a sanciones migratorias atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, a fin de evitar vulneraciones a otros derechos o bienes de relevancia constitucional.
5. Ordenar que la demandada asuma el pago de los costos procesales a favor de los demandantes, cuya liquidación se hará en ejecución de sentencia.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02744-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
JESÚS DE MESQUITA OLIVIERA
Y OTROS

6. **DISPONER** la notificación de la presente sentencia a todas las instancias involucradas o referidas en el fallo para los fines pertinentes.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES
URVIOLA HANI
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

JANET CÍAROLIA SANTILLANA
Secretaria Relatora
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02744-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
JESÚS DE MESQUITA OLIVIERA
Y OTROS

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con declarar fundada la demanda, considero importante precisar que los extranjeros tienen el deber de informar oportunamente ante la autoridad de migraciones correspondiente, de aquellos hechos por los cuales entraron en situación de irregularidad. Ello con la finalidad de que dicha autoridad tome conocimiento de los hechos y, de ser el caso, evalúe si existen o no razones justificadas para permitir su permanencia dentro del territorio peruano.

S.

BLUME FORTINI

Lo que certifico:

JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaria Relatora
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02744-2015-PA/TC

MADRE DE DIOS

JESÚS MESQUITA OLIVIERA Y OTROS

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

1. Estando de acuerdo con el proyecto de sentencia, en el sentido que se declara fundada la demanda, también estoy de acuerdo en que se declare la existencia de un estado de cosas inconstitucional, en mérito a que no se ha establecido un procedimiento con garantías para quienes se encuentran incurso en un procedimiento migratorio sancionador. No obstante ello, considero necesario hacer algunas precisiones.
2. En primer lugar, la migración ha sido desde siempre un fenómeno complejo. En efecto, las grandes movilizaciones o desplazamientos humanos, tanto internos como hacia el extranjero son, además de problemas en sí mismos, reflejo de otros problemas o fenómenos sociales. En ese contexto, considero que los jueces constitucionales deben atender debidamente este fenómeno y entenderlo con especial sensibilidad, afirmando así que todas las personas son titulares de un conjunto de derechos básicos, los cuales no pueden ser dispuestos o vaciados de contenido por el poder político por el solo hecho de tratarse de extranjeros (o en el caso de las migraciones internas, por provenir de otras circunscripciones del mismo Estado). Asimismo, corresponde destacar aquí el deber especial que tiene el Estado con respecto de las personas migrantes, y en especial, aquellas en situación vulnerable, como son, sin ánimo exhaustivo, las personas víctimas del delito de trata de personas (en especial, las mujeres, niñas, niños y adolescentes¹) y las personas desplazadas por la violencia². En todo Estado Constitucional, pues la legitimidad y el límite para el poder político reside en el valor de la persona humana, independientemente de su condición de nacional o extranjero, migrante o no.
3. Sobre esa base, es necesario afirmar que, efectivamente, las personas migrantes en el país son titulares de los derechos fundamentales, los cuales deben ser respetados y garantizados por el Estado. Uno de estos derechos, ciertamente, es el de no ser objeto de tratamientos arbitrarios. Otro de ellos, muy directamente relacionado con el presente caso, son el derecho al debido procedimiento administrativo y a la protección de la familia.

¹ Cfr. *Tercer informe alternativo. Balance de la sociedad civil sobre la situación de la trata de personas en el Perú 2014-2015*. Capital Humano y Social Alternativo, USAID y Fundación Konrad Adenauer, Lima, 2015; disponible en: http://www.defensoria.gob.pe/blog/wp-content/dp_uploads/044_2015_tercer_informe_alternativo_2015_trata_de_personas_peru_chs_prtg.pdf y el Informe Defensorial n.º 158, *La trata de personas en agravio de niños, niñas y adolescentes*. Defensoría del Pueblo, Lima, 2013, disponible en: <http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/Informe-Defensorial-158.pdf>.

² Ver la sección sobre “El desplazamiento interno” contenida en el Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, disponible en: <http://www.cverdad.org.pe/infinal/pdf/TOMO%20VI/SECCION%20CUARTA-Crimenes%20y%20violaciones%20DDHH/FINAL-AGOSTO/1.9.0%20DESPLAZAMINETO.pdf>



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02744-2015-PA/TC

MADRE DE DIOS

JESÚS MESQUITA OLIVIERA Y OTROS

4. Ahora bien, justo es anotar cómo la sentencia hace referencia a la sanción de “salida obligatoria”. Al respecto, considero muy respetuosamente que lo dispuesto en el fundamento 42 no deja del todo claro si se cuestiona la constitucionalidad del marco regulatorio vigente, el cual establecía (y establece, sobre la base de una nueva regulación) cuándo puede decidirse la “salida obligatoria” o si, por alguna otra consideración, es que finalmente se ofreció una pauta distinta para su determinación (“motivos de interés público que tornen imprescindible la salida obligatoria”). Al respecto, no debe perderse de vista que la propia norma constitucional señala que las restricciones a la libertad personal o para ingresar y salir del país pueden encontrarse justificadas en la “aplicación de la ley de extranjería”, por lo que, si se duda de la legitimidad constitucional de dicha regulación, sería necesario en todo caso analizar su conformidad con la Carta fundamental antes de ofrecer un criterio nuevo.
5. En lo que concierne al derecho al debido procedimiento, es menester reconocer que, conforme a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, este derecho tiene en efecto una dimensión procesal y otra material. Con respecto a esta última dimensión, ella alude a la observancia de criterios como los de razonabilidad y proporcionalidad, los cuales buscan evitar que incurran en arbitrariedad aquellas decisiones que restringen derechos o imponen sanciones, como puede ocurrir en el caso del procedimiento migratorio sancionador. Más específicamente, el Tribunal Constitucional ha señalado que en el caso de restricciones a los derechos o de imposición de sanciones, estas deben contar con una “motivación cualificada” (cfr. STC 00728-2008-HC/TC, f. j. 7; STC 03864 2014-PA/TC, f. j. 27, f; STC 03035-2012-HD/TC, f. j. 2 y ss.), lo cual en algunas ocasiones seguramente implicará emplear, entre otros criterios, el estándar de “valoración conjunta y razonada” que se menciona en el fundamento 27 de la sentencia emitida en el presente caso.
6. Valga precisar, asimismo, que debe distinguirse lo que acabo de señalar con lo que en algunas ocasiones ha indicado el Tribunal Constitucional, al distinguir entre debido proceso formal y debido proceso material. Por nuestra parte, consideramos que si bien el derecho al debido proceso en ocasiones puede aparecer relacionado con la afectación de otros derechos materiales, ello no significa que todos esos derechos materiales formen parte del debido proceso. Al respecto, la judicatura puede restringir derechos fundamentales no procesales. En dichos casos, lo que le corresponde a los jueces y juezas constitucionales es analizar si se trata de una actuación ilegítima o arbitraria. De este modo, considero que el ámbito material del derecho al debido proceso se refiere, básicamente, a la proscripción de respuestas arbitrarias por parte de la autoridad decisoria.
7. Sobre la base de lo antes anotado, mi posición se aparta también de aquellas posturas que enfatizan discrepancias principalmente nominales, conforme a las cuales se denomina “garantías formales” o “materiales” del debido proceso, a los mismos ámbitos que se quieren proteger con los términos “debido proceso formal”



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02744-2015-PA/TC

MADRE DE DIOS

JESÚS MESQUITA OLIVIERA Y OTROS

(derechos procesales) y “debido proceso material” (derechos sustantivos). Ello conforme a un contenido que no compartimos, tal como ya fue explicado.

8. Por otro lado, en el proyecto se señala, en reiteradas ocasiones, sobre la base de distinta normativa constitucional y convencional, que la familia es una “institución natural” (por ejemplo en los fundamentos 30 y 32). Al respecto, y con la finalidad de evitar confusiones sobre lo que allí realmente se está afirmando, es menester precisar que, en efecto, la familia es una forma de organización social básica, en torno a la cual los seres humanos nos hemos congregado. Ahora bien, de esto no se desprende que el modelo familiar sea uno único (por ejemplo, la denominada “familia nuclear”) ni que, en similar sentido, exista un solo modelo familiar “natural” que sea merecedor de protección. Como ya señalé, de manera inicial, el Tribunal Constitucional:

“Desde una perspectiva constitucional (...) la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear (...). Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas” (STC 09332-2006-AA/TC, f. j. 7)

9. Asimismo, también a partir de lo señalado en el proyecto, debo hacer notar que existe interesante e incluso reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el criterio de interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes (STC 01665-2014-HC/TC). Incluso en dicho caso emití un fundamento de voto, en el cual expliqué que la protección especial a favor de niñas, niños y adolescentes está encaminada a fortalecer y permitir el despliegue de sus capacidades y a promover su bienestar; que debe evitarse usar la expresión “menores” para aludir a los niños y niñas. También allí precisé el sentido y los alcances del principio de “interés superior del niño”.
10. En aquella ocasión, como en esta, se señaló también que es importante tomar en cuenta la opinión de los niños y las niñas en los asuntos que les afecta. E incluso antes de ello este Tribunal se refirió con cierto detalle al principio de evolución de facultades del niño y del adolescente (STC 01665-2014-HC/TC). En este sentido, debe recordarse además que la Corte Interamericana, en el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sostuvo que:

“[E]l aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02744-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
JESÚS MESQUITA OLIVIERA Y OTROS

ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso” (Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 199)

Criterios, todos ellos, que sin duda son aplicables al presente caso.

11. Algo que también considero necesario señalar está referido a la afectación estructural que justifica la declaración de un estado de cosas inconstitucional. Al respecto, se ha explicado que la ausencia de una regulación que considere debidamente la situación familiar de los migrantes en situación irregular y que prevea la posibilidad de defenderse razonablemente y contar con un conjunto de garantías mínimas frente a las imputaciones y sanciones impuestas en el marco de los procedimientos administrativos migratorios, constituye una situación de facto incompatible con los derechos fundamentales que asisten también a los migrantes.
12. Desde luego, no es solo la ausencia de reglamentación la que justifica que se declare un estado de cosas inconstitucional. En el presente caso, son los mismos problemas de los migrantes en situación irregular lo que justifica esta decisión del Tribunal Constitucional.
13. Como puede apreciarse en las estadísticas oficiales, cada año llegan al Perú más de cuatro millones de extranjeros (2015), y en el balance entre quienes ingresan y salen del país cada año, existen más de cien mil personas³. Asimismo, existen alrededor de 4 777 personas extranjeras con residencia vencida⁴ y 250 000 extranjeros con visas de turista vencidas⁵. Al respecto, siendo claro que las personas extranjeras en general tienden a ejercer varios de sus derechos de manera deficitaria, en el caso de las personas extranjeras en situación irregular, la afectación llega a extremos críticos e inclusive dramáticos⁶. Tal situación, no cabe duda, no es algo que deba ser respondido caso a caso por parte de la judicatura constitucional, sino bien queda

³ SUPERINTENCIA DE MIGRACIONES. “Movimientos migratorios de ingreso y salida, ciudadanos Extranjeros, 2008-2016”, Cuadro preparado con información extraída de la Base de Datos Migraciones el 05 de agosto de 2016. En: <<https://www.migraciones.gob.pe/estadisticas/2%201%20MM%20EXTRANJEROS.pdf>>

⁴ OIM 20

⁵ Datos que aparecen en el Proyecto de Ley 228/2016-PE (p. 34), a través del cual el Poder Ejecutivo o Gobierno pide que se le delegue la facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento, y reorganización de Petroperú. Disponible en: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0022820160908..pdf>

⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. *Situación de los migrantes extranjeros en el Perú y su acceso a servicios sociales, servicios de salud y de educación*. Informe técnico, diciembre de 2015, p. 46 y ss. (“Situación de vulnerabilidad de los migrantes extranjeros en Perú”), y pp. 50-52 (“Migrantes por motivos humanitarios”, “Sustracción internacional de niños” e “Inmigrante en tránsito”); asimismo, DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Tratamiento de las personas extranjeras en el Perú. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo*. Series Informes de Adjunta, Informe N° 009-2014-DP/ADHPD, Lima, 2015, p. 15 y ss. (“Capítulo 1: Casos de afectación a los derechos de las personas extranjeras conocidos por la Defensoría del Pueblo”).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02744-2015-PA/TC

MADRE DE DIOS

JESÚS MESQUITA OLIVIERA Y OTROS

justificado brindar una respuesta estructural. Es necesario, pues, reconocer los derechos de las personas migrantes, y que ello se vea reflejado en el procedimiento administrativo migratorio, de manera pronta y efectiva.

14. Ello no significa, desde luego, que el Tribunal reemplaza a los órganos competentes en el ejercicio de sus funciones por el solo hecho de poner en evidencia una situación de hecho inconstitucional. Lo que los jueces constitucionales hacen en estos casos, sobre la base de sus funciones más elementales, es declarar la inconstitucionalidad de ciertos actos u omisiones estatales que han adquirido carácter estructural, y establecer mecanismos o procedimientos para que la autoridad respectivo revierta o desmonte el estado de cosas inconstitucional que fue detectado. Esto, desde luego, no cuestiona las legítimas competencias de las entidades, sino se refiere más bien al eficaz funcionamiento de estas, pero de conformidad con el orden de valores contenido en la Constitución.
15. En el caso concreto, es claro que la situación de inconstitucionalidad detectada no cambia debido al hecho de que la actual legislación (Decreto Legislativo 1236) se refiera a la posibilidad de una “reunificación familiar”, pues con ello no se hace mención a los problemas ya analizados (disolución de familias por no tener en cuenta la situación de los migrantes en el procedimiento ni contar con unas garantías procedimentales mínimas). Tampoco centra su énfasis en si el tema ha sido debidamente desarrollado a través de reglamento, pues aquí la propia ley deriva el ejercicio del derecho de los extranjeros a la reunificación familiar a lo dispuesto en reglamento (artículo 11 y 62).
16. Asimismo, es pertinente señalar que una inconstitucionalidad como la detectada, así como en general ningún acto u omisión que puedan afectar derechos fundamentales, requieren para su determinación la existencia de dolo por parte del demandado. Señalo esto porque no puede usarse como excusa para no determinar una inconstitucionalidad como la declarada aquí, que la Administración en el caso concreto no haya conocido de la situación familiar del recurrente. Ello, en primer lugar, porque, independientemente de ese conocimiento, sí puede existir una afectación iusfundamental que corresponda ser advertida y reparada en esta sede; y en segundo término, porque, conforme ya fue precisado, la Administración sí es responsable por el estado de cosas inconstitucional que ha sido encontrado en el presente caso y que termina incidiendo en la garantía de protección a la familia.
17. Por último, una cuestión importante que no quiero dejar pasar por alto está referida al proceso de convencionalización del Derecho, el cual ha sido objeto de mi atención en diversas oportunidades. En esta sentencia, precisamente, el Tribunal ha aludido a diferente normativa y jurisprudencia supranacional desarrollada bajo esa lógica de convencionalización, la cual ha sido debidamente tomada en cuenta para dotar de contenido y definir los alcances de los derechos invocados. Aquello no implica, por cierto, que este Tribunal aborda diversas temáticas desde cero, como si



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02744-2015-PA/TC

MADRE DE DIOS

JESÚS MESQUITA OLIVIERA Y OTROS

no existiera jurisprudencia constitucional previa, que la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana o de la normativa supranacional únicamente llevaría a soslayar. En este sentido, constato que varios de derechos han merecido interesantes pronunciamientos por parte de este Tribunal Constitucional, los que deberán tenerse en cuenta pues estos, conjuntamente con las nuevas decisiones, forjan nuestra jurisprudencia sobre la materia, sobre la base del diálogo y mutuo enriquecimiento de lo producido dentro de los diferentes órganos de regulación y protección de derechos, en una lógica multinivel. Tal es el caso de la libertad de tránsito y la libertad para entrar y salir del país, el derecho al debido procedimiento, el deber estatal de proteger a la familia, el interés superior del niño, y un largo etcétera.

18. Menciono esto, pues finalmente la obra que toca realizar a los jueces constitucionales sí puede parangonarse a una especie de “novela en cadena”, tal como señaló Ronald Dworkin. En ese sentido, la evolución jurisprudencial debe atender tanto a lo delineado en la jurisprudencia constitucional y convencional previa, como a la vez ofrecer la mejor interpretación posible que corresponda hacer sobre la Constitución y los derechos que esta contiene. Convencionalización del Derecho no es desconocimiento del Derecho interno, sino es una apuesta por la construcción de un Derecho común más tuitivo de los derechos, principios, valores, instituciones y preceptos destinados a proteger esos derechos.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaría Relatora
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02744-2015-PA/TC
MADRE DE DIOS
JESÚS DE MESQUITA OLIVIERA Y OTROS

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

La migración es el olvidado escenario de urgente protección de los derechos fundamentales, sobretudo de mujeres y niños y debe ser afrontado desde lo social, lo político y sobre todo lo jurídico

Formulo el presente voto singular, en la medida que si bien estoy de acuerdo que la demanda sea estimada por cuanto la impugnada Resolución Directoral 065-2013-IN-MIGRACIONES afectó el derecho de defensa del demandante, no lo estoy en cuanto se declara que también se afectó el derecho a la protección de la familia, pues la Administración de Migraciones, cuando adoptó dicha decisión, no tenía cómo saber que el demandante tenía una hija o que estaba casado.

Asimismo, en cuanto al desarrollo jurisprudencial sobre la protección constitucional de los migrantes, estoy de acuerdo en general. Sin embargo, estimo, respetuosamente, que no se ha examinado de modo suficiente la importancia que tiene en este ámbito el interés legítimo del Estado en la protección de los principios de seguridad nacional, salud pública y orden interno, como tampoco los derechos de grupos vulnerables de migrantes como mujeres y niños. Debe existir equilibrio en la protección de ambos grupos de principios (derechos fundamentales y competencias del Estado). Si como lo informa el Poder Ejecutivo, en el Perú existen hoy aproximadamente 250,000 personas extranjeras con sus visas de turistas vencidas¹, no se trata sólo de buscar cómo protegerlas, sino también de regularizar su situación jurídica ante el Estado peruano, de modo que éste pueda verificar en qué medida este intenso flujo puede implicar riesgos para la seguridad nacional, salud pública y orden interno.

¹ Proyecto de Ley N.º 228/2016-PE presentado al Congreso de la República el 8 de setiembre de 2016, que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Finalmente, con relación al fundamento 15 y otros, no coincido en la división que allí se hace en debido proceso formal y debido proceso material. Una división adecuada sería entre: garantías formales y garantías materiales del proceso o procedimiento. El derecho a la protección de la familia no forma parte del debido proceso (material), sino que es una garantía material autónoma del proceso o procedimiento.

Amplío mis argumentos:

Sobre la no afectación del derecho a la protección de la familia

1. Al revisar la Resolución Directoral 065-2013-IN-MIGRACIONES, de fecha 27 de febrero de 2013, expedida por el Superintendente Nacional de Migraciones, es evidente la afectación del derecho de defensa del demandante, pues antes de sancionarlo –pues así lo define la propia resolución–, nunca se le comunicó sobre dicho procedimiento sancionador.
2. No sucede lo mismo con la alegada afectación del derecho a la protección de la familia, pues dado que el recurrente no conoció del procedimiento sancionador en su contra, resultaba imposible que la Superintendencia Nacional de Migraciones, al expedir la Resolución Directoral 065-2013-IN-MIGRACIONES, haya conocido la existencia de una hija peruana del demandante o incluso que éste haya contraído matrimonio con una persona peruana. Si revisamos la aludida Resolución Directoral, no se aprecia ningún argumento expreso o implícito que dé cuenta de la afectación del derecho a la protección de la familia. Por tanto, no corresponde estimar la demanda en este extremo.
3. Por otra parte, considero que no tiene sustento jurídico trasladar toda la carga probatoria a la Autoridad de Migraciones, para que sólo sea ésta la que acredite los antecedentes y situación jurídica de la persona extranjera (fundamento 44 y otro). No cabe duda que dicha autoridad debe solicitar información a las entidades pertinentes, pero también esta obligación le corresponde a la persona extranjera, sobre todo cuando se trata de probar la existencia de hijos o esposa nacionales.

El equilibrio entre la protección de las personas extranjeras y los fines estatales de seguridad nacional, salud pública y orden interno

4. Al respecto, estoy de acuerdo con el desarrollo de la “protección constitucional de los migrantes”. La acción del Estado peruano en materia de migraciones debe tener como principio orientador, tal como lo exige el artículo de nuestra Constitución que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

la sociedad y del Estado”. Sin embargo, dada la relevancia de este caso y que se está declarando el estado cosas inconstitucionales, estimo que también se hacía imprescindible desarrollar suficientemente las competencias estatales para proteger la seguridad nacional, la salud pública y el orden interno, así como las obligaciones estatales para proteger a las mujeres y niños, que son algunos de los grupos más vulnerables en materia de migraciones.

5. En efecto, la Defensoría del Pueblo, en el Informe de Adjuntía N.º 009-2014-DP/ADHPD, denominado “Tratamiento de las personas extranjeras en el Perú. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo”, 2015 –en el que no se consideró el vigente Decreto Legislativo 1236, de Migraciones– ha identificado determinados problemas que genera el incremento de la migración en el Perú (pp. 70-71):

(...) no podemos desconocer que también enfrentamos nuevos retos, en los últimos años se ha incrementado el número de extranjeros/as, viéndose al Perú como un país de destino.

Si bien en el presente documento hemos centrado el análisis, a partir de las quejas conocidas por nuestra entidad, no podemos dejar de reflexionar sobre otros aspectos que están vinculados con esta temática y que también requieren una atención.

En los últimos años, el Perú viene siendo un país de tránsito y/o de destino de personas que se desplazan forzosamente a consecuencia de conflictos armados, desastres naturales, violencia generalizada o basada en género, crisis humanitaria, trata de personas, entre otras. Así por ejemplo en nuestro país hemos podido advertir de manera creciente la presencia de personas haitianas y solicitantes de refugio.

6. Asimismo, la Organización Internacional para las Migraciones, en el documento denominado “Migración y seguridad. Sección 2.8”², ha sostenido, con relación a la importancia de la seguridad nacional (p.5), que

Una parte esencial de la política de migración en cualquier Estado es asegurar que las políticas y los procedimientos en materia de migración de ninguna manera afecten negativamente la seguridad nacional, ya sea en términos políticos, económicos, con respecto a la salud, o de otra manera. Los cambios en las políticas de inmigración pueden ayudar a tratar los asuntos de seguridad sin afectar al desplazamiento legítimo de personas:

- mejorando los controles previos a la entrada y los controles de entrada
- frenando los desplazamientos no autorizados de personas, especialmente aquellos que migran con la ayuda de contrabandistas de seres humanos

² http://www.crmsv.org/documentos/IOM_EMM_Es/v2/V2S08_CM.pdf



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- aumentando la capacidad de aprehender y enjuiciar o retirar a aquellos que representan riesgos para la seguridad.

La prevención, el enjuiciamiento y la protección son las bases de las políticas de inmigración diseñadas para aumentar la seguridad

7. Como se aprecia, el fenómeno de la migración exige un análisis conjunto ya sea de los derechos fundamentales de las personas extranjeras, como de las competencias del Estado en materia de seguridad nacional, salud pública y orden interno. Tengo el convencimiento de que dicho fenómeno no ha sido abordado en su real dimensión, ya sea desde el punto de social, político y jurídico.

Migración y trata de personas. El especial caso de las mujeres y niños

8. Asimismo, dado el estado de cosas inconstitucional declarado, con el que coincido dada la relevancia objetiva que tiene el presente caso, se hacía imprescindible también examinar la relación existente entre el fenómeno migratorio y la protección que requieren las mujeres y niños, de modo que pueda ser objeto de una regulación normativa especial relacionada con la trata de personas, especialmente de mujeres y niños. Si bien es claro que en dicha temática se encuentran involucrados asuntos de relevancia penal, también lo es que la respectiva regulación legal en materia de migraciones, debería identificar todas aquellas situaciones administrativas que puedan coadyuvar en el control y alerta sobre las mencionadas acciones de trata de personas.
9. Sobre el particular, el “Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional”, en su artículo 3, establece determinadas definiciones:

Para los fines del presente Protocolo:

- a) Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;
- b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;

- c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo (...).

10. A nivel nacional, el Plan Nacional de Acción contra la Trata de Personas en el Perú 2011-2016³, da cuenta de las modalidades de trata más frecuentes en el Perú:

3.3.1. Explotación sexual

Actualmente, es la modalidad de mayor incidencia de éste delito que incluye la explotación de la prostitución ajena, esclavitud sexual, u otras formas de explotación sexual como las desarrolladas en el ámbito del turismo y la pornografía, entre otras.

(...)

3.3.4. Compra y venta de Niños, Niñas y Adolescentes

Entiéndase a la venta de niños, niñas y adolescentes como todo acto o transacción en virtud del cual estos son transferidos por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución.

Normalmente redes internacionales están detrás de este tipo de delito. Niños y niñas son sustraídos, secuestrados o alejados de sus familias a cambio de una suma de dinero. Se entiende que la venta del niño, niña o adolescente es una explotación independientemente del destino.

Esta modalidad es la que denota mayores dificultades para visibilizarlo debido a innumerables circunstancias, siendo la principal la ausencia de denuncias porque en la mayoría de casos son los padres o responsables quienes participan activamente en la comisión de éste delito.

(...)

3.3.5. Comercialización de órganos y tejidos

Es una de las formas más cruentas de la trata que remite a la compra y venta de órganos y tejidos humanos

(...)

3.3.7. Reclutamiento Forzoso

Se reclutan niños, niñas, adolescentes o jóvenes con fines de explotación laboral dentro de acciones militares (combate, vigilancia, guías, espionaje, limpieza y transporte de armas) y/o sexual. Tiene lugar en situaciones de violencia interna por parte de grupos armados regulares e irregulares: o en aquellos lugares donde sin existir conflicto armado se da la existencia de milicias armadas para protección de determinadas zonas de actividades delictivas.

³ <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2011/octubre/19/DS-004-2011-JN.pdf>



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

11. Lo antes expuesto, sólo evidencia que el ámbito de la migración representa uno de los nuevos escenarios que ponen a prueba al Estado Constitucional, a los tratados de derechos humanos y al sistema democrático, pues ha sido un ámbito dejado de lado y que hoy más que nunca requiere una atención prioritaria del Estado, especialmente en el caso de grupos tan vulnerables como las mujeres y niños.

Sobre la adecuada identificación de las garantías formales y materiales del procedimiento migratorio sancionador

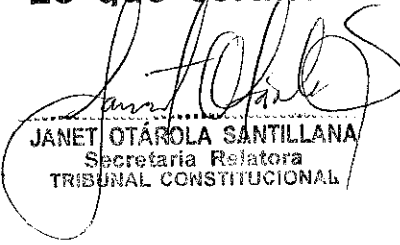
12. Finalmente, con relación al fundamento 15 y otros, no coincido en la división que allí se hace en debido proceso formal y debido proceso material. Si se considera que se ha afectado el derecho a la protección de la familia, estimo que dicho derecho fundamental es uno de naturaleza autónoma y no forma parte del derecho al debido proceso (en su vertiente material).

13. Lo que se debe dividir no es el derecho fundamental al debido proceso (en formal y material), sino las garantías que rigen en un proceso o procedimiento (formales y materiales). Así, garantías *formales* del procedimiento administrativo sancionador serán los derechos de defensa, a la motivación, a los recursos, etc., y garantías *materiales* de tal procedimiento serán la libertad de tránsito, el derecho al pasaporte, a la protección de la familia, etc., según sea la materia que se discute.

S.

LEDESMA NARVAEZ

Lo que certifico:


JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaria Relatora
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02744-2015-PA/TC

MADRE DE DIOS

JESÚS DE MESQUITA OLIVIERA Y

OTROS

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Con respeto hacia la opinión de mis colegas, emito este voto singular por lo siguiente:

El recurrente cuestiona una resolución que lo expulsa del país, sin posibilidad de retorno, por permanecer en exceso del tiempo autorizado por su visa. Alega dedicarse al comercio transfronterizo, por lo que entra y sale constantemente del territorio nacional.

Señala que se quedó en el Perú más tiempo del previsto para cuidar a su menor hija, de madre peruana, y que, posteriormente, contrajo matrimonio, pero con otra peruana. Por estas razones, señala que se configuraría una amenaza cierta e inminente al debido proceso; a su matrimonio; y a su deber de alimentar, educar y dar salud a su hija.

Sin embargo, existen hechos que restan credibilidad a sus alegatos:

1. El recurrente dice haberse quedado en el Perú más tiempo del previsto por una urgencia. Empero, pese a que se le concedió visa de turista por 90 días, permaneció en el país más de dos años antes de interponer su demanda. A todas luces, no existió una eventualidad, sino una situación migratoria irregular.
2. Su matrimonio fue celebrado casi simultáneamente a la emisión de los oficios tendientes a expulsarlo del país: el 24 de abril de 2013, y 8 y 20 de mayo de 2013, respectivamente. La demanda fue interpuesta poco después, el 31 de mayo de 2013. Ello sugiere que su matrimonio podría haber sido un ardid procesal.

Además, el recurrente nunca acudió a la vía administrativa. La sentencia en mayoría argumenta que no era necesario hacerlo porque podría producirse daño irreparable. Empero, en caso el recurrente llegara a ser expulsado del país, igual podrían restituirse las cosas al estado anterior, dejándose sin efecto la resolución impugnada.

La mayoría también sostiene que no era necesario agotar la vía previa, pues esta no estaba regulada expresamente por la ley de extranjería vigente en ese momento (D. Leg. 703). Sin embargo, ante el vacío en dicha norma, pudo impugnarse la sanción impuesta al recurrente en aplicación de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Además, el D. Leg. 1236, también llamado Decreto Legislativo de Migraciones y aprobado después de la interposición de la demanda, prevé mecanismos idóneos para que el recurrente se reencuentre con su cónyuge y su menor hija (artículos 11, 62 y 63). Por tanto, desestimar la demanda no generará un daño irreparable a sus vínculos familiares.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02744-2015-PA/TC

MADRE DE DIOS

JESÚS DE MESQUITA OLIVIERA Y
OTROS

Por demás, la sentencia en mayoría pretende sustentarse en la protección de la familia, pero acuña un concepto laxo de esta. En este caso, la sociedad conyugal y la sociedad paterno-filial se desarrollarán de manera independiente la una de la otra, situación que no es regulada por el orden jurídico peruano.

Finalmente, en sus fundamentos 45 a 49, la sentencia en mayoría busca interferir en el proceso de reglamentación del D. Leg. 1236 mediante la declaración de un *estado de cosas inconstitucional*. Ello lesiona el principio de corrección funcional cuando no debiera el Tribunal Constitucional hacerlo.

Por lo expuesto, estimo que la demanda debe declararse **IMPROCEDENTE**.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Lo que certifico:

JANET OTÁRCIA SANTILLANA
Secretaria Relatora
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL