



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 íter 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 ídem* (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

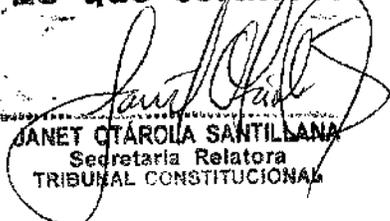
6. **DISPONER** la notificación de la presente sentencia a todas las instancias involucradas o referidas en el fallo para los fines pertinentes.

Publíquese y notifíquese.

SS.

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

Lo que certifico:

  
JANET OTÁROLA SANTILLANA  
Secretaría 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 adolescentes<sup>1</sup>) y las personas desplazadas por la violencia<sup>2</sup>. 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.

<sup>1</sup> 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](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>.

<sup>2</sup> 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 personas<sup>3</sup>. Asimismo, existen alrededor de 4 777 personas extranjeras con residencia vencida<sup>4</sup> y 250 000 extranjeros con visas de turista vencidas<sup>5</sup>. 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 dramáticos<sup>6</sup>. Tal situación, no cabe duda, no es algo que deba ser respondido caso a caso por parte de la judicatura constitucional, sino bien queda

<sup>3</sup> 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>>

<sup>4</sup> OIM 20

<sup>5</sup> 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](http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0022820160908..pdf)>

<sup>6</sup> 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

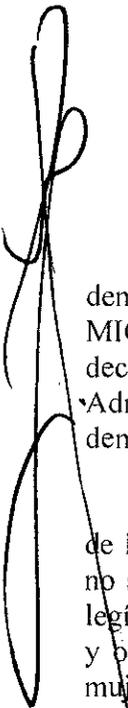


TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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 vencidas<sup>1</sup>, 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.

<sup>1</sup> 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”<sup>2</sup>, 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

<sup>2</sup> [http://www.crmsv.org/documentos/IOM\\_EMM\\_Es/v2/V2S08\\_CM.pdf](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 2011-2016<sup>3</sup>, 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.

<sup>3</sup> <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 NARVÁEZ

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  
Secretaría Relatora  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL