

APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑA O NIÑO EN PROCESOS DE EXPULSIÓN DE SUS PROGENITORES

Síntesis. En la presente sentencia, el Tribunal Constitucional de Perú, el día 8 de noviembre de 2016, resolvió un amparo presentado por Jesús de Mesquita Oliviera contra la Superintendencia Nacional de Migraciones, toda vez que esa entidad impuso al recurrente la sanción de salida obligatoria del país, impidiéndole ingresar al territorio nacional. La situación descrita llevó al tutelante a solicitar que mediante resolución judicial se le permita permanecer en territorio peruano junto a su familia.

El señor Jesús de Mesquita, de ciudadanía brasileña, ingresó al país con la calidad migratoria de turista, contando con un término legal de permanencia por 90 días, los cuales al vencer convertirían la situación migratoria del señor Mesquita en irregular, siendo aplicable la sanción de salida obligatoria del país con impedimento de ingreso.

El demandante alegó tener una hija menor de ocho años de nacionalidad peruana y mantener una relación conyugal con una mujer de nacionalidad peruana, vínculos que no fueron tomados en cuenta al momento de imponerle dicha sanción.

A efectos de resolver el amparo, el Tribunal Constitucional resaltó lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Velex Loor vs. Panamá*, en el cual estableció la posibilidad que tiene un Estado de otorgar un trato diferenciado entre los migrantes documentados e indocumentados, o entre migrantes y nacionales, si dicha diferenciación es razonable, objetiva y proporcional. Además, en el mismo caso se hizo mención al derecho de debido proceso, el cual debe garantizarse a todas las personas independientemente de su estatus migratorio.

Igualmente, la Corte hizo referencia al caso *Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, donde la Corte Interamericana estableció que frente a los procesos migratorios sancionadores, incluido cualquier procedimiento relacionado con la expulsión de un extranjero, éstos deben ser individuales, debido a que se deben evaluar las particularidades de cada persona sin incurrir en tratos discriminatorios.

El Tribunal resaltó que la Corte Interamericana había señalado las garantías que se deben cumplir en procesos migratorios: i) la posibilidad de la perso-

APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑA O NIÑO...

na de exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión y oponerse a los cargos en su contra; ii) 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, iii) en caso de una 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 iv) la eventual expulsión sólo podrá efectuarse tras una decisión fundamentada conforme a la ley y debidamente notificada.

Así las cosas, el Tribunal Constitucional de Perú consideró que al analizar la normativa aplicada para el demandante, la sanción de salida obligatoria y el impedimento de ingreso al país se vulneraban las garantías formales de su derecho al debido proceso, pues dicha normativa migratoria no identificó las normas aplicables a procesos de expulsión.

El Tribunal estableció que la normativa no contemplaba las garantías de notificación, debida motivación, posibilidad de impugnación, u otras que den cuenta que la persona pudo tener conocimiento efectivo del acto administrativo de sanción, y, de esa manera, ejercer su derecho a la defensa.

En cuanto al derecho a la protección de la familia, el Tribunal recurre, igualmente, a la *Opinión Consultiva 17* de la Corte Interamericana, en la que mencionó que debe favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia (dicho argumento se ha mantenido a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, destacando el caso *Forneron e hija vs. Argentina*, donde el Tribunal Interamericano concluyó que la división de una familia es una de las interferencias estatales más graves, incluso si se trata de una medida legal, ya que su único justificativo está basado en el interés superior del niño, siendo además medidas excepcionales y temporales).

Igualmente, se hizo alusión a la *Opinión Consultiva 21* de la Corte Interamericana sobre “derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional”, específicamente respecto al punto resolutivo 13, que establece la necesidad de que el análisis que se realice sobre la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe tomar en cuenta el interés superior de la niña o niño. Igualmente, esta Opinión Consultiva contempló que si el niño o niña tiene la nacionalidad del país del cual el padre o la madre sería expulsado o tiene residencia en el mismo, el Estado no puede expulsar a uno o ambos progenitores por infracciones migratorias de carácter administrativo, ya que se sacrifica de forma irrazonable o desmedida el derecho a la vida familiar de la niña o del niño.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, REPÚBLICA DEL PERÚ

Finalmente, el Tribunal concluyó que la sanción de salida obligatoria impuesta al señor Jesús de Mesquita Oliviera, con el respectivo impedimento de ingreso al país sin definir límite temporal alguno, produce una distancia irreparable entre la menor y su padre, y éste con su cónyuge; constituyendo entonces la separación física de la familia 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, y no puede justificarse en la normativa peruana.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional del Perú hizo mención de los casos *Velez Loor vs. Panamá*, *Familia Pacheco Tineo vs. Estado* y *Forneron e hija vs. Argentina*, y de las *opiniones consultivas 17 y 21*.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

REPÚBLICA DEL PERÚ

RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL

JESÚS DE MESQUITA OLIVIERA Y OTROS

SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2016

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.

APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑA O NIÑO...

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 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.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, REPÚBLICA DEL PERÚ

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. *Cuestiones procesales previas*

4. Respecto a la presunta necesidad de una estación probatoria en la controversia *sub* 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.

...

§3. *Protección constitucional de los migrantes.*

La condición particular de los migrantes indocumentados o en situación irregular

6. 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,

APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑA O NIÑO...

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... 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”.

...

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, 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.

...

11... Los Estados al adoptar las medidas que correspondan, 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

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, REPÚBLICA DEL PERÚ

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

...

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

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 derecho en el contexto de un procedimiento migratorio sancionador. Ello lo hizo en el caso *Vélez Loo 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*

19. 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...

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

APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑA O NIÑO...

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.

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.

...

23. 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 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

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, REPÚBLICA DEL PERÚ

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*

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 circunstancias particulares de cada migrante...

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

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”...

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 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:

APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑA O NIÑO...

[...] 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”...

...

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...

...

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:

En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, 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 con-

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, REPÚBLICA DEL PERÚ

flicto: 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 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.

APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑA O NIÑO...

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...

Análisis del caso concreto

40. 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.

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.

...

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 cons-

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, REPÚBLICA DEL PERÚ

titucionales 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

...

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-INMIGRACIONES, 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.

...

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

