

Reg. M.P. 51894 / 27.03.18



PERÚ

Ministerio
de Relaciones Exteriores



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

Lima, 26 MAR. 2018

1496

OF. RE (DGC-CON) N° 3-0-A132 cla

Opinión sobre el proyecto de ley N°
1618/2016-CR

Ref. Oficio Nro. N° 015-2017-2018-CDNOIDALCD/CR

Señor Congresista
Javier Velásquez Quesquén
Presidente de la Comisión de Defensa Nacional, Orden Interno, Desarrollo
Alternativo y Lucha Contra las Drogas.
Congreso de la República
Ciudad.-

Tengo el agrado de dirigirme a usted para saludarlo y referirme a su atento oficio, mediante el cual solicita opinión sobre el Proyecto de Ley N° 1618/2016-CR, que propone modificar el Decreto Legislativo N° 1350 de Migraciones, para la protección de las relaciones familiares, particularmente de la infancia y las mujeres

Sobre el particular, me es grato remitirle el Informe DGC N° 012-2018, elaborado por la Dirección General de Comunidades Peruanas en el Exterior y Asuntos Consulares, en coordinación con la Oficina General de Asuntos Legales de esta Cancillería, que da respuesta a su solicitud. Cabe señalar que dicha opinión fue remitida previamente a la Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso de la República.

Cordialmente,



Cayetana Aljovín Gazzani
Ministra de Relaciones Exteriores

INFORME DGC N° 012-2018

PROYECTO DE LEY 1618-CR, QUE PROPONE MODIFICAR EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1350 DE MIGRACIONES PARA LA PROTECCIÓN DE LAS RELACIONES FAMILIARES, PARTICULARMENTE DE LA INFANCIA Y LAS MUJERES

I. ANTECEDENTES

Mediante Oficio N° 015-2017-2018-CDNOIDALCD/CR el Congresista Javier Velásquez Quesquén, Presidente de la Comisión de Defensa Nacional, Orden Interno, Desarrollo Alternativo y Lucha Contra las Drogas del Congreso de la República, solicita opinión respecto al Proyecto de Ley N° 1618/2016-CR, que propone la “Ley que modifica el Decreto Legislativo 1350 de Migraciones para la protección de las relaciones familiares, particularmente la infancia y las mujeres” (en adelante, el Proyecto de Ley).

II. ANÁLISIS JURÍDICO

2.1 Objeto del Proyecto de Ley

El Proyecto de Ley tiene por objeto garantizar las relaciones familiares en el contexto de la migración en nuestro país, en el marco de los principios de unidad familiar, con particular énfasis en la protección de las niñas, niños y adolescentes, así como respecto de las mujeres.

En ese sentido, el Proyecto de Ley propone modificar los artículos V del Título Preliminar, 38° y 64°, literal b), del Decreto Legislativo N° 1350, Decreto Legislativo de Migraciones.

2.2 Marco Legal del Proyecto de Ley

El Proyecto de Ley y la Exposición de Motivos no realizan análisis sobre la constitucionalidad o legalidad de la iniciativa planteada y coherencia con el resto de normas vigentes del ordenamiento jurídico nacional.

De una revisión de la legislación relativa a la situación de extranjería y migraciones, se desprende que la misma comprende:

2.2.1 Decreto Legislativo N° 703, Ley de Extranjería del 14 de noviembre de 1991

Establece las normas para el ingreso, permanencia, residencia, salida, reingreso y control de extranjeros en el territorio de la República y regula su situación jurídica en el mismo.

Señala que para los efectos de la presente Ley todo extranjero constituye una unidad migratoria. Su calidad migratoria se extiende a los miembros de su familia, constituida por su cónyuge, hijos menores de 18 años, hijas solteras, padres y dependientes, conforme a lo dispuesto en el Reglamento de Extranjería.

Fue modificado por el Decreto Legislativo N° 1043, de 26 de junio de 2008. Posteriormente, ambos Decretos Legislativos fueron derogados por la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1236, de 26 de setiembre de 2015.

2.2.2 Decreto Legislativo N° 1236, Decreto Legislativo de Migraciones del 26 de setiembre de 2015.

Regula el ingreso y salida de los nacionales y extranjeros, así como la permanencia y residencia de los extranjeros en el territorio nacional; del mismo modo, regula los documentos de viaje.



Define la unidad migratoria familiar como el principio que guía al estado en la protección del núcleo familiar y su reunificación, integrado por un conjunto de personas unidas por un vínculo de parentesco hasta el primer grado de consanguinidad o afinidad, o al cónyuge o a la pareja de hecho sin impedimento para casarse o por filiación, adopción o tutela legal. Asimismo, contiene disposiciones en el artículo 11 sobre reunificación familiar y en el artículo 63 disposiciones respecto al núcleo familiar.

Fue derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1350, de 7 de enero de 2017.

2.2.3.- Decreto Legislativo N° 1350, Decreto Legislativo de Migraciones del 7 de enero de 2017

Regula el ingreso y salida del territorio peruano de personas nacionales y extranjeras; la permanencia y residencia de personas extranjeras en el país y el procedimiento administrativo migratorio. Regula la emisión de documentos de viaje para nacionales y extranjeros, así como de identidad para extranjeros.

Recoge el principio de unidad migratoria familiar por el cual el Estado garantiza y vela por la unidad familiar de los extranjeros y nacionales.

Reconoce en el artículo 38° que para efectos de la unidad migratoria, el núcleo familiar del nacional o extranjero que solicite la reunificación familiar, está conformado por las siguientes personas:

1. El o la cónyuge o la persona integrante de la unión de hecho, de acuerdo a lo previsto en el Código Civil;
2. El hijo o hija menor de edad;
3. El hijo o hija mayor de edad, hasta los veinte y ocho (28) años de edad, de estado civil soltero que esté siguiendo estudios técnicos o superiores;
4. El hijo o hija mayor de edad y soltero que no se encuentre en aptitud de atender su subsistencia por causas de discapacidad física o mental debidamente comprobadas;
5. El hijo o hija menor de edad de el o la cónyuge o del integrante de la unión de hecho en el extranjero;
6. El hijo o hija mayor de edad y soltero del cónyuge o del integrante de la unión de hecho, que no se encuentre en aptitud de atender su subsistencia por causas de discapacidad física o mental debidamente comprobadas;
7. El ascendiente en primer grado;
8. El ascendiente en primer grado del cónyuge o del integrante de la unión de hecho.

El Decreto legislativo fue reglamentado mediante Decreto Supremo N° 007-2017-IN, de 27 de marzo de 2017.

2.2.4.- Decreto Supremo N° 015-2017-RE, aprueba la Política Nacional Migratoria 2017-2025 del 27 de abril de 2017

Tiene como finalidad garantizar una eficiente articulación interinstitucional e intergubernamental de la gestión migratoria. Además, permite en el marco de la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública al 2021, aprobada por el Decreto Supremo N° 004-2013-PCM, articular y alinear la administración y gestión pública en todos sus esfuerzos en la protección de los derechos humanos de las personas migrantes y sus familiares, en sus actividades relacionadas a los cuatro ejes temáticos desarrollados por la MTIGM: (i) peruanos y peruanas con voluntad de migrar; (ii) población peruana que vive en el exterior; (iii) connacionales que retornan al Perú; y, (iv) personas extranjeras que han escogido al Perú como un país de tránsito o de destino.

Es de cumplimiento obligatorio por todas las entidades del Estado en todos los niveles de gobierno involucrados en la gestión migratoria, los cuales implementan sus contenidos en el ámbito de sus respectivas competencias y funciones.



2.3 Estructura del Proyecto de Ley

Se verifica que el Proyecto de Ley cumple con la estructura normativa establecida en la Ley N° 26889, Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-2006-JUS, en la medida en que cuenta con:

- (i) Título de la disposición;
- (ii) Parte expositiva o exposición de motivos;
- (iii) Análisis costo beneficio;
- (iv) Análisis de impacto de la vigencia de la norma en la legislación nacional; y,
- (v) Fórmula normativa.

2.4 Técnica Normativa

De otro lado, desde el punto de vista de la producción y sistematización legislativa, se hace notar que se debe sustituir la mención *"Efectos de la vigencia de la norma sobre la legislación nacional"* por *"Análisis de impacto de la vigencia de la norma en la legislación nacional"*, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 del Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa.

De otro lado, el Proyecto de Ley deberá adecuar la exposición de motivos a fin de adaptar en su texto las consideraciones planteadas respecto de la fórmula normativa, en el marco de lo previsto en el artículo 2 del Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, referido al análisis de la constitucionalidad o legalidad de la iniciativa planteada, así como sobre su coherencia con el resto de normas vigentes en el ordenamiento jurídico nacional e internacional.

Asimismo, el Análisis Costo-Beneficio señalado en el Proyecto de Ley, deberá adecuarse a lo previsto en el artículo 3 del Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, en la medida en que dicho análisis sirve como método para conocer en términos cuantitativos los impactos y efectos que tiene una propuesta normativa sobre diversas variables que afectan a los actores, la sociedad y el bienestar general, de tal forma que permite cuantificar los costos y beneficios o en su defecto posibilita apreciar analíticamente beneficios y costos no cuantificables.

Por su parte, respecto al Análisis de impacto de la vigencia de la norma en la legislación nacional, además de la mención correcta señalada en el numeral 5.1, deberá adecuarse a lo previsto en el artículo 4 del Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, en la medida en que debe precisar si se trata de innovar supliendo vacíos en el ordenamiento o si se trata de una propuesta que modifica o deroga normas vigentes. En caso de tener un efecto derogatorio, éste se debe precisar expresamente. El análisis debe incluir una referencia a los antecedentes, diagnóstico de la situación actual y objetivos de la propuesta. Si se modifica o deroga una norma vigente debe analizarse su idoneidad o efectividad precisando falencias, vacíos o defectos que sea necesario superar mediante una acción normativa.

El Proyecto de Ley incorpora una disposición derogatoria como parte de la misma fórmula normativa (artículo 3) cuando según el artículo 26 del Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, esta debiera ser una Disposición Complementaria Derogatoria. Asimismo, la fórmula genérica señalada en el Proyecto de Ley como *"Deróguense todas las disposiciones que se opongan a lo dispuesto en la presente ley"*, no es adecuada y contraviene el artículo 30 del Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa en la medida en que tal disposición debe contener únicamente las cláusulas de derogación del derecho vigente, y deben ser precisas y expresas.



III. ANÁLISIS TÉCNICO

De la exposición de motivos del Proyecto de Ley 1618/2016-CR, se desprende que dicha iniciativa legislativa tiene como propósito atender a) casos de extranjeros, padres o madres de niños, niñas o adolescentes peruanos, que estando en situación irregular no encuentran una solución objetiva que regularice y defina su permanencia en nuestro país, y; b) casos de extranjeros, padres o madres de personas mayores de edad (sin definir si son peruanos o no) *“que no encajan en el concepto de unidad familiar migratoria para solicitar la calidad migratoria de residente”*¹.

En ese sentido, dicho proyecto propone la modificación de los artículos V, 38° y 64° del Decreto Legislativo N° 1350, Decreto Legislativo de Migraciones, de la siguiente manera.

3.1 Modificación del artículo V.- Principio de unidad migratoria familiar:

“Artículo V.- Principio de unidad migratoria familiar:

El Estado garantiza y vela por la unidad familiar de los extranjeros y nacionales.


En todas las medidas, se protegerán especialmente las relaciones familiares de madres y padres de hijas e hijos peruanos, sobre todo si los primeros son personas adultas mayores o si los segundos son niñas, niños y adolescentes.”(Subrayado es nuestro)

Dicha propuesta añade al texto del artículo V de la norma, referido al Principio de Unidad Familiar, un párrafo que enfatisa la protección del Estado a las relaciones familiares de madres y padres de hijas e hijos peruanos, resaltando aún más dicha protección, cuando se trate de personas adultas mayores o de niños, niñas o adolescentes.

Al respecto, resulta oportuno indicar que además del Principio de Unidad Familiar, el Decreto Legislativo N° 1350, Decreto Legislativo de Migraciones tiene como principio rector el Principio de Interés Superior del Niño y Adolescentes², establecido en su artículo VI; asimismo, dispone, en el numeral 11.2 del artículo 11°, sobre Personas extranjeras en situación de vulnerabilidad, que ambas autoridades migratorias adopten criterios que permitan asistir a personas en situación de vulnerabilidad.

Cabe agregar, que por técnica legislativa, los principios generales señalados en las normas constituyen el objeto y ámbito de aplicación de esta; por lo tanto, al revisarlas, el operador debe evaluar el cumplimiento de todos los principios en su conjunto.

En ese sentido, los principios establecidos en el Decreto Legislativo N° 1350, Decreto Legislativo de Migraciones cumplen con el propósito arriba indicado, pues, en el marco de la observación efectuada en el proyecto, enmarca a la ley en el Principio de la Unidad Familiar³, y de igual forma, en el Principio de Interés Superior del Niño y Adolescentes⁴, esta vez sin



Parte introductoria de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N°1618/2016-CR “Proyecto de Ley que modifica el Decreto Legislativo N° 1350 de Migraciones para protección de las relaciones familiares particularmente de la infancia y las mujeres”

² Decreto Legislativo N°1350

Artículo VI.- Principio de interés superior del niño y adolescente

En toda medida concerniente al niño y adolescente que adopte el Estado a través de todas sus instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el principio del interés superior del niño y adolescente y el respeto a sus derechos.

³ Decreto Legislativo N°1350

Artículo V.- Principio de unidad migratoria familiar:

El Estado garantiza y vela por la unidad familiar de los extranjeros y nacionales.

⁴ Decreto Legislativo N° 1350

Artículo 11°.- Personas extranjeras en situación de vulnerabilidad

(...)

distinción a su nacionalidad; asimismo dispone que las autoridades migratorias tomen en cuenta, respecto de sus competencias, a la población extranjera en situación de vulnerabilidad.

3.2 Modificación del artículo 38° Unidad migratoria familiar:

“Artículo 38°.- Unidad Migratoria Familiar

Para efectos de la unidad migratoria, el núcleo familiar del nacional o extranjero que solicite la reunificación familiar, está conformado por las siguientes personas:

- a. *El o la cónyuge o la persona integrante de la unión de hecho, de acuerdo a lo previsto en el Código Civil;*
- b. *El hijo o hija menor de edad;*
- c. *El hijo o hija mayor de edad, hasta los veinte y ocho (28) años de edad, de estado civil soltero que esté siguiendo estudios técnicos o superiores;*
- d. *El hijo o hija mayor de edad y soltero que no se encuentre en aptitud de atender su subsistencia por causas de discapacidad física o mental debidamente comprobadas;*
- e. *El hijo o hija menor de edad de el o la cónyuge o del integrante de la unión de hecho en el extranjero;*
- f. *El hijo o hija mayor de edad y soltero del cónyuge o del integrante de la unión de hecho, que no se encuentre en aptitud de atender su subsistencia por causas de discapacidad física o mental debidamente comprobadas;*
- g. *El ascendiente en primer grado;*
- h. *El ascendiente en primer grado del cónyuge o del integrante de la unión de hecho.*

MIGRACIONES, en aplicación del principio de unidad familiar, puede considerar como parte de la unidad migratoria familiar a otros integrantes del grupo familiar como parientes consanguíneos o por adopción en tercer grado en línea recta y cuarto grado en línea colateral; parentesco por afinidad en tercer grado línea recta o colateral; u otras relaciones familiares aunque no sean consanguíneas, por afinidad o por adopción de acuerdo a los casos concretos. Ello en ningún caso restringirá a la condición de minoría de edad de las/los familiares y se dará trato preferente a las personas adultas mayores de acuerdo a lo dispuesto por la Ley de personas adultas.”(Subrayado es nuestro)

Como se ha mencionado en párrafos anteriores, sobre población vulnerable, el Decreto Legislativo N° 1350 a diferencia de las normas que la precedieron, dispone en el numeral 11.2 del artículo 11° que **ambas autoridades migratorias** (Ministerio de Relaciones Exteriores y MIGRACIONES) adopten criterios que permitan asistir a personas en situación de vulnerabilidad. Asimismo, y en virtud a dicha disposición, en el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1350, Reglamento del Decreto Legislativo de Migraciones, aprobado por Decreto Supremo 007-2017-IN, regula en el Título X, las actividades que ambas autoridades migratorias deben realizar para proteger a las personas extranjeras en situación de vulnerabilidad. No obstante, y a lo largo de las disposiciones de ambas normas, también se hace referencia a la especial condición de dichas personas y las medidas que se deben adoptar sobre el particular.

En tal sentido, considerando que dentro del grupo de poblaciones vulnerables se encuentran también los adultos mayores, cabe señalar que el Decreto Legislativo N°1350, garantiza su protección respecto de las actividades migratorias que a través de las autoridades, migratorias o no, realice el Estado peruano, lo que también se replica con los niños, niñas y adolescentes.

Respecto de incluir como parte del núcleo familiar a los parientes de tercer y cuarto grado de consanguinidad o afinidad, en línea recta o colateral, mayores o menores; cabe señalar que, el Decreto Legislativo N°1350 y su reglamento, además de priorizar a las poblaciones

11.2 MIGRACIONES y Ministerio de Relaciones Exteriores en el ámbito de sus competencias adoptan los criterios para asistir a las personas en situación de vulnerabilidad; pudiendo emitir los documentos y/o permisos de permanencia temporal o residencia pertinentes.



vulnerables, reconocen el derecho de los extranjeros a acceder a los programas y servicios sociales⁵ que el estado brinda, en consecuencia, resultaría necesario considerar que dicha modificación tendrá efectos presupuestales que deberían tomarse en cuenta, lo que no está contemplado en el proyecto de ley, materia de evaluación.

En relación a las disposiciones precisadas en los artículos 37° y 38°, es del caso señalar que las mismas como regulan a la Unidad Familiar como uno de los elementos que permiten la residencia en nuestro país, no obstante, es claro que no es el único, pues como lo precisa el último párrafo del citado artículo 37°, un extranjero puede solicitar una Calidad Migratoria distinta a la sus familiares, si reúnen condiciones para ello, lo que perfectamente puede asistir a los extranjeros mayores de edad, que no sean considerados adultos mayores.

3.3 Modificación del artículo 64° Formalización y ejecución de las sanciones migratorias

“Artículo 64°.- Formalización y ejecución de las sanciones migratorias

a. Las sanciones de salida obligatoria y expulsión se formalizan por resolución administrativa de MIGRACIONES y son de ejecución inmediata, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento del presente Decreto Legislativo.

b. MIGRACIONES en aplicación de los principios de unidad familiar e interés superior del niño y adolescente, evaluará la suspensión de la ejecución de la sanción de salida obligatoria, en aquellos casos en los que se compruebe su evidente e inminente riesgo de vulneración, de acuerdo a las condiciones y procedimientos que se establezcan en el reglamento.

c. En caso que el extranjero no cumpla con salir del territorio nacional, MIGRACIONES puede disponer su salida compulsiva a través de la autoridad policial, por el puesto de control migratorio y/o fronterizo más cercano y adoptando las medidas que correspondan respecto del medio de transporte que lo conduzca fuera del territorio nacional.

En ningún caso proceden expulsiones del país de uno o los dos progenitores por infracciones de carácter administrativo, especialmente si se trata de padres y madres de niños, niñas y adolescentes o personas con discapacidad.” (Subrayado es nuestro)

Respecto de los alcances de la formalización y ejecución de las sanciones migratorias para progenitores de niños, niñas y adolescentes y personas con discapacidad, cabe señalar que dicha medida forma parte de los considerandos del Decreto Legislativo N° 1350, Decreto Legislativo de Migraciones; en ese sentido, el artículo 185°⁶ del Reglamento del Decreto Legislativo de Migraciones, sobre principios de la potestad sancionadora en materia migratoria, señala expresamente su observancia por parte de Migraciones, al momento de ejercer su potestad sancionadora.

⁵ DS. 007-2017-IN “Reglamento del Decreto Legislativo N° 1350”

“Artículo 10.- Acceso a programas y servicios sociales

El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, dictan las normas y establecen las medidas necesarias que permita a la persona extranjera que se encuentre en situación de vulnerabilidad, acceder o afiliarse a sus respectivos programas y servicios sociales, de acuerdo con los requisitos y condiciones establecidos por la normativa vigente para cada programa y servicio social.”

⁶ DS. 007-2017-IN “Reglamento del Decreto Legislativo N° 1350”

185.- Principios de la potestad sancionadora administrativa en materia migratoria

(...)

185.2. Además de ello, son aplicables al ejercicio

de la potestad sancionadora en materia migratoria los siguientes principios:

a) Principio de Unidad Migratoria Familiar: MIGRACIONES priorizará la garantía de la unidad familiar de las personas extranjeras y nacionales al momento de aplicar las sanciones que signifiquen salida obligatoria del país o expulsión del administrado.

b) Principio de interés superior del niño: Las sanciones que adopten las autoridades migratorias deben tomar en cuenta el principio del interés superior del niño y adolescente y el respeto a sus derechos.



En esa misma línea de ideas, y considerando situaciones previas a la entrada en vigencia de dichas normas, el referido reglamento desarrolla dentro del Capítulo IV, "Dispensas por excepción", el procedimiento que podrán seguir quienes fueron expulsados por sanción administrativa, en el marco de la Unidad Familiar.

IV.- CONCLUSIONES

Si bien el Proyecto de Ley busca proteger las relaciones familiares de madres y padres de hijas e hijos peruanos, con mayor énfasis a si los primeros son personas adultas mayores o si los segundos son niños, niñas o adolescentes, es preciso señalar que tanto el Decreto Legislativo N° 1350, así como su Reglamento han desarrollado dentro de sus disposiciones medidas que permiten efectivizar dicha protección, la que como toda norma debe contener acciones operativas que permitan a las autoridades evaluar los requerimientos y determinar su atención, en ese sentido:

- 4.1 No existe mayor oposición a la propuesta de modificación del Artículo V Principio de unidad migratoria familiar, debido a que redundaría en la protección que se debe brindar a los niños, niñas y adolescentes, señalado expresamente en el artículo VI.
- 4.2 Respecto de la modificación del 38° Unidad migratoria familiar, cabe señalar que el proyecto de ley no ha evaluado los efectos que ocasionaría dicha modificación, por lo que no resultaría recomendable su aprobación.
- 4.3 Finalmente, sobre la propuesta de modificación del artículo 64° Formalización y ejecución de las sanciones migratorias, no resultaría oportuno que dicha medida sea de carácter definitivo, debido a que la casuística podría no ser la que responda a la intención de la norma, que es proteger las relaciones familiares; en tal sentido, es recomendable mantenerla en las disposiciones reglamentarias, las que podrían ser reajustadas periódicamente para evitar la vulneración de los derechos de los migrantes.



V.- CONSIDERACIONES FINALES

En atención a lo solicitado, y luego de la evaluación efectuada, se pone a consideración del Congreso de la República los argumentos antes señalados, a fin de proseguir con el trámite de aprobación correspondiente del proyecto de ley N° 1618/2016-CR



Lima, 16 de febrero de 2018.

CESAR ENRIQUE BUSTAMANTE LLOSA
Embajador
Director General de Comunidades Peruanas
en el Exterior y Asuntos Consulares
Ministerio de Relaciones Exteriores