



COMISIÓN DEFENSA NACIONAL, ORDEN INTERNO,
DESARROLLO ALTERNATIVO Y LUCHA CONTRA LAS
DROGAS

DICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY 1618/2016-CR,
CON TEXTO SUSTITUTORIO “LEY QUE MODIFICA EL DECRETO
LEGISLATIVO 1350, DECRETO LEGISLATIVO DE
MIGRACIONES, CON LA FINALIDAD DE PROTEGER LA UNIDAD
FAMILIAR”.

COMISIÓN DE DEFENSA NACIONAL, ORDEN INTERNO, DESARROLLO ALTERNATIVO Y LUCHA CONTRA LAS DROGAS

PRE DICTAMEN 2017/2018

Señor Presidente:

Ha sido remitido para estudio y dictamen de la Comisión de Defensa Nacional, Orden Interno, Desarrollo Alternativo y Lucha Contra las Drogas, de conformidad con el Artículo 107 de la Constitución Política del Perú, el **Proyecto de Ley 1618/2016-CR**, presentado por la **Congresista Indira Isabel Huilca Flores**, que propone “**Ley que modifica el Decreto Legislativo 1350 de Migraciones para la protección de las relaciones familiares, particularmente de la infancia y las mujeres**”.

En la XXXX **Sesión Ordinaria** de la Comisión de Defensa Nacional, Orden Interno, Desarrollo Alternativo y Lucha Contra las Drogas celebrada XXXXXX del 2017, expuesto y debatido el dictamen fue aprobado por XXXX de los señores congresistas presentes, con el voto a favor de los señores congresistas: (...).

Con la licencia de los señores congresistas: (...).

I. SITUACIÓN PROCESAL

I.1 Antecedentes

El **Proyecto de Ley 1618/2016-CR**, ingresó a trámite documentario el 28 de junio del 2017 y fue decretado a esta Comisión el 04 de julio del mismo año, como **primera comisión dictaminadora**. Asimismo, fue derivado a la Comisión de Relaciones Exteriores como segunda comisión dictaminadora, conforme al Decreto de Oficialía Mayor.

La Comisión considera que el presente dictamen guarda relación con el objetivo de **Equidad y Justicia Social, 16° Política de Estado: FORTALECIMIENTO DE LA FAMILIA, PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DEL NIÑEZ, LA ADOLESCENCIA Y LA JUVENTUD**¹.

I.2 Opiniones solicitadas

- Se solicitó opinión técnica:
 - ✓ **Ministerio del Interior**

¹ Resolución Legislativa del Congreso N° 004-2017-2008-CR.

Mediante oficio N° 014-2017-2018-CDNOIDALCD/CR, de fecha 18 de agosto del 2017, dirigido al señor Carlos Basombrío Iglesias, Ministro del Interior, recibido el 23 del mismo mes y año. Se ha recibido opinión **con observaciones** al proyecto.

✓ **Ministerio de Relaciones Exteriores**

Mediante oficio N° 015-2017-2018-CDNOIDALCD/CR, de fecha 18 de agosto del 2017, dirigido al señor Ricardo Luna Mendoza, Ministro de Relaciones Exteriores, recibido el 23 del mismo mes y año. **Se ha recibido opinión con observaciones al proyecto.**

I.3 Opinión e información recibidas

Se ha recibido la siguiente opinión:

- **Ministerio del Interior**

La Comisión recibió, el 11 de diciembre del 2017, el Oficio N° 1414-2017/IN/DM, remitido por el **ex Ministro del Interior, Carlos Basombrío Iglesias**, que contiene el Informe Legal N° 000368-2017-AJ-MIGRACIONES de la Superintendencia Nacional de MIGRACIONES y el Informe Legal N° 001913-2017/IN/OGAJ de la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio del Interior, en los siguientes términos:

a) El Informe N° 000368-2017-AJ-MIGRACIONES de la Superintendencia Nacional de MIGRACIONES, establece que:

- Las modificaciones propuestas en el proyecto de ley consisten en: i) ampliar el alcance del principio de unidad migratoria familiar; ii) ampliar el alcance del núcleo familiar del ciudadano nacional o extranjero; y, iii) disponer la prohibición de expulsión de uno o ambos progenitores que hayan incurrido en infracción administrativa.
- Respecto de la primera modificación, el artículo 227 del Reglamento del Decreto Legislativo 1350, aprobado por Decreto Supremo 007-2017-IN, dispone que las personas adultas mayores y los niños, niñas y adolescentes, son consideradas como personas vulnerables; por lo que, al tener esa situación de vulnerabilidad, MIGRACIONES tiene el deber de adoptar medidas migratorias de protección, tales como expedir documentos y/o permiso temporal de permanencia, así como el otorgamiento de ampliaciones de plazo, exoneración de multas y derechos de tramitación y exoneración de presentación de requisitos establecidos para los procedimientos estipulados en la normatividad migratoria vigente, conforme lo establece el artículo 229 del referido Reglamento.

- Al respecto, el principio de unidad migratoria familiar es de aplicación para todos los miembros de núcleo familiar del ciudadano extranjero, sin distinción de edad; y, más aún, MIGRACIONES cuenta con disposiciones expresas que establecen el deber de adoptar medidas de protección para los adultos mayores, así como para los niños, niñas y adolescentes. Por ello, la presente modificación planteada en el comentado proyecto de ley no resultaría un cambio sustancial al citado principio.
- Respecto de la segunda modificación, el artículo 38 del Decreto Legislativo 1350, Decreto Legislativo de Migraciones, establece por unidad familiar al núcleo familiar del nacional o extranjero, el cual se encuentra conformado por miembros de familia, que nacen tanto de un matrimonio como de una unión de hecho. Es decir, la idea de núcleo familiar responde a una concepción de la familia con vínculos de parentesco más estrecho (cónyuge o persona integrante de la unión de hecho, hijos menores de dieciocho años, hijos mayores de edad solteros y/o con discapacidad física o mental, a los padres, así como los padres de la cónyuge o persona integrante de la unión de hecho).
- El artículo 6 de la Constitución establece que: “(...) *Es deber y derecho de los padres, alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres*”. Por ello, el artículo 38 del Decreto Legislativo 1350, establece el vínculo familiar de padres a hijos y de hijos a padres. Es decir, el parentesco consanguíneo o por afinidad más estrecho que tiene el núcleo familiar proveniente del matrimonio o de una unión de hecho, incluido a los miembros de familia adoptados (hijos o hijas menores de edad o mayores de edad), si bien no tienen parentesco por consanguinidad o afinidad con el ciudadano nacional o extranjero. Por ello, no resultaría viable la ampliación de dicho núcleo familiar.
- Respecto de la tercera modificación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva N° 21, en el párrafo 273, establece que “(...) *[c]ualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño. Específicamente, ha entendido que la niña o el niño deben permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separado de su familia. Por ende, **las separaciones legales de la niña o del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en su interés superior, son excepcionales y, en lo posible, temporales.***”
- El Estado tiene la facultad de elaborar y ejecutar sus propias políticas migratorias, las cuales incluyen el control del ingreso, otorgar la residencia y aplicar las sanciones al ciudadano extranjero. En ese sentido, MIGRACIONES tiene la facultad de aplicar sanciones administrativas a todos los ciudadanos nacionales o extranjeros que cometan infracciones de

carácter migratorio previstas en el Decreto Legislativo 1350, Decreto Legislativo de Migraciones, no estando exceptuados los ciudadanos nacionales o extranjeros que son padres y/o madres de niños, niñas y adolescentes o personas con discapacidad, en virtud del artículo 2 de la Constitución que dispone que todos son iguales ante la ley. No obstante, para estos casos deberá tenerse en cuenta los principios de unidad familiar e interés superior del niño y adolescente, a fin de evaluar la suspensión de la ejecución de la sanción de salida obligatoria, en virtud del artículo 64 del Decreto Legislativo 1350, en concordancia con el artículo 185 del Reglamento.

- Asimismo, el numeral 214.2 del artículo 214 del Reglamento del Decreto Legislativo 1350, establece que los referidos ciudadanos nacionales o extranjeros pueden solicitar el levantamiento del impedimento de ingreso al territorio nacional derivado de la aplicación de una sanción administrativa (salida obligatoria o expulsión), por el cual se les permite el reingreso al país, siempre y cuando cumplan con las condiciones establecidas en el citado artículo.
 - De esta manera, establecer que, por ningún motivo, procede la expulsión del país de uno o ambos progenitores por incurrir en infracciones de carácter administrativo, implicaría desconocer la facultad que tiene todo Estado para ejecutar sus propias políticas migratorias, las cuales incluyen la aplicación de sanciones administrativas a todo ciudadano nacional o extranjero que incurra en una falta administrativa prevista en el Decreto Legislativo 1350, habiendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconocido dicha facultad, siempre y cuando se tenga presente los principios de unidad familiar y el interés superior del niño y adolescente. Por ello, no resultaría viable la modificación al artículo comentado.
 - Por consiguiente, no resultaría viable la modificación de las citadas normas.
- b) El Informe N° 001913-2017/IN/OGAJ de la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio del Interior, establece que:
- Las modificaciones propuestas en el proyecto de ley consisten en: i) ampliar el alcance del principio de unidad migratoria familiar; ii) ampliar el alcance del núcleo familiar del ciudadano nacional o extranjero a otros/as familiares sin importar la mayoría de edad, priorizando el trato preferente que debe darse a las personas adultas mayores; y, iii) disponer la prohibición de expulsión de uno o ambos progenitores que hayan incurrido en infracciones administrativas especialmente si se trata de padres y madres de niños, niñas y adolescentes o personas con discapacidad.
 - Respecto de la primera modificación propuesta, se advierte que la misma ya se encuentra prevista en el Decreto Legislativo 1350, Decreto Legislativo de

Migraciones, así como en su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 007-2017-IN, el cual en su artículo 227 dispone que las personas adultas mayores y los niños, niñas y adolescentes son considerados como personas vulnerables. Por lo tanto, en virtud de la legislación actual Migraciones tiene el deber de adoptar medidas migratorias de protección para dichos grupos de vulnerabilidad.

- Respecto de la segunda modificación que propone ampliar el alcance del núcleo familiar del ciudadano nacional y extranjero, incluyendo a los parientes consanguíneos o por adopción en tercer grado en línea recta (bisabuelos, bisnietos), cuarto grado en línea colateral (tíos abuelos, sobrinos nietos), parientes por afinidad en tercer grado de línea recta o colateral; debemos señalar que el Estado considera que el núcleo familiar se conforma por los miembros de la familia que tiene el vínculo de parentesco más estrecho con el ciudadano nacional o extranjero.
- Respecto de la tercera modificación que propone que por ningún motivo procede la expulsión del país de uno o ambos progenitores por incurrir en infracciones de carácter administrativo, la Superintendencia Nacional de Migraciones, al momento de imponer sanciones administrativas a ciudadanos nacionales o extranjeros que sean padres o madres de niños, niñas y adolescentes o personas con discapacidad debe tener en cuenta los principios de unidad familiar e interés superior del niño y el adolescente, conforme a lo previsto en el artículo 64 del Decreto Legislativo 1350, concordante con el artículo 185 del Reglamento.
- Por consiguiente, al existir normas que regulan los aspectos contemplados en el proyecto de ley, se considera observarlo.

Ministerio de Relaciones Exteriores

La Comisión recibió, el 26 de marzo del 2018, el Oficio N° OF. RE (DGC-CON) N° 3-0-A/32 c/a, remitido por la ex Ministra de Relaciones Exteriores, Cayetana Aljovín Gazzani, que contiene el Informe DGC N° 012-2018, en los siguientes términos:

- La propuesta añade al texto del artículo V de la norma, referido al Principio de Unidad Familiar, un párrafo que enfatiza 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, además del Principio de Unidad Familiar, el Decreto Legislativo 1350, Decreto Legislativo de Migraciones, tiene como principio rector el principio de interés superior del niño y adolescentes, 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 las personas que se encuentran en tal situación.

- Por técnica legislativa, los principios generales señalados en las normas constituyen el objeto y ámbito de aplicación de esta. Por lo tanto, el operador debe evaluar el cumplimiento de todos los principios en su conjunto. En ese sentido, los principios establecidos en el Decreto Legislativo 1350, Decreto Legislativo de Migraciones cumplen con el propósito establecido en el proyecto de ley, puesto que enmarca la protección de la unidad familiar, del niño y adolescente, sin distinción de nacionalidad, y, de la población extranjera en situación de vulnerabilidad.
- En efecto, en el Decreto Legislativo 1350, Decreto Legislativo de Migraciones (numeral 2 del artículo 11) y en su Reglamento (Decreto Supremo 007-2017-IN), a diferencia de las normas que la precedieron, dispone que ambas autoridades migratorias (Relaciones Exteriores y MIGRACIONES) adopten criterios que permitan asistir a personas en situación de vulnerabilidad. De igual manera, el referido decreto legislativo considera dentro del grupo de poblaciones vulnerables a los adultos mayores.
- Respecto de la inclusión 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; el Decreto Legislativo 1350, Decreto Legislativo de Migraciones y su Reglamento, además de priorizar a las poblaciones vulnerables, reconocen el derecho de los extranjeros a acceder a los programas y servicios sociales que el Estado brinda. Por tal motivo, es necesario considerar que dicha modificación tendrá efectos presupuestales que deben tomarse en cuenta y que no están previstos en el proyecto de ley materia de evaluación.
- En relación con las disposiciones previstas en los artículos 37 y 38 del Decreto Legislativo 1350, Decreto Legislativo de Migraciones, si bien estas regulan la unidad familiar como uno de los elementos que permiten la residencia en nuestro país, no se trata del único criterio pues, como lo precisa el último párrafo del artículo 37, un extranjero puede solicitar una calidad migratoria distinta a la de sus familiares, si se reúnen las condiciones para ello, lo que perfectamente puede asistir a los extranjeros mayores de edad, que no sean considerados adultos mayores.
- 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 1350, Decreto Legislativo de Migraciones. En ese sentido, el artículo 185 de su Reglamento, Decreto Supremo 007-2017-IN, sobre principios de la potestad sancionadora en materia migratoria, señala

expresamente su observancia por parte de Migraciones, al momento de ejercer su potestad sancionadora. Así, el Reglamento desarrolla, en el Capítulo IV, las “Dispensas por Excepción”, el procedimiento que podrán seguir quienes fueron expulsados por sanción administrativa, en el marco de la unidad familiar.

En consecuencia, el Decreto Legislativo 1350, Decreto Legislativo de Migraciones, así como su Reglamento, han desarrollado medidas que permiten efectivizar la protección contemplada en el proyecto de ley. En tal medida se concluye que:

- 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.
- Respecto de la modificación del artículo 38 sobre la unidad migratoria familiar, el proyecto de ley no ha evaluado los efectos que ocasionaría dicha modificación, por lo que no resultaría recomendable su aprobación.
- Finalmente, sobre la propuesta de modificación del artículo 64, 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.

II. CONTENIDO DE LA PROPUESTA LEGISLATIVA

El proyecto de ley tiene por objeto proteger las relaciones familiares en el contexto de la migración en el Perú, en el marco del principio de unidad familiar, con particular énfasis en la protección de las niñas, niños y adolescentes y de las mujeres. En ese sentido, el proyecto de ley propone modificar el artículo V, artículo 38 y el literal b) del artículo 64 del Decreto Legislativo 1350, Decreto Legislativo de Migraciones (en adelante, el “Decreto Legislativo 1350”), en los siguientes términos:

“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 niños, niñas y adolescentes.

Artículo 38. Unidad Migratoria Familiar

(...)

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 en línea recta o colateral; u otras relaciones familiares aunque no sean consanguíneas, por afinidad y por adopción de acuerdo a los casos concretos. Ello en ningún caso se 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 la persona adulta mayor.

Artículo 64. Formalización y ejecución de las sanciones migratorias

(...)

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. En ningún caso procede expulsión 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.*

(...).”

Presentamos un extracto de los fundamentos expresados en la Exposición de Motivos del proyecto de ley:

a) El proyecto de ley nace del compromiso asumido en la sesión de la Mesa de Mujeres Parlamentarias Peruanas, que tuvo lugar el 15 de mayo del presente en el Congreso de la República. En dicha sesión, se manifestó la preocupación por el incumplimiento, por parte del Poder Ejecutivo, del artículo 2, literal f) de la Ley 30506, Ley 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 S.A., en virtud del cual, el Congreso de la República confirió facultades al Poder Ejecutivo para:

“[d]ictar normas necesarias para mejorar la política migratoria interna y externa, la Superintendencia Nacional de Migraciones, así como la regulación de seguridad fronteriza, respetando los derechos de los niños y niñas y adolescentes y sin que ello implique la expulsión del país de uno o los dos progenitores por infracciones de carácter administrativo.”

b) En efecto, el Poder Ejecutivo, en el literal f) del numeral 2) del artículo 2 del Proyecto de Ley N° 228/2016-PE, Ley 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 S. A., solicitó facultades para “[d]ictar normas necesarias para mejorar la política migratoria interna y externa, la Superintendencia Nacional de Migraciones, así como la regulación de seguridad fronteriza”.

- c) Al respecto, la autora del proyecto de ley recomendó, a propósito del debate para el otorgamiento de facultades legislativas, que debía legislarse explícitamente en torno a la sanción de expulsión y se precisó que, en aquellos supuestos en que los niños o adolescentes tuvieran la nacionalidad peruana o cumplan con las condiciones legales para acceder a ella o para residir permanentemente en el país, no se debería expulsar a uno o ambos de sus progenitores por infracciones migratorias de carácter administrativo. El pedido fue acogido, con voto mayoritario, por la Comisión de la Mujer y Familia y fue alcanzado a la Comisión de Constitución y Reglamento, mediante Oficio N° 053-2016-2017/CMF-CR-2, del 21 de septiembre de 2016. Por ello, en la ley autoritativa se incorporó expresamente lo solicitado por la autora del proyecto de ley.
- d) No obstante, el Decreto Legislativo 1350, Decreto Legislativo de Migraciones, no recogió lo establecido en la ley autoritativa y se limitó a recoger, con algunas pequeñas variaciones, el texto previsto en el Decreto Legislativo 1236, Decreto Legislativo de Migraciones previo sobre la materia, el cual establecía lo siguiente:

“Artículo 89. Formalización y ejecución de las sanciones migratorias

(...)

89.2. La autoridad migratoria en aplicación de los principios de unidad familiar e interés superior del niño y adolescente, puede suspender la ejecución de la sanción de salida obligatoria, cancelación y expulsión, 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.”

- e) Al respecto, la norma que prevé la no expulsión forma parte de los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva N° 21², la cual indica que no debe proceder la expulsión de los progenitores pues ello constituiría una afectación desmedida del derecho a la vida familiar del niño, niña o adolescente:

“...la ruptura de la unidad familiar a través de la expulsión de uno o ambos progenitores por infracciones migratorias relacionadas con el ingreso o permanencia resulta desproporcionada en estos supuestos, pues el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la vida familiar que puede traer aparejado

² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-21/14 del 19 de agosto de 2014. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párrafos 275-282, decisión 13.

repercusiones frente a las ventajas que se obtienen al forzar al progenitor a abandonar el territorio por causa de una infracción de carácter administrativo.”

- f) Asimismo, en el caso peruano, no se ha logrado hasta la fecha dar solución a la situación de muchos familiares debido a que existen casos reportados de padres de hijos mayores de edad, así como de abuelos y otros familiares, quienes, actualmente, no entran dentro de los alcances de lo que el Decreto Legislativo 1350, circunscribe como unidad migratoria familiar y que, por lo tanto, se encuentran en una situación migratoria irregular.
- g) En ese sentido, el proyecto de ley propone ampliar la categoría de unidad migratoria a otros familiares adicionales a los actualmente previstos en el artículo 38 del Decreto Legislativo 1350, sin importar la mayoría de edad y, mencionando además expresamente el trato preferente que debe darse a las personas adultas mayores de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley N° 30490, Ley de la persona adulta mayor.
- h) Al respecto, el proyecto de ley propone extender la categoría de unidad migratoria familiar a otros familiares, al margen de si son mayores o menores de edad, así como brindar un trato preferente a las personas adultas mayores de acuerdo con lo establecido en el artículo 5 de la Ley 30490, Ley de la persona adulta mayor.
- i) El Tribunal Constitucional ha señalado que, desde una perspectiva constitucional, se reconoce las familias con estructuras distintas a las tradicionales, tales como por ejemplo, las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las denominadas familias *reconstituidas*.³ Ello tiene sustento al amparo del artículo 4 de la Constitución y también del Decreto Supremo N° 003-2016-MIMP, que aprueba el Plan Nacional de Fortalecimiento a las Familias 2016-2021.
- j) Si bien el artículo 11 del Decreto Legislativo 1350, contempla la emisión de permisos de permanencia temporal o de residencia para personas extranjeras en situación de vulnerabilidad, es preferible que exista una norma explícita que garantice la protección de las relaciones familiares a supuestos adicionales a los actualmente contemplados en el artículo 38 del referido decreto legislativo.
- k) En consecuencia, el fundamento de la propuesta consiste en que la preservación de las relaciones familiares dado que éstas no se extinguen por la adquisición de la mayoría de edad de los hijos, o cuando éstos forman nuevos hogares como consecuencia del matrimonio o unión de hecho, y porque las relaciones familiares no se agotan solamente en los vínculos actualmente reconocidos en el artículo 38 del Decreto Legislativo 1350.

³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU. Sentencia recaída en el Expediente N° 09332-2006-PA/TC, del 30 de noviembre de 2007.

III. MARCO NORMATIVO

3.1 Normativa nacional

- Constitución Política del Perú
- Reglamento del Congreso de la República
- Ley 30506, Ley 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 S.A.
- Decreto Legislativo 1350, Decreto Legislativo de Migraciones
- Decreto Legislativo 295, Código Civil
- Ley 27337, Código de los Niños y Adolescentes
- Ley 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño
- Ley 30490, Ley de la Persona Adulta Mayor
- Ley 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad
- Decreto Supremo 007-2017-IN, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1350, Decreto Legislativo de Migraciones y aprueba nuevas calidades migratorias
- Decreto Supremo 003-2016-MIMP, Plan Nacional de Fortalecimiento a las Familias 2016-2021

3.2 Normativa internacional

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”
- Convenio sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares
- Convención sobre los Derechos del Niño
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
- Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores
- Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad
- Resolución aprobada por la Asamblea General A/RES/54/166, del 24 de febrero de 2000 sobre la Protección de los migrantes.

IV. ANÁLISIS DE LA PROPUESTA LEGISLATIVA

4.1 Antecedentes Normativos

Respecto del tema materia de la propuesta legislativa, la Comisión considera pertinente revisar las siguientes normas:

- **Constitución Política del Perú**

“Artículo 2. Toda persona tiene derecho:

(...)

2. 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.

(...)

11. A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería.

Artículo 4. 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. (...)

Artículo 44. Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. (...)

- **Decreto Legislativo 1350, Decreto Legislativo de Migraciones**

“Artículo V. Principio de unidad migratoria familiar

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

Artículo 11. Personas extranjeras en situación de vulnerabilidad

11.1. MIGRACIONES y el Ministerio de Relaciones Exteriores ponen en conocimiento de las autoridades competentes las situaciones de vulnerabilidad en que se encuentren las personas migrantes, para la adopción de las acciones administrativas o jurisdiccionales que correspondan para la protección de sus derechos, en particular las referidas a niños, niñas y adolescentes, adulto mayor, personas con discapacidad, o que pertenecen a un pueblo indígena, víctimas de trata de personas y tráfico de migrantes, víctimas de violencia familiar y sexual, y quienes requieren protección en atención a una grave amenaza o afectación a sus derechos fundamentales.

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.

Artículo 37. De la Reunificación Familiar

37.1 El nacional que tenga vínculo familiar con extranjero o extranjera, puede solicitar ante MIGRACIONES y el Ministerio de Relaciones Exteriores según corresponda, la calidad migratoria de residente de cualquiera de los integrantes de su núcleo familiar. Lo dispuesto también le asiste al extranjero para solicitar la reagrupación familiar en las situaciones previstas en el Reglamento.

(...)

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.*

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.”*

- **Decreto Legislativo 295, Código Civil**

“Artículo 236. El parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común.

El grado de parentesco se determina por el número de generaciones.

En la línea colateral, el grado se establece subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro. Este parentesco produce efectos civiles sólo hasta el cuarto grado.

Artículo 237. El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad.

La afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce. Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex-cónyuge.

Artículo 238. La adopción es fuente de parentesco dentro de los alcances de esta institución.”

- **Ley 27337, Código de los Niños y Adolescentes**

“Artículo 8.

El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia.

El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado.

El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos.

Los padres deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral.”

- **Ley 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño**

“Artículo 2. Interés superior del niño

El interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos.”

- **Ley 30490, Ley de la Persona Adulta Mayor**

“Artículo 5. Derechos

5.1. *La persona adulta mayor es titular de derechos humanos y libertades fundamentales y ejerce, entre otros, el derecho a:*

(...)

d) *Recibir atención integral e integrada, cuidado y protección familiar y social, de acuerdo a sus necesidades.*

e) *Vivir en familia y envejecer en el hogar y en comunidad.*

Artículo 8. Deberes del Estado

El Estado establece, promueve y ejecuta las medidas administrativas, legislativas, jurisdiccionales y de cualquier otra índole, necesarias para promover y proteger el pleno ejercicio de los derechos de la persona adulta mayor, con especial atención de aquella que se encuentra en situación de riesgo.”

- **Ley 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad**

“Artículo 5. Rol de la familia

El Estado reconoce el rol de la familia en la inclusión y participación efectiva en la vida social de la persona con discapacidad (...).”

4.2 Legislación Internacional

En el desarrollo de esta sección, la Comisión hará referencia a la siguiente legislación supranacional:

- **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**

“Artículo 23.

1. *La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. (...).”*

- **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

“Artículo 10. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. *Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. (...)*

(...)

3. *Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición (...).”*

- **Convención Americana sobre Derechos Humanos**

“Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

(...)

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

- **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”**

“Artículo 15

Derecho a la Constitución y Protección de la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material.

(...)

Artículo 16

Derecho de la Niñez

Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.

Artículo 17

Protección de los Ancianos

Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. (...)

Artículo 18

Protección de los Minusválidos

Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad.”

- **Convenio sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares**

“Artículo 4

A los efectos de la presente Convención, el término "familiares" se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate.

Artículo 44

- 1. Los Estados Partes, reconociendo que la familia es el grupo básico natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a protección por parte de la sociedad y del Estado, adoptarán las medidas apropiadas para asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio.*
- 2. Los Estados Partes tomarán las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo.*
- 3. Los Estados de empleo, por razones humanitarias, considerarán favorablemente conceder un trato igual al previsto en el párrafo 2 del presente artículo a otros familiares de los trabajadores migratorios.”*

- **Convención sobre los Derechos del Niño**

“Artículo 3

- 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades 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.*
- 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.*

Artículo 9

- 1. Los Estados Partes velarán por que 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.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.”

- **Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores**

“Artículo 12

Derechos de la persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo

(...)

Para garantizar a la persona mayor el goce efectivo de sus derechos humanos en los servicios de cuidado a largo plazo, los Estados Parte se comprometen a:

(...)

c) Establecer un marco regulatorio adecuado para el funcionamiento de los servicios de cuidado a largo plazo que permita evaluar y supervisar la situación de la persona mayor, incluyendo la adopción de medidas para:

(...)

iii. Promover la interacción familiar y social de la persona mayor, teniendo en cuenta a todas las familias y sus relaciones afectivas.

(...)

e) Adoptar medidas adecuadas, cuando corresponda, para que la persona mayor que se encuentre recibiendo servicios de cuidado a largo plazo cuente con servicios de cuidados paliativos que abarquen al paciente, su entorno y su familia.”

4.3. Análisis de la propuesta

a) La migración internacional

Si bien las fronteras de los países se encuentran cada vez más abiertas a la recepción del flujo de capitales y de inversiones, la apertura al libre tránsito de personas tiene, por el contrario, diversas limitaciones establecidas en el derecho interno de los Estados. En ese sentido, por motivos de índole económica, seguridad interna, entre otros, las legislaciones nacionales establecen requisitos y limitaciones para el libre tránsito y residencia de las personas extranjeras. Incluso, en algunos países, se ha llegado a proponer medidas extremas tales como la construcción de muros o determinadas políticas o restricciones que vulneran los derechos humanos de los migrantes y sus familias.

Según cifras de Naciones Unidas al 2015⁴, 244 millones de personas viven fuera de su país de origen, lo cual supone un aumento del 41% respecto del año 2000 en la población migrante, tasa de crecimiento que supera la de aumento de la población mundial. Es así que la migración internacional representa, actualmente, un fenómeno que postula cada vez mayores desafíos para los Estados y la comunidad internacional en su conjunto. En primer lugar, debido a que la migración puede deberse a diversas causas, por lo que puede clasificarse como:

- a) Migración forzada o motivada por causas forzadas, generadas por la necesidad de: i) vivir en una sociedad pacífica, democrática, sin amenazas a la vida, integridad, libertad o propiedad; ii) salir de la pobreza; o, iii) protegerse frente a la ocurrencia de algún tipo de desastre; entre otras.
- b) Migración voluntaria que puede ser de carácter: i) laboral o profesional; ii) educativa; iii) turística; iv) familiar; o, v) el simple deseo de residir en algún lugar distinto del país de origen, entre otros motivos.

En ese sentido, identificar las diversas causas de la migración es el primer paso para establecer adecuadamente las políticas y normas migratorias a nivel nacional, bilateral, multilateral, comunitario e internacional, que garanticen los derechos humanos de los migrantes, sin dejar de reconocer los alcances de la soberanía estatal como principio del Derecho Internacional. Al respecto, el ex Secretario General de las Naciones Unidas sostuvo, en el discurso realizado en el contexto del Diálogo de alto nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo⁵ (2006), que:

“La migración es una valerosa expresión de la voluntad de una persona por superar la adversidad y vivir una vida mejor. En la década pasada, la globalización ha incrementado el número de personas con deseos y capacidad para trasladarse a otros lugares.”

En ese sentido, resalta el hecho de que esta nueva era de movilidad ha creado, para las sociedades de todo el mundo tanto nuevas oportunidades como nuevos problemas y que ha puesto también de manifiesto la estrecha vinculación existente entre la migración internacional y el desarrollo. Ello, debido a que:

“Cada vez hay más gente interesada en la forma en que los migrantes pueden ayudar a transformar sus países de adopción y nativos. Cada vez hay más gente que entiende que los gobiernos pueden ayudar a crear ganancias a tres bandas: para los migrantes, para sus países de origen y para las sociedades que los acogen. (...)”

⁴ <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=34205#.WiGGN1XibIU>

⁵ Discurso realizado ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, que tuvo lugar del 14 y 15 de septiembre de 2006, con motivo del Diálogo de alto nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo.

*En la actualidad hay más países implicados en la migración internacional y que se ven afectados por ella que en ningún otro momento de la historia. **Y ya no es tan fácil establecer una división entre "países de origen" y "países de destino".** En la actualidad, muchos países son ambas cosas. Países que son muy diferentes en otros sentidos se enfrentan sorprendentemente a problemas de migración similares.⁶ (el resaltado es nuestro)*

Asimismo, el ex Secretario de las Naciones Unidas resalta que cada vez hay más evidencias de las ventajas de la migración tanto en materia económica como social y en términos de desarrollo. En ese sentido, en lo que respecta al ámbito económico, los países reciben anualmente una cantidad de inversión y de remesas, como consecuencia de la migración, superior al total de la ayuda internacional recibida. De igual manera, los migrantes pueden aportar conocimiento, experiencia, tecnología, así como inspirar nuevas formas de pensamiento, lo cual contribuye a fortalecer y dinamizar el vínculo entre culturas, economías y sociedades. Por ello, el ex Secretario señala que en algunos países se está comenzando a ver la migración internacional a través del prisma de la oportunidad y no solamente del miedo, por lo que es importante dimensionar adecuadamente los aspectos positivos de la migración.

Al respecto, los Objetivos de Desarrollo Sostenible reconocen la importancia de la migración en el avance de las economías y resalta la necesidad de que se trate de un fenómeno seguro, ordenado y debidamente regulado. Así, en el Objetivo N° 4, sobre Educación de Calidad, la meta 4.b propone la promoción de becas para oportunidades de educación internacional. Por su parte, el Objetivo N° 8, sobre Trabajo Decente y Crecimiento Económico, la meta 8.8 reconoce la necesidad de proteger a los trabajadores migrantes. En el Objetivo N° 10, sobre la Reducción de las Desigualdades, la meta 10.7 promueve una gobernanza de la migración basada en la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas y la meta 10.c, propone la reducción de los costos de las remesas. Finalmente, en el Objetivo N° 17, sobre las Alianzas para lograr los Objetivos, la meta 17.18 propone la generación de datos desglosados por el estatus migratorio.⁷

Respecto de la situación de los migrantes, la Resolución aprobada por la Asamblea General A/RES/54/166 sobre la protección de los migrantes, señala que:

*"Teniendo presente la **situación de vulnerabilidad en que suelen encontrarse los migrantes**, debido, entre otras cosas, a que no viven en sus Estados de origen y a las dificultades que afrontan a causa de diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen a que deben hacer frente los migrantes sin documentación o en situación irregular.*

(...)

⁶ *Ibíd.*

⁷ https://foroalc2030.cepal.org/2017/sites/default/files/oim_y_agenda_2030_en_alc.pdf

1. *Pide a todos los Estados Miembros que, actuando de conformidad con sus respectivos sistemas constitucionales, **promuevan y protejan eficazmente los derechos humanos fundamentales de todos los migrantes**, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los instrumentos internacionales en los que sean partes, en particular los Pactos internacionales de derechos humanos (...)*

4. *Reitera la necesidad de que todos los Estados **protejan plenamente los derechos humanos universalmente reconocidos de los migrantes, en particular de las mujeres y los niños, independientemente de su situación jurídica, y que los traten con humanidad**, sobre todo en lo relativo a la asistencia y la protección, incluso aplicando las medidas previstas en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares respecto al derecho a recibir asistencia consular del país de origen.*⁸ (el resaltado es nuestro)

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en el caso *Vélez Loor v. Panamá*⁹, 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.”* (el resaltado es nuestro)

Al respecto, es importante resaltar que uno de los problemas que genera la migración internacional es la separación o división de la familia, lo cual se genera cuando uno o varios de los miembros de la misma deciden o se ven forzados a dejar su país de origen. Por ello, un desafío de la legislación interna de los Estados es lograr una regulación adecuada y garantista de los aspectos relativos a la protección de la familia en el contexto de la migración internacional.

b) La migración en la normativa peruana

En el Perú, la migración internacional ha devenido en uno de los fenómenos más recurrentes puesto que, alrededor de 3 millones de peruanos radican en el exterior (10% de la población total del Perú) y más de 100 mil extranjeros/as residen actualmente en el país. Como señala la Defensoría del Pueblo, “[e]llo plantea

⁸ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución A/RES/54/166, del 24 de febrero de 2000.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Vélez Loor v. Panamá*, sentencia del 23 de noviembre de 2010.

diversos retos para las políticas públicas encaminadas a fortalecer el esfuerzo del Estado y facilitar el avance hacia el diseño de una política migratoria integral que se convierta en un instrumento para el desarrollo del país y el bienestar de los/las [in]migrantes.”¹⁰

Pese a ello, el Estado peruano careció de una política migratoria efectiva y de una normativa que regulara de manera integral las migraciones en el Perú y que atendiera adecuadamente las necesidades de los migrantes.¹¹ Precisamente, uno de los problemas residía en que la legislación migratoria existente no garantizaba de manera adecuada la protección de la unidad migratoria familiar. Es recién a partir del año 1991 que se aprueba el Decreto Legislativo 703, Ley de Extranjería, el cual fuera luego modificado por el Decreto Legislativo 1043, Decreto Legislativo que modifica la Ley de Extranjería, en el cual se desarrollan las situaciones migratorias con más detalle, así como el ingreso, permanencia, residencia, salida, reingreso y control de extranjeros. Por consiguiente, a partir de esta norma se cuenta con un marco normativo que regule las distintas situaciones migratorias y una autoridad migratoria que permita monitorear las diferentes actividades que realizaban los extranjeros en el Perú. Respecto de la unidad migratoria familiar, el entonces vigente (actualmente derogado) artículo 4 del Decreto Legislativo N° 703, establecía lo siguiente:

“Artículo 4. *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.”* (el resaltado es nuestro)

Sin embargo, una de las dificultades respecto de esta norma es que no llegó a ser reglamentada sino que solamente a través del Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de Migraciones y sus directivas internas, se establecieron los trámites, procedimientos y servicios migratorios correspondientes.¹² Al respecto, debe señalarse que estas directivas eran, por lo general, aplicadas de acuerdo a la discrecionalidad del funcionario que se encontraba a cargo, lo cual generaba incertidumbre y, con ello, la posibilidad de que se vulneren los derechos del extranjero y de la unidad migratoria familiar en los diferentes procedimientos administrativos.¹³

Al respecto, el Tribunal Constitucional sostiene que el Decreto Legislativo 703 no establecía un *íter* procedimental que especifique las garantías mínimas del debido procedimiento de los migrantes en situación irregular.¹⁴ Esta desregulación fue

¹⁰ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Tratamiento de las personas extranjeras en el Perú. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo. Series Informes de Adjuntía. Informe N° 009-2014-DP/ADHPD. p. 9

¹¹ HIXSON ARAUJO.ALVAREZ, Frank y Pamela DULANTO PANIAGUA. A propósito del Decreto Legislativo N° 1236 - Nueva Ley Migratoria. p. 342. En: Revista Derecho & Sociedad, N° 46, Lima, 2016.

¹² *Ibíd.* p. 343

¹³ *Ibíd.* p. 343

¹⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el Expediente N° 02744-2015-PATC.

también advertida por la Defensoría del Pueblo, la cual recomendó al Poder Ejecutivo actualizar la normativa migratoria.¹⁵ Es así que, el Decreto Legislativo 1236, el cual contiene la Nueva Ley Migratoria (en adelante, el “Decreto Legislativo 1236”) representó un significativo avance respecto de la normativa precedente, en tanto se trató de la primera legislación integral en materia de migraciones. Sin embargo, esta norma presentaba también algunos vacíos, complejidades y contradicciones que suponían espacios de vulneración a los derechos de las personas extranjeras en el Perú, sobre todo en lo relativo al procedimiento administrativo migratorio y al esquema de calidades y sub-calidades migratorias establecidos en el referido decreto legislativo.¹⁶

Por consiguiente, la dación del Decreto Legislativo 1350, según lo prevé su Exposición de Motivos, tenía la finalidad de eliminar aquellos vacíos y dificultades que presentaba la norma anterior y así facilitar a los ciudadanos extranjeros una mejor comprensión de los trámites migratorios. Ello, en la medida que, en virtud de este decreto legislativo, se establece una estructura más ordenada y se simplifican las calidades migratorias previstas en el Decreto Legislativo 1236. Asimismo, mediante el Reglamento del referido decreto legislativo, aprobado mediante Decreto Supremo 007-2017-IN, se desarrolla la regulación de los trámites y procedimientos administrativos relativos a la migración.

c) La unidad migratoria familiar

El artículo V del Título Preliminar del Decreto Legislativo 1350 reconoce el principio de unidad migratoria familiar de la siguiente manera:

“Artículo V. Principio de unidad migratoria familiar

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

En virtud de ello, el artículo 38 establece que, para efectos de la unidad migratoria, el núcleo familiar del nacional o extranjero que solicite reunificación familiar, está conformado por las siguientes personas:

- El o la cónyuge o la persona integrante de la unión de hecho, de acuerdo a lo previsto en el Código Civil.
- El hijo o hija menor de edad.
- 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.
- 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.

¹⁵ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 146 sobre Migraciones y Derechos Humanos “Supervisión de las políticas de protección de los derechos de los peruanos migrantes”. 2009.

¹⁶ Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1350, Decreto Legislativo de Migraciones.

- El hijo o hija menor de edad de él o la cónyuge o del integrante de la unión de hecho en el extranjero.
- 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.
- El ascendiente en primer grado.
- El ascendiente en primer grado del cónyuge o del integrante de la unión de hecho

Es decir, el artículo 38 establece la lista de personas que pueden ser reagrupadas, en la medida que son consideradas parte del núcleo familiar. Un aspecto a resaltar reside en que en el Decreto Legislativo 1350 se incluye a la pareja de hecho como integrantes del núcleo familiar.¹⁷ Al respecto, el Reglamento del Decreto Legislativo 1350, el Decreto Supremo 007-2017-IN, contiene normas que protegen el derecho a vivir en familia en tanto contempla procedimientos más sencillos y con criterios más amplios para comprender los diversos tipos de casos que se pueden presentar.¹⁸

En ese sentido, el artículo 37 del Decreto Legislativo contempla la posibilidad de la reunificación familiar tanto para la persona nacional como la persona extranjera en los siguientes términos:

“Artículo 37. De la Reunificación Familiar

*37.1 El nacional que tenga **vínculo familiar** con extranjero o extranjera, puede solicitar ante MIGRACIONES y el Ministerio de Relaciones Exteriores según corresponda, la calidad migratoria de residente de cualquiera de los integrantes de su **núcleo familiar**. Lo dispuesto también le asiste al extranjero para solicitar la **reagrupación familiar** en las situaciones previstas en el Reglamento.
(...) (el resaltado es nuestro)*

Asimismo, el referido Reglamento establece lo siguiente respecto de la reunificación familiar:

Artículo 219. Medidas especiales en casos excepcionales

*MIGRACIONES puede, de manera motivada, expedir permisos temporales de permanencia y hacer el cambio a calidad migratoria a Especial para la permanencia o residencia en el territorio nacional **a favor de las personas extranjeras en estado de vulnerabilidad; por reunificación familiar; en interés superior de la niña, niño y adolescente;** o en protección de otros derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política y en los tratados y convenios internacionales de los cuales el Perú es parte.” (el resaltado es nuestro)*

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ *Ibíd.*

Al respecto, la Corte IDH señala expresamente que:

*“272. Además, es pertinente recordar que la familia a la que toda niña y niño tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, incluyendo a los familiares más cercanos, la cual debe brindar la protección a la niña y al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado. No obstante, la Corte recuerda que **no existe un modelo único de familia**. Por ello, la definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, **pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos**, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la **familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales**. Además, en muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos. Más aun, en el contexto migratorio, **los “lazos familiares” pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes, máxime cuando, en lo que respecta a niñas y niños, no han contado o convivido con sus padres en tales procesos. Es por ello que el Estado tiene la obligación de determinar en cada caso la constitución del núcleo familiar de la niña o del niño.”** (el resaltado y subrayado es nuestro)*

Por tal motivo, la Corte IDH señala que el Estado tiene la obligación de determinar, caso por caso, la constitución del núcleo familiar del menor. Asimismo, la Corte IDH menciona que el Comité de los Derechos del Niño ha sostenido que el término familia debe ser interpretado en un sentido amplio de tal manera que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la **familia ampliada**, según establezca la costumbre local y que las previsiones del artículo 9 relativo a la separación de los niños de sus progenitores, es aplicable “a cualquier persona que tenga el **derecho de custodia, los tutores legales o habituales, los padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha**”.¹⁹

Es importante precisar que el principio general de respeto de la dignidad de la persona humana y al desarrollo de su personalidad en conexidad con la organización social familiar, se encuentra reconocido en el Derecho internacional de los derechos humanos.²⁰ Así, el principio del carácter fundamental de protección de la familia coexiste con el de la existencia de diversos modelos de familia, además del modelo de familia tradicional.²¹ En ese sentido, es importante analizar lo establecido por el Tribunal Constitucional, el cual establece, en el caso *Shols Pérez*²², que:

¹⁹ *Ibíd.* Párrafo 272.

²⁰ CANDELA SÁNCHEZ, César Lincoln. Los derechos fundamentales de la minoridad frente al desplazamiento internacional de niños, niñas y adolescentes: Bases para la intervención del Derecho Internacional Privado tuitivo de la familia. p. 178 En: THEMIS, N° 63, Lima, 2013.

²¹ *Ibíd.* p. 178

²² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el Expediente N° 09332-2006-PA/TC, del 6 de febrero de 2008.

*“7. Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que 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**, conformada **alrededor de la figura del pater familias**. 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 **monoparentales** o las que en doctrina se han denominado **familias reconstituidas**.” (el resaltado es nuestro)*

De esta manera, estas nuevas estructuras de familia necesitan igualmente de una protección por parte del Estado, en el contexto de las migraciones, razón por la cual corresponde que la autoridad migratoria pueda tener en cuenta estos vínculos familiares adicionales a los adquiridos por consanguinidad, afinidad y adopción, en tanto sean debidamente acreditados y en la medida que con ello se garantice la protección de la unidad familiar, sobre todo para efectos de la protección de los niños y adolescentes y de las personas con discapacidad. Al respecto, se concuerda con el criterio de Migraciones en cuanto a que la protección es para el vínculo familiar más estrecho, pero es importante poder considerar aquellos casos en los que este vínculo está conformado por personas que distintas de las previstas en el artículo 38 del Decreto Legislativo 1350.

d) Personas en situación de vulnerabilidad

Si bien el Estado tiene el deber de proporcionar igual protección ante la ley, la Constitución reconoce una protección especial a las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad. Así, en el artículo 4 de la Constitución de 1993, se establece lo siguiente:

“Artículo 4. Protección a la familia. Promoción del matrimonio

*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. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.” (el resaltado es nuestro)*

Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano, en la sentencia recaída en el Expediente N° 0050-2004-AI y acumulados, señala lo siguiente:

“Así pues, no es posible olvidar que si la economía social implica, entre otros factores, una racionalización del gasto público en la legislación social en favor de los más desamparados (ancianos, enfermos, niños y minusválidos, como en cierta forma lo reconoce el artículo 4 de la Constitución), no será facultad, sino

*deber del Estado, remover todos los obstáculos jurídico-constitucionales que impiden efectivizar dichas medidas.*²³

Por ello, en virtud de lo sostenido por el Tribunal Constitucional, el artículo 4 de la Constitución reconoce la existencia de un principio de protección especial a los grupos vulnerables. En efecto, el principio subyacente en dicho artículo de la Constitución consiste en la protección de personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad. En relación con ello, el razonamiento del Tribunal Constitucional consiste en que no será facultad, sino deber del Estado, remover todos los obstáculos jurídico-constitucionales que impiden efectivizar las medidas de protección a los grupos vulnerables. Así, en virtud de lo que sostiene el Tribunal Constitucional, los diversos poderes y órganos del Estado tienen la obligación de que su accionar esté orientado a suprimir o despejar cualquier obstáculo que no permita el cumplimiento de este principio de protección especial.

En esa línea, el Decreto Legislativo 1350 reconoce una protección especial a las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad. Ello, sin perjuicio del hecho que, de por sí, los migrantes en situación irregular son considerados *per se* un grupo vulnerable. Al respecto, el artículo 11 del Decreto Legislativo prevé lo siguiente respecto de las personas extranjeras en situación de vulnerabilidad:

“Artículo 11. Personas extranjeras en situación de vulnerabilidad

11.1 MIGRACIONES y el Ministerio de Relaciones Exteriores ponen en conocimiento de las autoridades competentes las **situaciones de vulnerabilidad en que se encuentren las personas migrantes, para la adopción de las acciones administrativas o jurisdiccionales que correspondan para la protección de sus derechos, en particular las referidas a niños, niñas y adolescentes, adulto mayor, personas con discapacidad, o que pertenecen a un pueblo indígena víctima de trata de personas y tráfico de migrantes, víctimas de violencia familiar y sexual, y quienes requieren protección en atención a una grave amenaza o afectación a sus derechos fundamentales.**

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.” (el resaltado es nuestro)

Por su parte, artículo 227 del Reglamento del Decreto Legislativo 1350 señala cuáles son los supuestos de situaciones de vulnerabilidad para efectos migratorios:

“Artículo 227. Supuestos de situaciones de vulnerabilidad

- a) Víctimas de violencia familiar y sexual
- b) Víctimas de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes
- c) Situación migratoria irregular
- d) Sustracción internacional de niñas, niños y adolescentes

²³ Fundamento Jurídico 44.

- e) *Personas privadas de la libertad*
- f) *Personas con discapacidad*
- g) *Niñas, niños y adolescentes*
- h) *Personas con grave enfermedad*
- i) *Adultos mayores*
- j) *Personas pertenecientes a pueblos indígenas y tribales*
- k) *Personas en situación de pobreza y extrema pobreza*
- l) *Desplazados forzados*
- m) *Personas que sufren discriminación*
- n) *Niñas, niños y adolescentes no acompañados*
- o) *Mujeres embarazadas*
- p) *Población LGTBI*
- q) *Otros que requieren protección en atención a una afectación o grave amenaza a sus derechos fundamentales.”*

En consecuencia, la reciente legislación migratoria representa un avance significativo en materia de protección de los derechos humanos de los migrantes, a partir de los estándares internacionales reconocidos sobre la materia.

e) La expulsión como sanción en la legislación migratoria

El Decreto Legislativo 1350 establece como sanciones administrativas la multa, la salida obligatoria y la expulsión. La multa se define en el referido decreto como la sanción de carácter pecuniario cuyo monto se establece sobre la base del valor de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) y dentro de los límites mínimos y máximos establecidos para cada tipo de infracción. Por su parte, la salida obligatoria se define como aquella sanción que determina que el extranjero abandone el territorio nacional y conlleva el impedimento de ingreso al territorio nacional hasta por el plazo de cinco años.

La expulsión es la sanción administrativa que tiene como consecuencia que el extranjero abandone el territorio nacional y que no pueda regresar al mismo por un período determinado o incluso de manera permanente. El artículo 54 del Decreto Legislativo 1350 establece lo siguiente respecto de la sanción de expulsión:

“Artículo 54. Sanciones aplicables a los administrados

Las sanciones administrativas que puede imponer MIGRACIONES son:

(...)

*c. Expulsión: Determina que el extranjero abandone el territorio nacional, y conlleva el impedimento de reingreso al Perú **hasta por el plazo de quince (15) años**, contados desde el día que efectúe su control migratorio de salida del país. El reingreso está condicionado al pago de la multa respectiva.”* (el resaltado es nuestro)

Así, la expulsión es la sanción administrativa más gravosa, la cual es aplicable, según lo establece el artículo 58 del referido decreto legislativo, en los siguientes casos:

“Artículo 58. Expulsión

58.1. Serán expulsados los extranjeros que estén incurso en los siguientes supuestos:

- a. Realizar trámites migratorios mediante la presentación de documentación falsa o haber proporcionado datos o información falsa.
- b. Por reincidencia en cualquiera de los supuestos de salida obligatoria previstos en el artículo 57 del presente Decreto Legislativo.²⁴
- c. No cumplir con la salida obligatoria impuesta conforme al presente Decreto Legislativo.
- d. Por encontrarse en situación migratoria irregular por ingresar al país sin realizar el control migratorio, pese a tener impedimento de ingreso por salida obligatoria vigente.
- e. Por atentar contra el patrimonio cultural de la Nación.
- f. Realizar actividades que atenten contra el orden público, el orden interno o la seguridad nacional.
- g. Por mandato del Poder Judicial.
- h. Al obtener la libertad luego de cumplir condena dispuesta por tribunal peruano.”

En el Perú, el Decreto Legislativo 1236, Nueva Ley Migratoria (en adelante, el “Decreto Legislativo 1236”), que fuera derogado por el Decreto Legislativo 1350 establecía en el artículo 82, la sanción de expulsión se determinaba de la siguiente manera:

“Artículo 82. Tipos de sanción

Las sanciones administrativas que se pueden imponer al administrado son:
(...)

82.3. **Expulsión:** La expulsión obliga al extranjero a abandonar el territorio nacional dentro del plazo que se fije en el Reglamento, y conlleva el impedimento de ingreso al territorio nacional por el plazo de **diez (10) años**, contados a partir de la salida del país.” (el resaltado es nuestro)

²⁴ Artículo 57. Salida obligatoria del país

57.1. Son situaciones pasibles de disponer la salida obligatoria del país de los extranjeros, las siguientes:

- a. Por encontrarse en situación migratoria irregular por ingresar al país sin realizar el control migratorio y no haber solicitado su regularización.
- b. Por encontrarse en situación migratoria irregular por exceder el tiempo de permanencia otorgado y no haber solicitado su regularización en el plazo fijado por el reglamento.
- c. Por incumplir o contravenir las normas imperativas en materia de salud pública.
- d. Por haber sido sancionado por conducta infractora grave o muy grave en materia ambiental, por la autoridad competente.

57.2. Para determinar la aplicación del impedimento de reingreso al país y el plazo del mismo, MIGRACIONES tomará en cuenta, indistintamente, los medios de vida o recursos que garanticen la subsistencia de la persona; el arraigo familiar y las circunstancias que motivaron la salida obligatoria.

En ese sentido, el Decreto Legislativo 1236 establecía un plazo menor de impedimento de retorno de diez (10) años en el caso de la sanción administrativa de la expulsión. Asimismo, estipulaba, en relación con el principio de unidad familiar e interés superior del niño, lo siguiente:

“Artículo 89. Formalización y ejecución de las sanciones migratorias

(...)

89.2. La autoridad migratoria en aplicación de los principios de unidad familiar e interés superior del niño y adolescente, puede suspender la ejecución de la sanción de salida obligatoria, cancelación y expulsión, 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. (...)” (el resaltado es nuestro)

De esta manera, en la norma anterior se consideraba como un criterio a ser evaluado en el contexto de las sanciones administrativas de la salida obligatoria, la cancelación y la expulsión, los casos en los que se compruebe un evidente e inminente riesgo de vulneración del principio de unidad familiar y del interés superior del niño y adolescente. Sin embargo, el Decreto Legislativo 1350 lo restringe solamente al supuesto de la salida obligatoria:

“Artículo 64. Formalización y ejecución de las sanciones migratorias

(...)

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.” (el resaltado es nuestro)

Sin embargo, el Reglamento del Decreto Legislativo 1350, Decreto Supremo 007-2017-IN, sí prevé la necesidad de tomar en cuenta la protección de la unidad familiar en los diferentes procedimientos de sanciones. Así, el numeral 2 del artículo 185 del mismo, reconoce la aplicación de los principios de unidad migratoria familiar y de interés superior del niño en el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa en materia migratoria:

“Artículo 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.*” (el resaltado es nuestro)

Por ello, es necesario que se vuelva a incorporar en el artículo 64, como lo hacía el artículo 89 del Decreto Legislativo 1236, que también puede suspenderse la ejecución de la sanción de expulsión en aquellos casos en los que se compruebe un evidente e inminente riesgo de vulneración al principio de unidad familiar y al interés superior del niño y adolescente. Más aun teniendo en cuenta que, de no estar previsto expresamente en la norma legal, la autoridad administrativa, al regirse por el principio de legalidad, tendría dificultad para determinar que los criterios o principios aplicables a la sanción de salida obligatoria son también extensibles a la sanción de expulsión.

Al respecto, es importante señalar que la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante, la CEDH) ha reconocido como requisitos para evaluar la procedencia de una medida de expulsión, los principios de necesidad y proporcionalidad. En este sentido, la CEDH señala que los Estados tienen autonomía para expulsar de su territorio a los no nacionales que hayan cometido un crimen. No obstante, tal decisión debe estar conforme con la ley y debe ser proporcional al fin legítimo que se busca lograr con la misma. En este contexto, la Corte EDH cita la Recomendación 1504 (2001) del Consejo Europeo referida a la **no expulsión de los migrantes que hubiese permanecido en el territorio por un largo periodo**.

Asimismo, en palabras del ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antonio Cancado Trindade: *“los Estados partes en esta temática ya no tienen una discreción total para expulsar de su territorio a los extranjeros que hayan establecido un “genuine link” con el país”*. Por ello, la autoridad migratoria tiene una **facultad discrecional pero reglada**, en la medida que la misma debe tomar en cuenta los criterios y principios establecidos en la norma.

En el sistema interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la “Corte IDH”), en la Opinión Consultiva 21 del año 2014²⁵, señala que el artículo 17 de la Convención Americana y el artículo VI de la Declaración Americana, reconocen el derecho de protección a la familia como elemento fundamental de la sociedad²⁶. Asimismo, señala que el artículo 11.2 de la Convención Americana reconoce el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o abusivas en la vida de familia o “vida familiar”, lo cual forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia.²⁷

²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva 21/14, sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

²⁶ *Ibíd.* Párrafo 92.

²⁷ *Ibíd.* Párrafo 264.

Es así que la Corte IDH resalta que la Convención sobre los Derechos del Niño prevé, como parte del régimen de protección integral de los niños, la obligación de **prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar**. En el caso del procedimiento de expulsión en el contexto de las migraciones, la Corte IDH entiende esta sanción como cualquier decisión, orden, acto o procedimiento ante el órgano administrativo o judicial competente, independientemente de la denominación que reciba en la legislación nacional, relacionado con la salida obligatoria de una persona del Estado receptor que tiene como consecuencia que ésta efectivamente abandone el territorio de dicho Estado o sea trasladada fuera de las fronteras del mismo (por ello, aplica también a los supuestos de deportación previstos en determinadas legislaciones nacionales).²⁸

En ese sentido, como señala la Corte IDH **el derecho a la vida familiar de los niños per se no supera la facultad de los Estados de implementar las propias políticas migratorias en consonancia con los derechos humanos**, en el marco de los procedimientos relativos a una expulsión de uno o ambos progenitores. **En tal medida, el Estado tiene la obligación de realizar una ponderación entre la protección de la unidad familiar, el interés superior del niño y otros intereses estatales legítimos**. En ese sentido, le corresponde 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 del niño. Así, según sostiene la Corte IDH:

*“275. Por consiguiente, es posible identificar que surgen **dos intereses conflictivos** en los casos en que debe adoptarse una decisión respecto a la eventual expulsión de uno o ambos progenitores: (a) la **facultad del Estado implicado de implementar su propia política migratoria** para alcanzar fines legítimos que procuren el bienestar general y la vigencia de los derechos humanos, y (b) **el derecho de la niña o del niño a la protección de la familia** y, en particular, al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible. ...A fin de sopesar los intereses en conflicto, **es necesario evaluar la medida**; esté prevista en ley y cumpla con los requisitos de (a) **idoneidad**, (b) **necesidad** y (c) **proporcionalidad**, es decir, debe ser necesaria en una sociedad democrática.”²⁹ (el resaltado es nuestro)*

Con tal propósito, sostiene la Corte IDH que el Estado deberá evaluar las siguientes circunstancias particulares de las personas concernidas, entre las cuales menciona:

- La historia inmigratoria, el plazo temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor.
- La consideración sobre la nacionalidad y residencia de los hijos de la persona que se pretende expulsar.

²⁸ *Ibíd.* Párrafo 269.

²⁹ *Ibíd.* Párrafo 275.

- El alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive el niño, así como el tiempo que ha permanecido en esta unidad familiar, y
- El alcance de la perturbación en la vida diaria del niño si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona a cargo del niño, de forma tal que se pondere estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior del niño en relación con el interés público imperativo que se busca proteger.

Asimismo, la Corte IDH señala que en aquellos supuestos en que el niño tiene derecho a la nacionalidad (originaria, por naturalización o por cualquier otra causa establecida en la legislación interna) del país del cual uno o ambos progenitores pueden ser expulsados a raíz de una situación migratoria irregular, o bien cumple con las condiciones legales para residir permanentemente allí, el niño debe conservar el derecho a seguir disfrutando de su vida familiar en el referido país y, como componente de ello, el disfrute mutuo de la convivencia con sus padres.³⁰

*“13. Cualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación 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...**”.*³¹

Por ello, la Corte IDH considera que la ruptura de la unidad familiar a través de la expulsión de uno o ambos progenitores por infracciones migratorias resulta desproporcionada en estos supuestos, pues la restricción del derecho a la vida familiar puede generar serias repercusiones en la vida y el desarrollo del niño, por lo que aparece como irrazonable o desmedido frente a las ventajas que se obtienen con la salida obligatoria o expulsión del progenitor o progenitores con motivo de la comisión de infracciones administrativas.

En consecuencia, la Corte IDH estima esencial que, al realizar tal evaluación, los Estados aseguren el derecho de los niños de tener la oportunidad de ser oídos en función de su edad y madurez y que su opinión sea debidamente tenida en cuenta

³⁰ *Ibíd.* Párrafo 280.

³¹ *Ibíd.* Fundamento 13.

en aquellos procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la expulsión de sus progenitores.

Debe tenerse en cuenta, además, que tal como lo sostiene el Artículo VII del Título Preliminar del Decreto Legislativo 1350, la migración irregular no constituye una infracción de carácter penal sino administrativo:

“Artículo VII.- Principio de no criminalización de la migración irregular
El Estado formula y ejecuta su política migratoria bajo el principio de no criminalización de la migración irregular.” (el resaltado es nuestro)

Por lo tanto, es necesario que el Decreto Legislativo 1350, sin dejar de reconocer la facultad que tiene el Estado de decidir en qué casos procede efectivamente la ejecución de la sanción administrativa de expulsión, incorpore algunos criterios adicionales que sirvan para que la autoridad migratoria, en ejercicio de dicha facultad, pueda resolver adecuadamente teniendo en cuenta los estándares internacionales en materia de protección de derechos humanos, así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de migraciones.

4.4. Propuesta con Texto Sustitutorio

La Comisión considera, conforme al análisis realizado, que la propuesta está debidamente fundamentada. Sin embargo, es necesario proponer un texto sustitutorio de la fórmula legal comenzando por el nombre de la norma, el cual, de acuerdo a nuestro Manual de Técnica Legislativa, debe precisar las normas a modificar. Por tal motivo, la Comisión propone con título sustitutorio: **“Ley que modifica el Decreto Legislativo 1350, Decreto Legislativo de Migraciones, con la finalidad de proteger la unidad familiar”.**

En ese sentido, la Comisión añade las siguientes precisiones en la fórmula legislativa:

- Respecto del Artículo V del Título Preliminar del Decreto Legislativo, se añade que el Estado protege especialmente las relaciones familiares de las personas en situación de vulnerabilidad, sin precisar cuáles son estos grupos, a fin de no limitar o restringir los supuestos de aplicación de la norma. Más aun teniendo en cuenta que tanto el Decreto Legislativo 1350 como el artículo 227 de su Reglamento proporcionan una relación de los grupos vulnerables.
- En el artículo 38 sobre la Unidad Migratoria Familiar, se añade el numeral 38.2. el cual establece que la autoridad puede considerar como integrantes del núcleo familiar a otros parientes por consanguinidad, afinidad - sin establecer los límites propuestos en el proyecto de ley - siempre que las circunstancias del caso lo justifiquen, en aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

- En el inciso b del Artículo 64 sobre la formalización y ejecución de las sanciones migratorias, se incluye que las disposiciones del referido artículo son también aplicables a la sanción administrativa de la expulsión. Ello permitirá que exista concordancia entre el Decreto Legislativo y su Reglamento y que se cumpla con los estándares establecidos tanto por el sistema universal como por el sistema interamericano de derechos humanos.
- Finalmente, en una Disposición Complementaria Final se establece la adecuación del Reglamento del Decreto Legislativo 1350 en un plazo de treinta días, a cargo del Ministerio del Interior.

V. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

El análisis costo beneficio sirve como método de análisis 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 de la misma.

La propuesta contenida en el proyecto de ley no representa un incremento de gasto al erario nacional en la medida que solamente tiene por objeto establecer un criterio a ser considerado por la autoridad migratoria en el ejercicio de su potestad administrativa sancionadora, a fin de garantizar la protección de los derechos humanos de los migrantes y de sus familias, a partir de los estándares internacionales sobre la materia.

Finalmente debemos señalar que el grupo social que será beneficiado es el migrante que de conformidad con el ordenamiento internacional y nacional tiene el derecho a procurarse la unidad familiar en tanto respeten las normas de carácter interno nacional.

VI. CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, la Comisión de Defensa Nacional, Orden Interno, Desarrollo Alternativo y Lucha contra las Drogas recomienda, de conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 70 del Reglamento del Congreso de la República, propone la **APROBACIÓN** con **TEXTO SUSTITUTORIO** del dictamen recaído en el Proyecto de **Ley 1618/2016-CR, “LEY QUE MODIFICA EL DECRETO LEGISLATIVO 1350, DECRETO LEGISLATIVO DE MIGRACIONES, CON LA FINALIDAD DE PROTEGER LA UNIDAD FAMILIAR”.**

El Congreso de la República.

Ha dado la Ley siguiente:

FÓRMULA LEGAL CON TEXTO SUSTITUTORIO

LEY QUE MODIFICA EL DECRETO LEGISLATIVO 1350, DECRETO LEGISLATIVO DE MIGRACIONES, CON LA FINALIDAD DE PROTEGER LA UNIDAD FAMILIAR

Artículo 1. Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto proteger las relaciones familiares en el contexto de la migración en el país, en aplicación del principio de unidad familiar y, especialmente, de los niños, adolescentes y personas con discapacidad.

Artículo 2. Modificación del Artículo V del Título Preliminar; así como los artículos 38 y 64 Decreto Legislativo 1350, Decreto Legislativo de Migraciones

Modifícase el Artículo V del Título Preliminar; así se incluye el numeral 38.2 en el artículo 38 y se modifica el inciso b del artículo 64 del Decreto Legislativo 1350, Decreto Legislativo de Migraciones:

“Artículo V. Principio de unidad migratoria familiar

El Estado garantiza y vela por la unidad familiar de los extranjeros y nacionales, especialmente de las personas en situación de vulnerabilidad.

Artículo 38. Unidad Migratoria Familiar

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

(...)

38.2. MIGRACIONES, *a fin de garantizar la unidad migratoria y el interés superior del niño, puede considerar como integrantes del núcleo familiar a otros parientes por consanguinidad o afinidad, o a personas con vínculo familiar distinto, debidamente acreditado, si las circunstancias particulares del caso lo justifican y en aplicación del principio de razonabilidad.*

Artículo 64. Formalización y ejecución de las sanciones migratorias

(...)

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 o de expulsión, 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.



COMISIÓN DEFENSA NACIONAL, ORDEN INTERNO,
DESARROLLO ALTERNATIVO Y LUCHA CONTRA LAS
DROGAS

(...).”

DICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY 1618/2016-CR,
CON TEXTO SUSTITUTORIO “LEY QUE MODIFICA EL DECRETO
LEGISLATIVO 1350, DECRETO LEGISLATIVO DE
MIGRACIONES, CON LA FINALIDAD DE PROTEGER LA UNIDAD
FAMILIAR”.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

Única. Adecuación del Reglamento

El Ministerio del Interior en un plazo de plazo de treinta días adecuara el Reglamento del Decreto Legislativo 1350, Decreto Legislativo de Migraciones, Decreto Supremo 007-2017-IN, a lo establecido en la presente norma.

Dese cuenta
Sala de sesiones

Lima, **abril** de 2018.