



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04728-2015-PHC/TC

LIMA

REYNIER NIEVES HERNÁNDEZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, al primer día del mes de octubre de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión de Pleno Administrativo del 27 de febrero de 2018. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini y Ledesma Narváez, y los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada y Ferrero Costa.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jesús Guillermo Chang Martínez, a favor de don Reynier Nieves Hernández, contra la resolución de fojas 252, de fecha 18 de febrero de 2015, expedida por la Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de Vacaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de *habeas corpus*.

ANTECEDENTES

Con fecha 13 de julio de 2014, don Jesús Guillermo Chang Martínez interpone demanda de *habeas corpus* a favor de don Reynier Nieves Hernández y la dirige contra la superintendente nacional de migraciones, doña Rosa Marcela Prieto Gómez, y contra el Ministro del Interior de la República del Perú. Solicita que se deje sin efecto la disposición de expulsión e impedimento de ingreso al país del beneficiario contenida en la Resolución Ministerial 0403-2014-IN/MIGRACIONES, de fecha 25 de marzo de 2014. Alega la vulneración del derecho a la libertad de tránsito y a la debida motivación de las resoluciones.

Al respecto, sostiene que mediante la resolución ministerial en cuestión se dispuso la expulsión del territorio nacional de don Reynier Nieves Hernández, de nacionalidad cubana, y el impedimento de ingresar al territorio nacional, lo cual constituye una medida arbitraria y desproporcionada, toda vez que no existe mandato judicial que disponga tal medida, ni el favorecido ha cometido ilícito alguno de carácter penal que conlleve a una sanción contemplada en el Reglamento de la Ley de Extranjería. De igual forma, señala que la conducta que se le atribuye al beneficiario no se enmarca dentro de alguna de las causales de prohibición e impedimento de ingreso al país contenidas en la Ley de Extranjería (Decreto Legislativo 703, modificado por el Decreto Legislativo 1043, vigentes al momento del hecho materia de la presente demanda de *habeas corpus*).

El accionante refiere que el favorecido ingresó al Perú el día 16 de marzo de 2011 por la localidad de Aguas Verdes, ubicada en la frontera norte del país, sin registrar su ingreso ante la autoridad migratoria. Añade que este contrajo matrimonio con la ciudadana peruana Margarita Lucía Rodríguez Ochante de Nieves y que es padre de la menor de edad R. I. N. R., de nacionalidad peruana. No obstante, con fecha 21 de mayo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04728-2015-PHC/TC

LIMA

REYNIER NIEVES HERNÁNDEZ

de 2014, fue expulsado con impedimento de ingreso al país por ingreso clandestino, de conformidad con lo dispuesto en la resolución ministerial que se cuestiona, sin tener en consideración que no cuenta con antecedentes penales ni policiales, que no padece enfermedad contagiosa, ni lo referente a su arraigo familiar. Así también, señala que el favorecido, con fecha 21 de mayo de 2014, fue detenido cuando acudió ante una notificación de la Policía Nacional del Perú, División de Extranjería, para tomar conocimiento del resultado del recurso de reconsideración que presentó contra la Resolución Ministerial 403-2014, el que fue desestimado por Resolución Ministerial 537-2014, y fue expulsado del país el 22 de mayo de 2014.

Doña Rosa Marcela Prieto Gómez, mediante su declaración explicativa, manifestó que no tuvo participación en el procedimiento sancionador que se aplicó al favorecido, toda vez que asumió funciones como superintendente nacional de migraciones el día 5 de abril de 2014, y la resolución ministerial de expulsión fue emitida el 25 de marzo de 2014. Señala que únicamente se limitó a expedir las órdenes de salida 1145 y 1810, de fecha 7 de abril de 2014 y 21 de mayo de 2014 respectivamente (documentos que no determinan la situación migratoria de las personas), con base en lo dispuesto en la resolución ministerial que se cuestiona (ver página 115).

El procurador público a cargo de los asuntos jurídicos del Ministerio de Interior, contestar la demanda, solicitó que esta fuera declarada improcedente o infundada, ya que no se vulneraron los derechos alegados por el demandante, en razón de que este tuvo pleno conocimiento del procedimiento administrativo instaurado en su contra del cual derivó la resolución ministerial que dispuso su expulsión del país (ver página 118).

El Vigésimo Noveno Juzgado Penal de Lima, mediante sentencia de fecha 23 de setiembre de 2014, declaró infundada la demanda. Consideró que la resolución ministerial que se cuestiona se encuentra debidamente motivada, ya que en ella se expresan las razones que justifican la decisión adoptada. En ese sentido, señala que la expulsión del país de don Reynier Nieves Hernández no fue una medida arbitraria, ya que se sustentó en la aplicación de las normas internas para tal efecto.

A su turno, la recurrida, mediante Resolución 042, de fecha 18 de febrero de 2015, confirmó la apelada por similares fundamentos.

En el recurso de agravio constitucional se reiteran los fundamentos de la demanda.

FUNDAMENTOS

Petitorio

1. El objeto de la demanda es que se declare la nulidad de la Resolución Ministerial 0403-2014-IN/MIGRACIONES, de fecha 25 de marzo de 2014, que dispone la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04728-2015-PHC/TC

LIMA

REYNIER NIEVES HERNÁNDEZ

salida obligatoria de don Reynier Nieves Hernández y su impedimento de ingresar al territorio nacional.

2. Se alega la vulneración del derecho a la libertad de tránsito y a la debida motivación de las resoluciones.

Análisis del caso

Derecho del favorecido, en su condición de extranjero, a ingresar al territorio nacional

3. La Constitución Política del Perú establece en el artículo 2, inciso 11, lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a:

[...]

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.

Asimismo, en el artículo 137 de la Constitución Política se prevé la restricción o suspensión (en rigor, la restricción del ejercicio de algunos elementos) del derecho a la libertad de tránsito en el supuesto de encontrarnos ante un estado de sitio o del estado de emergencia.

4. De igual forma, el artículo 25, inciso 6, del Código Procesal Constitucional, señala lo siguiente:

Procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos que, enunciativamente, conforman la libertad individual:

[...]

6) El derecho de los nacionales o de los extranjeros residentes a ingresar, transitar o salir del territorio nacional, salvo mandato judicial o aplicación de la Ley de Extranjería o de Sanidad.

5. En consecuencia, el derecho a la libertad de tránsito es un derecho fundamental que implica la facultad que tiene toda persona de desplazarse libremente con discrecionalidad por todo el territorio nacional, así como salir o ingresar de este. Ahora bien, ciertamente se pueden establecer restricciones a los derechos. Es más, para el caso del derecho a la libertad de tránsito, las restricciones que prevé la Constitución son las siguientes: razones de sanidad, mandato judicial, aplicación de la ley de extranjería y regímenes de excepción.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04728-2015-PHC/TC

LIMA

REYNIER NIEVES HERNÁNDEZ

6. En esa dirección, en el Expediente 3482-2005-PHC/TC, este Tribunal precisó que la protección del derecho a la libertad de tránsito que se busca a través del *habeas corpus* es la siguiente:

[...] reconocer que todo nacional o extranjero con residencia establecida pueda circular libremente o sin restricciones por el ámbito de nuestro territorio patrio, habida cuenta de que, en tanto sujeto con capacidad de autodeterminación, tiene la libre opción de disponer cómo y por dónde decide desplazarse, sea que dicho desplazamiento suponga facultad de ingreso hacia el territorio de nuestro Estado, circulación o tránsito dentro del mismo, o simplemente salida o egreso del país.

7. En la sentencia recaída en el Expediente 2744-2015-PA/TC, el Tribunal precisó que, si bien los Estados pueden iniciar acción contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal o adoptar las medidas que correspondan, también deben respetar sus derechos humanos, en cumplimiento de su obligación de garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa. Así, la legitimidad de las restricciones que establezca el Estado en el ejercicio de los derechos de los migrantes en situación irregular está sujeta a que se demuestre su condición de límites razonables y proporcionales de tales derechos. La sola condición migratoria irregular de una persona no puede ser invocada, sin más, como justificación válida que legitime un desconocimiento absoluto a la titularidad y ejercicio de sus derechos fundamentales.

8. En todo caso, corresponderá a la autoridad administrativa garantizar que, en el ejercicio de sus competencias, la vigencia de los bienes jurídico-constitucionales de seguridad nacional, salud pública y orden interno sea compatible con el respeto a los derechos fundamentales de los migrantes en situación irregular.

9. Analizada la Resolución Ministerial 0403-2014-IN/MIGRACIONES, se tiene que tanto la decisión de expulsar al favorecido del territorio nacional como la disposición de impedirle el ingreso a nuestro país se sustentan en que este ingresó al Perú por el puesto de control fronterizo de Aguas Verdes el 16 de marzo de 2011 sin realizar el control migratorio ante la autoridad competente, por lo cual se le aplicó la sanción de expulsión por ingreso clandestino, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60, literal "d", y el artículo 64, numeral 1, de la Ley de Extranjería.

10. Al respecto, cabe señalar que de los documentos obrantes en autos se aprecia que el beneficiario es de nacionalidad cubana (folio 13). Asimismo, que se encontraba en el Perú desde el día 16 de marzo de 2011, y, con fecha 24 de abril de 2013, contrajo matrimonio con la ciudadana peruana Margarita Lucía Rodríguez Ochante de Nieves y es padre de la menor de edad R. I. N. R., de nacionalidad peruana, quien



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04728-2015-PHC/TC

LIMA

REYNIER NIEVES HERNÁNDEZ

nació con fecha 7 de noviembre de 2012 de la relación extramatrimonial que mantuvo con anterioridad con otra ciudadana peruana (ver páginas 36-38).

11. De ello se desprende que don Reynier Nieves Hernández tiene una hija de cinco años de edad, de nacionalidad peruana, y se encuentra casado con una mujer de nacionalidad peruana, vínculos civiles y familiares que simplemente no fueron tomados en cuenta cuando se expidió la Resolución Ministerial 0403-2014-IN/MIGRACIONES.

12. A partir de ello, este Colegiado advierte que, para resolver la situación migratoria del favorecido, la Administración se limitó a aplicar los dispositivos legales al caso en concreto, en el marco de su competencia, pero no se analizó la constitucionalidad de la medida en el sentido de evaluar si las consecuencias de la decisión tomada se encontraban debidamente justificadas, en atención a la situación personal de don Reynier Nieves Hernández vinculada a los lazos de carácter familiar que estableció en el Perú en los términos antes expuestos.

13. Sobre el particular, cabe precisar la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva 21/14, de 19 de agosto de 2014, sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y en necesidad de protección internacional, destaca como aspectos a evaluar los siguientes:

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

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

13. Cualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe emplear un análisis de ponderación, que contemple las circunstancias particulares del caso concreto y garantice una decisión individual, priorizando en cada caso



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04728-2015-PHC/TC

LIMA

REYNIER NIEVES HERNÁNDEZ

el interés superior de la niña o del niño. En aquellos supuestos en que la niña o el niño tiene derecho a la nacionalidad del país del cual uno o ambos progenitores pueden ser expulsados, o bien cumple con las condiciones legales para residir permanentemente allí, los Estados no pueden expulsar a uno o ambos progenitores por infracciones migratorias de carácter administrativo, pues se sacrifica de forma irrazonable o desmedida el derecho a la vida familiar de la niña o del niño, en los términos de los párrafos 263 a 282.

14. Debe tenerse presente que la misma jurisprudencia de este Tribunal, y lo recogido por el Código Procesal Constitucional señala que el proceso constitucional de *habeas corpus*, aun cuando en principio se encuentra dirigido, a la tutela del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la libertad personal, no impide que, por conexidad, tutele derechos que, en determinadas situaciones, se encuentren directamente vinculadas al ejercicio de derechos como la libertad e integridad personal, habitualmente protegidos por el proceso de *hábeas corpus*.

15. Por tanto, las restricciones al establecimiento armónico, continuo y solidario de las relaciones familiares, que impiden el vínculo afectivo que todo estrecho nexo consanguíneo reclama, no solo inciden sobre el contenido constitucionalmente protegido de la integridad física, psíquica y moral de la persona, protegida por el artículo 2.1 de la Constitución y el artículo 25.1 del Código Procesal Constitucional, sino que se oponen también a la protección de la familia como garantía institucional de la sociedad, a tenor del artículo 4 de la Constitución.

16. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha manifestado que el niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedirselo o negárselo sin que existan razones determinantes entorpece sus crecimiento y suprime los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como viola su derecho a tener una familia (Expediente 1817-2009-PHC/TC, fundamentos 14-17).

17. Por ello, este Tribunal considera que la decisión tomada por la Superintendencia Nacional de Migraciones debió tomar en cuenta la existencia del matrimonio entre el favorecido y una ciudadana peruana, así como el hecho de que el beneficiario es padre de una menor de 5 años de nacionalidad peruana. En ese sentido, en el Expediente 2744-2015-AA/TC, se estableció lo siguiente:

[...], cualquier decisión relativa a la separación del niño respecto de sus padres o de su familia que, a partir del Estado, se adopte a través de sus representantes (funcionarios, autoridades, empleados, etc.), por motivos vinculados con la condición migratoria de uno o ambos progenitores, debe ser excepcional, de carácter temporal, y deberá estar justificada en el interés superior del niño. Una adecuada



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04728-2015-PHC/TC

LIMA

REYNIER NIEVES HERNÁNDEZ

valoración de este principio deberá tener en cuenta las circunstancias particulares de los padres o familiares del menor en cada caso (historia inmigratoria, lapso temporal de la estadia, la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor, el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, entre otros), así como la participación del menor y la manifestación de su opinión, en la medida que se trata de medidas que involucran sus propios derechos y cuya decisión es relevante para su vida futura. Ello se condice con la configuración del interés superior del niño como la base o fundamento de la doctrina de la protección integral, la cual constituye una superación de las concepciones paterno-autoritarias, al dejar de considerar la niño y el adolescente como objeto de protección, para asumirlos como sujetos a los que es preciso garantizar la satisfacción integral de sus derechos (Expediente 3247-2008-PHC/TC). Este principio orienta la interpretación y entendimiento de los diversos derechos del niño y el adolescente (Expediente 01817-2009-PHC/TC).

18. En consecuencia, a juicio de este Tribunal es evidente que la sanción de salida obligatoria impuesta a Reynier Nieves Hernández, con el respectivo impedimento de ingreso al país sin definir límite temporal alguno, produce una distancia irreparable entre la menor de iniciales R. I. N. R. y su padre, y entre doña Margarita Lucía Rodríguez Ochante de Nieves y su esposo. La separación física de los miembros de esta familia constituye una barrera que se opone al carácter excepcional y temporal que debe regir toda medida relativa a la separación del niño respecto de sus padres o de su familia, por lo que no puede, sin más, encontrar sustento en la aplicación literal del artículo 62 del Decreto Legislativo 703, anterior Ley de Migraciones.

Efectos de la sentencia

19. Por lo expuesto, este Tribunal declara la nulidad de la Resolución Ministerial 0403-2014-IN/MIGRACIONES, sin que ello implique que, por la sola emisión de esta sentencia, el favorecido quede habilitado para ingresar al territorio nacional de manera automática. A partir de ello, la Superintendencia Nacional de Migraciones deberá emitir un nuevo pronunciamiento debidamente fundamentado en el que se considere lo dispuesto en los fundamentos 12, 17 y 18 *supra*.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por vulneración al derecho de libre tránsito. En consecuencia, declara **NULA** la Resolución Ministerial 0403-2014-IN/MIGRACIONES, sin que ello implique que, por la sola emisión de esta sentencia, el favorecido quede habilitado para ingresar al territorio nacional de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04728-2015-PHC/TC
LIMA
REYNIER NIEVES HERNÁNDEZ

manera automática.

2. Disponer que la Superintendencia Nacional de Migraciones, en el día de notificada la presente sentencia, dicte la resolución que corresponda al caso, de acuerdo con los lineamientos establecidos en los considerandos 12, 17 y 18 *supra*.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

.....
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04728-2015-PHC/TC
LIMA
REYNIER NIEVES HERNÁNDEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con la parte resolutive de la sentencia, discrepo de lo expresado en su fundamento 14, en el que se utiliza el término libertad personal como si fuera sinónimo de libertad individual, desconociéndose en este que es la libertad individual, de acuerdo al artículo 200, inciso 1, de la Constitución, la protegida por el hábeas corpus, además de los derechos constitucionales conexos, siendo la misma un derecho continente, que engloba una serie de derechos de primer orden, entre los que se encuentra por supuesto la libertad personal.

S.

BLUME FORTINI

Lo que certifico:

.....
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04728-2015-PHC/TC

LIMA

REYNER NIEVES HERNÁNDEZ,
Representado(a) por JESÚS GUILLERMO
CHANG MARTÍNEZ – REPRESENTANTE
DE LA ASOCIACIÓN CIVIL DE DEFENSA
DEL INMIGRANTE - ACIDEIN

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVAÉZ

Si bien coincido con el sentido de la sentencia; sin embargo, estimo necesario hacer las siguientes precisiones en relación a la problemática del migrante en condición irregular.

El demandante señala que es de nacionalidad cubana, que está casado con una ciudadana peruana, que es padre de la menor R.I.N.R. y que no obstante ello mediante la Resolución Ministerial 0403-2014-IN/Migraciones, de fecha 25 de marzo de 2014, que ordena expulsarlo del territorio nacional con impedimento de ingreso. Afirma que dicha orden es arbitraria y que vulnera el derecho a la protección de la familia.

Tal como adelanté en la STC Expediente 02744-2015-PA/TC (caso Jesús Mesquita Oliveira), la problemática del migrante en condición irregular debe ser abordada tanto desde la protección de sus derechos fundamentales, como así también desde la salvaguarda de la seguridad nacional, la salud pública y el orden interno. El principio de unidad de la Constitución, que este Tribunal Constitucional en más de una ocasión ha recalcado, exige un equilibrio de ambos legítimos intereses. La protección de los derechos de los migrantes no debe suponer, de ninguna forma, el sacrificio del interés público traducido en los principios de seguridad nacional, salud pública y el orden interno, dado que estos garantizan el marco que hacen posible el bienestar general y el ejercicio de los derechos de todos.

En este caso en particular, a diferencia del caso Jesús Mesquita Oliveira, la sanción impuesta al actor, de expulsión del país con prohibición de ingreso, se debió a que él ingresó en forma “clandestina” al territorio nacional, por la frontera de Perú con Ecuador, por Aguas Verdes, sin realizar su control ante la autoridad migratoria peruana, que resulta obligatorio para todo ciudadano nacional o extranjero, que desee ingresar o salir del país. Por ello, en principio, la sanción impuesta no sería arbitraria, pues al haber puesto en riesgo el orden interno al burlar el control fronterizo de las autoridades peruanas, entrando en forma ilegal al país, no podría a *posteriori* pretender subsanar, sin más, su situación migratoria, alegando estar casado con una ciudadana peruana y estar residiendo en el país, porque los lazos familiares que se alegan, *per se*, no son absolutos ni incondicionales.

No obstante lo expuesto, teniendo en consideración que el beneficiario, además de haber contraído matrimonio con una ciudadana peruana, tiene dos hijas menores nacidas en territorio peruano, tal como consta de las instrumentales obrantes en autos y en el cuadernillo del Tribunal Constitucional, en observancia de los principios de interés



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04728-2015-PHC/TC

LIMA

REYNER NIEVES HERNÁNDEZ,
Representado(a) por JESÚS GUILLERMO
CHANG MARTÍNEZ – REPRESENTANTE
DE LA ASOCIACIÓN CIVIL DE DEFENSA
DEL INMIGRANTE - ACIDEIN

superior del niño y de especial protección del niño, y a fin de garantizar la efectividad del derecho que tienen las citadas menores a tener una familia y no ser separadas de ella, que es un derecho fundamental implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar reconocidos en los artículos 1 ° Y 2°, inciso 1) de la Constitución, también considero que debe estimarse la demanda.

S.


~~LEDESMA NARVÁEZ~~

Lo que certifico:


.....
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04728-2015-PHC/TC

LIMA

REYNIER NIEVES HERNANDEZ
Representado(a) por JESUS GUILLERMO
CHANG MARTINEZ - REPRESENTANTE
DE LA ASOCIACION CIVIL DE
DEFENSA DEL INMIGRANTE - ACIDEIN

VOTOS DE LOS MAGISTRADOS SARDÓN DE TABOADA Y FERRERO COSTA

Con el debido respeto por la posición de nuestros colegas magistrados, emitimos el presente voto por las siguientes consideraciones.

Sobre la procedencia del *habeas corpus*

La ponencia (fundamento 4) invoca el artículo 25, inciso 6, del Código Procesal Constitucional, conforme al cual procede el *habeas corpus* en defensa de lo siguiente:

El derecho de los nacionales o de los **extranjeros residentes** a ingresar, transitar o salir del territorio nacional, salvo mandato judicial o aplicación de la Ley de Extranjería o de Sanidad [énfasis añadido].

Como se puede apreciar, el derecho fundamental a la libertad de tránsito, tutelado por el *habeas corpus*, reconoce a los nacionales y a los extranjeros residentes. Esto es coherente con la Constitución (artículo 2, inciso 11), para la cual, en palabras del Tribunal Constitucional, el derecho a la libertad de tránsito reconoce que “todo nacional o **extranjero con residencia establecida** pueda circular libremente o sin restricciones por el ámbito de nuestro territorio patrio” (Sentencia 3482-2005-PHC/TC, fundamento 5) [énfasis añadido].

Entonces, además de los nacionales, también se les reconoce a los extranjeros residentes el derecho fundamental a la libertad de tránsito, protegido por el *habeas corpus*. Coherente con ello, el artículo 56 de la Ley de Extranjería, vigente en el momento de los hechos aquí denunciados (Decreto Legislativo 703), señalaba lo siguiente:

Los extranjeros con permanencia o **residencia legal** en el territorio de la República tienen derecho a solicitar el cambio de su calidad migratoria o visa, prórrogas de permanencia o residencia, salida, reingreso y salida definitiva del país, según corresponda [énfasis añadido].

El favorecido don Reyner Nieves Hernández, de nacionalidad cubana, no es un “extranjero residente”, pues esta es una situación migratoria cuya obtención pasa por cumplir las exigencias de la Ley de Extranjería. Según se indica en su demanda, ingresó “al país el 16 de Marzo del año 2011, por la frontera norte del país por la ciudad peruana de Aguas Verdes sin que se registrara su ingreso ante la administración



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04728-2015-PHC/TC

LIMA

REYNIER NIEVES HERNANDEZ
Representado(a) por JESUS GUILLERMO
CHANG MARTINEZ - REPRESENTANTE
DE LA ASOCIACION CIVIL DE
DEFENSA DEL INMIGRANTE - ACIDEIN

migratoria” (fojas 3). Por ello, fue expulsado por ingreso clandestino o fraudulento al territorio nacional, de conformidad con el artículo 64 de la citada Ley de Extranjería.

Si bien esto sería motivo suficiente para declarar improcedente la demanda de *habeas corpus*, de conformidad con los artículos 5 (inciso 1) y 25 (*a contrario sensu*) del Código Procesal Constitucional, consideramos que, en aplicación del tercer párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, cabe reconvertir el presente *habeas corpus* en un proceso de amparo, a fin de tutelar los derechos que —descartada la libertad de tránsito por lo antes expuesto— la ponencia menciona: la debida motivación de las resoluciones (fundamento 2) y la protección de la familia (fundamento 12).

Sobre la reconversión del *habeas corpus* en amparo

Conforme este Tribunal Constitucional ha establecido en la Sentencia 05761-2009-PHC/TC (fundamento 27), la reconversión de un proceso de *habeas corpus* a uno de amparo debe guiarse por las siguientes reglas: i) no es obligatoria para los jueces constitucionales de primera instancia, mas sí para los de segunda y última instancia; ii) deberá observar que el plazo de prescripción de la demanda no haya vencido; iii) deberá verificar la legitimidad para obrar del demandante; iv) en ningún caso, se podrá variar el petitorio ni la fundamentación fáctica de la demanda; v) ha de existir riesgo de irreparabilidad del derecho; vi) solo si existe una necesidad apremiante de evitar la ocurrencia de un daño irreparable en los derechos fundamentales involucrados; y vii) deberá preservar el derecho de defensa del demandado.

En el caso de autos, el proceso se encuentra en sede del Tribunal Constitucional. A su vez, la demanda de *habeas corpus* se interpuso el 13 de julio de 2014 (fojas 1) denunciando la decisión de expulsar al favorecido del país, la cual le fue notificada el 23 de mayo de 2014 (fojas 18). Conforme al artículo 44 del Código Procesal Civil, el plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los 60 días hábiles de producida la afectación, por lo que esta se encuentra dentro del plazo fijado para su interposición.

La demanda de *habeas corpus* ha sido presentada por don Jesús Guillermo Chang Martínez no en representación del favorecido, sino de la Asociación Civil de Defensa del Inmigrante (Acidein). Traslada esta situación a una demanda de amparo, se podría decir que existe falta de legitimidad del demandante para obrar, en tanto que el amparo se debe presentar por el afectado o su representante (cfr. artículos 39 y 40 del Código Procesal Constitucional).

mg1



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04728-2015-PHC/TC

LIMA

REYNIER NIEVES HERNANDEZ
Representado(a) por JESUS GUILLERMO
CHANG MARTINEZ - REPRESENTANTE
DE LA ASOCIACION CIVIL DE
DEFENSA DEL INMIGRANTE - ACIDEIN

Sin embargo, se debe tener presente que el artículo 41 del Código Procesal Constitucional regula en el amparo la llamada “procuración oficiosa”, en los términos siguientes:

Cualquier persona puede comparecer en nombre de quien no tiene representación procesal, cuando esta se encuentre imposibilitada para interponer la demanda por sí misma, sea por atentado concurrente contra la libertad individual, por razones de fundado temor o amenaza, por una situación de inminente peligro o por cualquier otra causa análoga. Una vez que el afectado se halle en posibilidad de hacerlo, deberá ratificar la demanda y la actividad procesal realizada por el procurador oficioso.

En el presente caso, consideramos que es razonable presumir que el favorecido, por la expulsión del país de la que ha sido objeto, se encontraría imposibilitado de ratificar la demanda. Por ello, y en principio *pro actione* (cuarto párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), podemos concluir que no hay objeción respecto a la legitimidad para obrar del demandante (procurador oficioso).

De igual forma, no existe variación del petitorio o fundamentación fáctica de la demanda. En cuanto a la irreparabilidad del derecho o a la urgencia del caso, cabe precisar que la presunta afectación de derechos de especial importancia como el derecho a la debida motivación de las resoluciones (artículo 139, inciso 5 de la Constitución) y la protección de la familia (artículo 4 de la Constitución) justifica la mayor celeridad y el examen urgente del Tribunal Constitucional. Finalmente, se aprecia que los demandados han podido ejercer su derecho de defensa (cfr. fojas 116 y 118).

Entonces, procede la reconversión del proceso de *habeas corpus* a uno de amparo, pues se han cumplido las condiciones antes señaladas. Esto habilita a entrar al fondo del asunto y verificar si existe una amenaza o violación de los derechos mencionados.

Análisis del caso

Consideramos que una línea de tiempo con los hechos contenidos en este caso nos ayudará en el análisis, en la cual podemos advertir lo siguiente sobre el favorecido (don Reyner Nieves Hernández):

MP1



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04728-2015-PHC/TC

LIMA

REYNIER NIEVES HERNANDEZ
Representado(a) por JESUS GUILLERMO
CHANG MARTINEZ - REPRESENTANTE
DE LA ASOCIACION CIVIL DE
DEFENSA DEL INMIGRANTE - ACIDEIN

16-3-11
Ingresó
por Aguas
Verdes.
No
registró
ingreso.

24-4-13
Se casó con
la Sra.
Rodríguez
Ochante.

22-4-14
Presentó
recurso de
reconsideración

23-5-14
Le
notificaron
RM 537.

7-11-12
Tuvo una
hija con la
Sra. Rioja
Aguilar.

25-3-14
RM 0403-
2014
Fue
expulsado
del país.

2-5-14
RM 537-2014
Su recurso
fue
desestimado.

13-7-14
Presentó
*habeas
corpus*
(ahora
amparo).

La ponencia indica que la cuestionada Resolución Ministerial 0403-2014-IN/MIGRACIONES, del 25 de marzo de 2014, que expulsó al favorecido del territorio nacional con impedimento de ingreso:

se limitó a aplicar los dispositivos legales al caso concreto, en el marco de sus competencias, pero no se analizó la constitucionalidad de la medida [sic] en el sentido de evaluar si las consecuencias de la decisión tomada se encontraban debidamente justificadas, en atención a la situación personal de don Reynier Nieves Hernández vinculada a los lazos de carácter familiar que estableció en el Perú (fundamento 12).

Estos lazos familiares consisten en tener una hija peruana (nacida el 2 de noviembre de 2012) con la Sra. Cristel A. Rioja Aguilar y haber contraído matrimonio con la ciudadana peruana Margarita L. Rodríguez Ochante el 24 de abril de 2013. Por ello, la ponencia concluye lo siguiente:

Es evidente que la sanción de salida obligatoria impuesta a Reyner Nieves Hernández, con el respectivo impedimento de ingreso al país sin definir límite temporal alguno, produce una distancia irreparable entre la menor de iniciales R. I. N. R. y su padre, y entre doña Margarita Lucía Rodríguez Ochante de Nieves y su esposo. La separación física de los miembros de esta familia constituye una barrera que se opone al carácter excepcional y temporal que debe regir toda medida relativa a la separación del niño respecto de sus padres o de su familia, por lo que no puede, sin más, encontrar sustento en la aplicación literal del artículo 62

MP1



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04728-2015-PHC/TC

LIMA

REYNIER NIEVES HERNANDEZ
Representado(a) por JESUS GUILLERMO
CHANG MARTINEZ - REPRESENTANTE
DE LA ASOCIACION CIVIL DE
DEFENSA DEL INMIGRANTE - ACIDEIN

[sic] del Decreto Legislativo 703, anterior Ley de Migraciones (fundamento 18).

Consecuentemente, la ponencia declara nula la Resolución Ministerial 0403-2014-IN/MIGRACIONES y ordena que la Superintendencia Nacional de Migraciones “dicte la resolución que corresponda al caso”, pero de acuerdo con las consideraciones aquí citadas, esto es, teniendo en cuenta lo siguiente:

La sanción de salida obligatoria impuesta a Reyner Nieves Hernández, con el respectivo impedimento de ingreso al país sin definir límite temporal alguno, produce una distancia irreparable entre la menor de iniciales R. I. N. R. y su padre, y entre doña Margarita Lucía Rodríguez Ochante de Nieves y su esposo (fundamento 18).

En nuestra opinión, la Resolución Ministerial 0403-2014-IN/MIGRACIONES, del 25 de marzo de 2014 (fojas 180), está debidamente motivada. Se sustenta en que el favorecido ingresó al país el 16 de marzo de 2011 por el Puesto de Control Fronterizo de Aguas Verdes, sin realizar el control migratorio ante la autoridad competente. En razón de ello, correspondía aplicarle la sanción de expulsión por ingreso clandestino prevista en el literal “d” del artículo 60 y el numeral 1 del artículo 64 de la Ley de Extranjería vigente en ese momento (Decreto Legislativo 703). Asimismo, esta resolución deja constancia de que el favorecido fue debidamente notificado y rindió su manifestación policial, ejerciendo su derecho de defensa.

Además, contra la mencionada resolución ministerial, el favorecido pudo presentar recurso de reconsideración, que fue desestimado por la Resolución Ministerial 537-2014-IN (fojas 15), quedando agotada la vía administrativa (cfr. fojas 117). Con ello se aprecia el respeto del derecho de defensa en este tipo de procedimiento administrativo, tal como exige la Sentencia 4729-2015-HC/TC.

A nuestro juicio, el ministro del Interior, suscriptor de las mencionadas resoluciones, se rige, como cualquier funcionario de la administración pública, por el principio de legalidad. Según este, las autoridades administrativas deben actuar dentro de las facultades que la ley les atribuye (cfr. artículo IV, numeral 1.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General).

En tal sentido, el Tribunal Constitucional no puede pedir a la administración que, a título de “analizar la constitucionalidad de la medida” (fundamento 12) que legalmente debe adoptar, pueda resolver de forma distinta a la que prevé la ley. De lo contrario, abriría una puerta muy peligrosa para que la administración pueda tomar decisiones al

MP



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04728-2015-PHC/TC

LIMA

REYNIER NIEVES HERNANDEZ
Representado(a) por JESUS GUILLERMO
CHANG MARTINEZ - REPRESENTANTE
DE LA ASOCIACION CIVIL DE
DEFENSA DEL INMIGRANTE - ACIDEIN

margen de la ley, en nombre de un “control de constitucionalidad” que la Constitución solo otorga a la función jurisdiccional (artículo 138 de la Constitución) y no a la administración pública, tal como ha destacado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 4293-2012-PA/TC (fundamento 34).

Analizando los hechos del caso, en su manifestación policial del 30 de setiembre de 2013, el favorecido señala que ingresó al país por el puesto fronterizo de Tumbes, procedente del Ecuador, provisto de su pasaporte. S refiere lo siguiente:

cuando me acerqué a un policía que se encontraba en el puesto fronterizo me dijo que no podía ingresar si no tenía VISA sin darme mayor explicación, por lo que tomé un taxi e ingresé al territorio peruano, siendo esta la razón por la que no tengo ninguna calidad migratoria (fojas 201).

Aun cuando fuera cierto que el policía le brindó esa información, llama la atención que el favorecido no haya regularizado su situación migratoria en los tres años y cuatro meses que permaneció en territorio peruano. Esto mismo se le preguntó en la referida manifestación policial, a lo que el favorecido respondió: “no regularicé mi situación migratoria porque desconocía que me encontrara de manera irregular en este país” (fojas 202). Esto resulta inverosímil, pues él era consciente de su ingreso clandestino al Perú y ese desconocimiento de su situación resulta especialmente sorprendente por tratarse de una persona que dice tener “grado de instrucción superior en Artes Escénicas” (fojas 201).

De otro lado, el favorecido señala que la menor hija que tiene con la Sra. Cristel A. Rioja Aguilar vive con esta, a quien dice darle mensualmente dinero para la manutención de la niña (cfr. fojas 202). Sin embargo, la existencia de tal ayuda económica se pondría en cuestión cuando el favorecido menciona, también, que no trabaja debido a su irregularidad migratoria y que es su esposa, la ciudadana peruana Margarita L. Rodríguez Ochante, la que solventa sus gastos (cfr. fojas 201). Esta información es corroborada con la manifestación policial de la Sra. Rodríguez Ochante del 30 de setiembre de 2013 (cfr. fojas 203).

En cualquier caso, el problema de separación familiar que originaría la expulsión del favorecido podría encontrar solución dentro del marco de la ley, como a través de la “reunificación familiar” contemplada en el artículo 37 de la actual Ley de Extranjería (Decreto Legislativo 1350).

MAI



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04728-2015-PHC/TC

LIMA

REYNIER NIEVES HERNANDEZ
Representado(a) por JESUS GUILLERMO
CHANG MARTINEZ - REPRESENTANTE
DE LA ASOCIACION CIVIL DE
DEFENSA DEL INMIGRANTE - ACIDEIN

Por estos fundamentos, consideramos **INFUNDADA** la demanda, entendida como amparo.

S.

SARDÓN DE TABOADA

FERRERO COSTA

Lo que certifico:

.....
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL