

UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



**“LA VIABILIDAD DEL CONTROL DIFUSO EN LA SUPERINTENDENCIA
NACIONAL DE MIGRACIONES”**

TESIS PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

TESISTA:

BACH.: LUIS AUGUSTO CASTRO CHÀVEZ

ASESOR:

Dr. Marco ZEVALLOS ECHEGARAY

Lima – Perú

2017

DEDICATORIA:

A Dios Todopoderoso, que siempre me ilumina.

Mi familia, mi compañera amada y mis hijos.

A los Maestros que formaron mis estudios.

AGRADECIMIENTO:

Quiero agradecer a la Universidad de Huánuco por haber forjado mi carrera de Derecho, llenar los vacíos profesionales que me faltaban complementar.

A mi madre guía espiritual.

A mi compañera por su dedicación y paciencia.

A los Maestros y compañeros de Universidad de Huánuco.

ÍNDICE

Resumen en español.....	VI
Abstrac.....	VIII
Introducción.....	X

CAPITULO I: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN **1**

1.1	Descripción del problema	1
1.2	Formulación del problema	4
1.3	Objetivo General	5
1.4	Objetivos Especificos	5
1.5	Justificación de la investigación	6
1.6	Limitaciones de la Investigación	7
1.7	Viabilidad o factibilidad	8

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO **8**

2.1	Antecedentes de la investigación	8
2.2	Bases Teóricas	11
2.3	Definición de términos básicos	18
2.4	Hipótesis	20
2.5	Variables	21
2.6	Operacionalización de las Variables	22

CAPITULO III: METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION **24**

3.1	Método y Diseño	24
3.1.1	Método de investigación	24
3.1.2	Diseño de investigación	25
3.2	Tipo y Nivel de investigación	26
3.2.1	Tipo de investigación	26
3.2.2	Nivel de investigación	26
3.3	Población y Muestra	26
3.4	Técnicas e Instrumentos de Investigación	27
3.4.1	Para la recolección de datos	27
3.4.2	Para la representación de datos (cuadros y gráficos)	29
3.4.3	Para el análisis e interpretación de datos	29

CAPITULO IV: RESULTADOS	31
Procesamiento de datos	31
Contrastación de hipótesis	44
CAPITULO V: DISCUSIÓN Y RESULTADOS	45
Conclusiones	49
Recomendaciones	51
Referencias bibliográficas	52
ANEXOS	54
Encuesta	55
Matriz de consistencia	58
Resoluciones Administrativas	60
Resoluciones Judiciales	61

RESUMEN

Después de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional Sentencia emitida en el Expediente N° 04293-2012-PA/TC que deja sin relación el precedente vinculante contenido en la STC 03741-2004-PA/TC, emitida el 05 de noviembre del año 2005, interpuesto por don Ramón Hernándo Salazar Yarlenque contra la sentencia de la Sexta Sala Civil circunscrita a la Corte Superior de Justicia de Lima en la cual faculta como “ Regla sustancial: Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Carta Magna e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38.º, 51.º y 138.º de la Constitución.

Para esto, se debe estar a la mira los siguientes contextos: (1) que dicho análisis de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia trazada dentro de un procedimiento administrativo; (2) que la ley debatida no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Carta Magna (STC 03741-2004-PA/TC, Fundamento 50).

Que la STC 03741-2004-PA/TC faculta a los Tribunales Administrativos a ejercer el Control Difuso, La sentencia la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Exp. N° 04293-2012-PA/TC. deja sin efecto la STC 03741-2004-PA/TC, a partir de dicha sentencia ,algunos juristas afirman que la sentencia tiene una tendencia de carácter esquizofrénica y otros lo tildan de bipolar, esta tesis quiere demostrar la problemática , si existe viabilidad para aplicar el Control Difuso en una sede administrativa, en la Superintendencia Nacional de Migraciones. Como objetivos principales nos proponemos explicar, los criterios con el cual los funcionarios de la Superintendencia Nacional de Migraciones puedan aplicar el Control Difuso, cuando los administrados invoquen derechos constitucionales.

Se efectuó un estudio descriptivo y explicativo, correlacional, no experimental, de nivel aplicativo, dónde la población coincide con su muestra, con 100 profesionales encargados de la Superintendencia Nacional de Migraciones en el área de Extranjería.

Para el procesamiento y análisis de la información fueron incorporados el programa computarizado SPSS v. 23 y por ende se elaboró los cuadros con precisiones porcentuales. Para la medición de los instrumentos se consideró el Coeficiente Alfa de Cronbach, para medir el grado de correlación se consideró el Coeficiente de Correlación de Pearson que calculó el grado de correlación siendo esta positiva.

PALABRAS CLAVES: Control Difuso, Sede Administrativa, Derechos Constitucionales que corresponde a los administrados.

ABSTRAC

After the publication of the judgment of the Constitutional Court Sentence issued in Exp. No 04293-2012-PA / TC that invalidates the binding precedent contained in STC 03741-2004-PA / TC, issued on November 5, 2005, filed by Mr. Ramón Hernández Salazar Yarlenque against the sentence of the Sixth Civil Chamber of the Superior Court of Justice of Lima in which it empowers as "Substantive rule: Every court or collegiate body of public administration has the power and duty To prefer the Constitution and not to apply an infraconstitutional provision that violates it manifestly, either by form or by substance, in accordance with articles 38, 51 and 138 of the Constitution.

For this, the following budgets must be observed: (1) that said examination of constitutionality be relevant to resolve the controversy raised within an administrative process; (2) that the law in question can not be interpreted in accordance with the Constitution (STC 03741-2004-PA / TC, Rationale .50).

That STC 03741-2004-PA / TC empowers the Administrative Courts to exercise diffuse control, The sentence the sentence of the Constitutional Court issued in Exp.No 04293-2012-PA / TC. It leaves no effect STC 03741-2004-PA / TC, from that sentence, some jurists affirm that the sentence has a tendency of schizophrenic character and others call it bipolar, the present thesis wants to demonstrate this is the problematic in which the This thesis aims to demonstrate that if there is feasibility to exercise diffuse control in administrative headquarters in the National Superintendence of Migrations, as main objectives we propose to explain, the criteria for the officials of the superintendence of migrations can apply diffuse control, when those administered Invoke constitutional rights.

A descriptive and explanatory, correlational, non-experimental, application level study was carried out, where the population coincides with its sample, with 23 professionals in charge of the National Superintendence of Migration

For the processing and analysis of the information the SPSS v. 23 and thus the tables were elaborated with percentage precisions. For the measurement of the instruments the Cronbach Alpha Coefficient was taken into account to measure the degree of correlation was taken into account the Pearson Correlation Coefficient that measured the degree of correlation Being positive.

KEY WORDS: Diffuse control, administrative headquarters, and constitutional rights of the administered.

INTRODUCCIÓN

Esta Tesis tiene como propósito investigar la relación que existe entre el Control Difuso en sede administrativo y el atropello de los derechos constitucionales en la Superintendencia Nacional de Migraciones, como problema principal analizaremos, cuáles son los criterios para que los funcionarios de la Superintendencia de Migraciones no puedan aplicar el Control Difuso en sede administrativa.

La presente tesis se elaboró empezando con el Capítulo Uno correspondiente al Marco Teórico; en primer término exponemos, el marco formal, haciendo referencia primero la base científica sobre el cual reposa el Control Difuso; de igual manera los principales conceptos actualizados, tanto de fuentes nacionales como extranjeros que sustentan la base científica de la presente tesis de investigación, y realizaremos una comparación del sistema concentrado y del Control Difuso. Asimismo revisamos la bibliografía y la estructura conceptual.

En el Capítulo Segundo referido al Planteamiento del Problema, tenemos los antecedentes históricos y teóricos, definición del problema de la investigación, objetivos de la investigación, El marco conceptual, las hipótesis y variables. Contrastamos las hipótesis como estado culminante del proceso de investigación para comprobar su respectiva veracidad y que corresponden a problema como resultado de análisis del mismo. En este orden evaluaremos y determinaremos la validez de los instrumentos, por medio del razonamiento y la demostración empírica.

En el Capítulo Tercero ejecutamos los materiales y métodos, tenemos el tipo y diseño de la investigación, metodología, limitaciones, universo y

muestra de igual forma la elaboración, validación y aplicación del instrumento.

La cuarta parte describimos los resultados de la investigación en base al análisis de los datos mediante el uso de los instrumentos, sobre la base de las variables e indicadores propuestos.; así mismo su análisis y discusión.

En este orden, inmerso de las conclusiones y recomendaciones damos a conocer los hallazgos, demostramos en nuestra hipótesis y recomendamos, con propuestas claras y efectivas ya que se usó una bibliografía que ha sido seleccionada dentro del ámbito general con los autores más reconocidos del tema en investigación, y dentro del marco nacional.

CAPÍTULO I

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

En los últimos años se viene observando en la Superintendencia Nacional de Migraciones durante el año 2014 -2016, un mal trato y pésimo servicio hacia los inmigrantes, especialmente con ciudadanos colombianos, pasando primero por un excesivo filtro de investigación personal a través de la (UVI) Unidad de Verificación a cargo de la PNP.

Así mismo se han visto que algunos ciudadanos que no cumplen con ciertos requisitos de regularidad señalados por Migraciones , citando un caso, el de no renovar sus permisos de permanencia o residencia en la sede de Migraciones dentro de los plazos establecidos, acompañando los requisitos solicitados, se aplica tratos discriminatorios y xenofóbicos al inmigrante, en circunstancias de invocar la norma pertinente, se les aplica la sanción más drástica adoptando e imponiendo medidas de salida obligatoria o llegando hasta la expulsión del país, es el caso individual de un ciudadano de nacionalidad colombiana, Martin Alonso Herrera Zapata quien se convirtió en padre de una menor peruana de iniciales A.H.U. en su estadía aquí, considerando que para la situación en mención el quejoso no posee ningún tipo de antecedente ni referencia internacional, y en la actualidad cumple con la manutención de su hija desde su país Colombia, y que por medio de un expediente administrativo donde invoco y presento los recursos o medios impugnatorios a nivel de Derecho Administrativo, termino siendo sancionado con Salida Obligatoria del Perú, con posterior impedimento de reingreso al país de manera indefinida desde el 2014; con una resolución para

impugnar, y otra posterior que agotaría la vía administrativa las cuales incorporamos como anexos, para luego si el quejoso lo desea acudir al del Poder Judicial en un procedimiento Contencioso Administrativo, aduciendo que se trata de un caso en particular y como en todos los casos dejándole en indefensión; afuera del país y obligado a salir como podría reclamar su derecho constitucional. Este caso ya se encuentra en el juzgado correspondiente en trámite, y a través de una Resolución a nivel Cautelar que incorporamos como anexo ya puede ingresar al Perú de manera temporal hasta que exista un pronunciamiento de fondo, con una Sentencia consentida. Así mismo incorporamos como anexos también las resoluciones de mayor relevancia, para una mejor ilustración.

Asimismo observamos que ante la defensa de los derechos señalados en la Constitución a los administrados se les viene aplicando un reglamento y normas de menor rango, sin tomar en cuenta la ley N° 27444, Ley de Procedimientos Administrativos, no respetando el TUPA, aduciendo que no pueden aplicar el Control Difuso ya que esto sólo es facultad de los jueces del Poder judicial.

Existen dos posturas las cuales se analizarán en la presente tesis. La Primera Postura, La Administración Pública (incluidos los Colegiados Administrativos) no están facultados para ejercer el control de la Constitucionalidad de la Ley: La administración Pública, está sometida a los alcances del principio de legalidad, no puede derogar de manera singular, ni declarar inconstitucional una ley, porque está obligada a aplicarla y a cumplirla. Sin perjuicio del cumplimiento de lo que refieren las normas legales se puede apreciar la validez de la norma legal aplicada, y dado el caso considere que la misma vulnere la Constitución, y recomendar su derogatoria o buscar su declaración de inconstitucionalidad ante los órganos competentes.

El Control Difuso se ejerce dentro de un ámbito o proceso jurisdiccional, el mismo que no aplica en sede administrativa, sino exclusivamente en una sede judicial. Una interpretación válida del marco constitucional, permite afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico el Control Difuso se encuentra facultado para

las instancias jurisdiccionales competentes, que son las únicas que se encuentran hábiles para ejercer la defensa de la Constitución.

Fomentar una interpretación por el cual se autorice a todo funcionario u órgano (sea unipersonal o colegiado) de la administración pública para que pueda efectuar y aplicar el Control Difuso de las normas legales, o de legalidad de normas complementarias, es una posición que genera circunstancias que afectan el respeto al principio de legalidad administrativa, a la seguridad jurídica, y al respeto al Estado y la Constitución en nuestro país.

En un ámbito en el cual existen muchos órganos que practican la función administrativa en nuestro país (refiriéndonos a los múltiples órganos administrativos que existen en instituciones públicas, en este orden de ideas podemos nombrar a ministerios, órganos constitucionales autónomos, organismos públicos dispersados, municipalidades de índole provincial y distrital entre otros), así como estando en marcha hacia la descentralización que no termina de ser correctamente entendido en sus avances ni en su progresividad, no es factible ni oportuno constitucional y legalmente, otorgar validez a la interpretación que posibilita un Control Difuso de las normas, primando la Constitución como norma supra dentro de los órganos de la Administración Pública.

La segunda postura es que, Los Colegiados Administrativos pueden aplicar la facultad del Control Difuso.: La ley o el Reglamento deben ser manifiestamente inconstitucionales. Estamos ante una facultad excepcional (es decir, la inaplicación no debe ser la regla sino la excepción). Se aplicará "...siempre y cuando existan sentencias y precedentes del Tribunal Constitucional que vinculen, en el sentido que determinadas leyes o reglamentos son señalados como inconstitucionales. (...)" Gaceta del Tribunal Constitucional N° 03, julio – setiembre 2006. De preferencia deben aplicarse cuando estén en discusión derechos fundamentales. Los funcionarios de los Colegiados Administrativos quedan sujetos a las responsabilidades de ley"...en caso de manifiesta arbitrariedad en la aplicación de la facultad de control difuso" (Gaceta del Tribunal Constitucional). Ante discrepancias de las partes o de los órganos se

podrá recurrir al Poder Judicial u órganos constitucionales según corresponda, para que uniformice o confirme los pronunciamientos de los Colegiados Administrativos.

Podríamos observar como probables causas , decir es el desconocimiento que existe de la dualidad de nuestro sistema de normas y su control, e interpretar que nuestro sistema jurídico es sólo un sistema de normas, sin analizar que la Constitución no es sólo un conjunto de normas donde prima el principio de legalidad, sino es también un manifiesto de valores y principios.

De seguir con esta misma política colapsará la Superintendencia Nacional de Migraciones como actualmente se encuentra declarada en emergencia y en reorganización, nos generará conflictos con los países vecinos, aumentará la carga procesal en la sede judicial y se retrasará la inversión privada.

En la esta tesis tratamos de demostrar que se debería aplicar el Control Difuso en sede administrativa de la Superintendencia Nacional de Migraciones, capacitando a los funcionarios públicos en la comprensión del derecho y sobre todo de la Carta Magna, cuando estos no sean profesionales del derecho.

1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Problema general

¿Cuáles son los criterios para que los funcionarios de la Superintendencia Nacional de Migraciones no apliquen el Control Difuso, en administrados que invocan derechos constitucionales?

Problemas Secundarios

- a) ¿El ordenamiento jurídico otorga a los funcionarios de la Superintendencia Nacional de Migraciones el ejercicio de la actividad normativa, que consiste en la emisión de normas?

- b) ¿El ordenamiento jurídico otorga a los funcionarios de la Superintendencia Nacional de Migraciones el ejercicio de la actividad sancionadora?

1.3 OBJETIVO GENERAL

Determinar si existe una relación entre el Control Difuso en sede administrativa y la vulneración de los Derechos Constitucionales.

1.4 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) Establecer si el ordenamiento jurídico otorga a los funcionarios de la Superintendencia Nacional de Migraciones el ejercicio de la actividad normativa, que consiste en la emisión de normas.

- b) Determinar si el ordenamiento jurídico otorga a los funcionarios de la Superintendencia Nacional de Migraciones el ejercicio de la actividad sancionadora.

1.5 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Nuestra investigación se justifica porque es un tema nuevo y de bastante debate doctrinario.

Justificación Teórica

Profundiza los aspectos del Control Constitucional de las normas, al tener que analizar la pirámide normativa, el control concentrado, el control difuso y el control paralelo, tratando de contribuir al conocimiento la Constitución ; la presente investigación permitirá conocer la evolución normativa, jurisprudencial del Tribunal Constitucional y de los Colegiados administrativos.

Justificación Práctica

La justificación práctica tiene como justificación que los usuarios de la Superintendencia Nacional de Migraciones, sean tratados de manera digna, que la entidad administrativa respete sus derechos constitucionales y que sea la Carta Magna la que prime, antes de la ley u otras normas de menor rango y que esté por ésta ante cualquier Reglamento.

Justificación Metodológica

En el desarrollo de la Tesis, se utilizará un instrumento para investigar a través de un test de análisis ,se basa en cuadros y escalas para estudiar el problema planteado. Dicho instrumento ha sido validado y podrá ser utilizado en futuras investigaciones de este tipo.

1.6 LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN

Temporal

Quizás de las limitaciones con que contamos es del factor tiempo ya sea para trasladarse a las diferentes bibliotecas de posgrado, al encontrarse distantes del lugar de residencia, asimismo las actividades laborales restringen con la realización rápida de la presente investigación.

Económica-tecnológica

Una de nuestra limitaciones es de carácter económica al no contar con asesor metodológico y estadístico para el manejo y empleo del software SPSS, versión 23; el cual es importante para realizar el desarrollo de la labor cumplida a nivel fáctico, de la información recogida a la aplicación de nuestros instrumentos. Se superó ésta limitación accediendo a cursos de capacitación en investigación implicando una inversión adicional a los gastos que requiere nuestra investigación.

1.7 VIABILIDAD O FACTIBILIDAD

Esta Tesis es viable ya que busca dar respuesta a interrogantes de carácter constitucional y procesal constitucional a una problemática que se presenta diariamente en la Superintendencia Nacional de Migraciones.

En nuestro medio no se han realizado investigaciones que traten de entender la problemática de Migraciones, que considere la situación del administrado, ante el vacío de normas que muchas veces son tratados de manera indigna, donde la entidad administrativa no respete los plazos y las normas establecidas en la Constitución.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Antecedentes internacionales:

Comencemos observando el control judicial de la constitucionalidad en el proceso administrativo. Esta tesis está destinada al control judicial de constitucionalidad en el proceso administrativo parte del compromiso remitido al Estado de Derecho de protección de los derechos subjetivos vulnerados por actos y actores estatales de facto, ilegales e ilegítimos, y el restablecimiento de la igualdad de esos derechos a los individuos jurídicos a través de la adjudicación.

Su significado diferencia los sistemas parlamentario, concentrado y difuso; desafiando al Derecho Administrativo, el porqué de la aplicación de normas inconstitucionales y lo que genera, a través de actos generales o reglamentos. En Argentina respecto del Control Difuso de las normas, se practican las teorías de la decisión mínima y de los precedentes, y el principio *iura novit curiae*, sin satisfacer aquel compromiso; lo cual nos lleva a buscar elementos que coadyuven en fuentes de doctrina del derecho y disciplinas afines.

Esta mención nos introduce a un elemento de ciencia jurídica como método o que nos sugiere el derecho al respecto, para arribar al

principio de legalidad, jurídico y constitucional; exhibiendo la inseparabilidad entre decisión judicial y control constitucional, los sistemas y otros institutos que lo contienen.¹

También en la tesis para obtener grado de Dr. en Derecho, la Eficacia del Control de Constitucionalidad en Procesos Administrativos y Judiciales Período 1999-2011 en el Ordenamiento Jurídico Boliviano. La presente tesis doctoral, tuvo como objeto identificar el grado de eficacia del control de constitucionalidad en procesos judiciales y en procesos administrativos, tomando el período de junio 1999 hasta agosto de 2011 como marco de delimitación, las conclusiones que se ha llegado es que la Acción de Inconstitucionalidad precisa de reforma procedimental profunda, que incluya la figura de control estricto de constitucionalidad, silencio positivo administrativo a favor de los derechos de las personas a fin de preservar el derecho de igualdad ante la ley, debido procesos y seguridad jurídica.²

Antecedentes nacionales:

Como antecedentes nacionales, sobre el Control Difuso Administrativo Peruano. Analiza una institución creada por el supremo intérprete de nuestra Constitución, denominada “Control Difuso Administrativo”, teniendo como cimiento el principio de Supremacía Constitucional, pilar de un Estado Constitucional, esto se originó en un contexto de profundización del mecanismo denominado control difuso administrativo, teniendo como objetivo verificar su grado de aplicación y, en consecuencia, su utilidad.

¹ De Mattia, Luis Alberto (2015)

² CLAURE VILLARRO (2013)

Llegando a las conclusiones que en gran parte de las resoluciones analizadas, no se efectúa un control difuso de la constitucionalidad de las leyes, sino un control de legalidad de normas; asimismo, se utiliza indiscriminadamente el término control difuso, sin haber cumplido con las condiciones establecidas por el Tribunal Constitucional para su aplicación.³

Asimismo en la tesis *El Control Difuso Administrativo y sus Implicancias en el Estado Constitucional de Derecho*, tesis para lograr el título de abogado en la Universidad de Piura, la investigación busca realizar un aporte de relevancia jurídica, mediante la exposición y análisis de las distintas posturas generadas a raíz de la introducción por parte de nuestro Tribunal Constitucional, de la tan discutida figura del Control Difuso Administrativo, a fin de determinar cuan oportuno y conveniente sería permitir que los órganos colegiados y/o tribunales administrativos, sean depositarios del control difuso de la constitucionalidad de las leyes, llegando a las conclusiones que la figura del control difuso administrativo no encuentra asidero alguno dentro de nuestro ordenamiento jurídico; fundamentalmente porque la Administración Pública no tiene otorgado el poder de iurisdictio característico de todo controlador de la constitucionalidad de las normas, de igual manera tampoco tiene atribuida de forma expresa por la Constitución, la facultad del ejercicio del control difuso.⁴

Tenemos también la implicancia del Control Difuso en La Administración Pública, previa aplicación de la cuestión de Inconstitucionalidad, tesis para optar el Título de Abogado, en la Universidad Católica, analiza como el Tribunal Constitucional

³ Meza Figueroa (2014).

⁴ Arias-Koga (2015).

pretende que el control difuso tenga un alcance índole jurisdiccional a algunos órganos administrativos, llegando a la siguiente conclusión, cuando el Funcionario Público, el Tribunal Administrativo o las partes del proceso consideren que una norma con rango de Ley, y que de cuya validez dependa el acto administrativo definitivo – que agote la vía administrativa – puede ser contrario a la Constitución, debe plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional, a fin de que este sea el filtro al momento de dejar de aplicar una norma que considere inconstitucional, asimismo será el Tribunal Constitucional quien señale las pautas sobre las cuales debe basarse la administración pública para interponer o no una cuestión de inconstitucionalidad.⁵

2.2 BASES TEORICAS

Sistema de control

A) La jurisdicción constitucional de la libertad, considera los instrumentos que se utilizan en los sistemas jurídicos de los Estados para la protección de los derechos que señala la Constitución en su dimensión individual y social, comprendiendo los instrumentos fundamentalmente, de carácter procesal que se han instaurado para prevenir y reprimir las amenazas y vulneración de los mencionados derechos. La característica principal de los instrumentos es un procedimiento simple y veloz, dotado de medidas eficaces con carácter de retribución inmediata.

B) La jurisdicción constitucional orgánica abarca los instrumentos del control de constitucionalidad de las normas jurídicas infraconstitucionales, como las herramientas

⁵ Caldas Heral Roger (2011).

destinadas a resolver las contiendas o conflictos de competencias entre los distintos órganos que integran el poder que emana del Estado, y entre las autoridades del gobierno central y locales en los estados⁶

Modelos de jurisdicción

El modelo americano o de "judicial review"

Es conocido también de manera clásica como el modelo de control jurisdiccional difuso, caracterizado porque todos los jueces tienen la potestad y obligación legal de aplicar la Constitución con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a los decretos o resoluciones; de manera que, como dice Fernández Segado, "todos los jueces están habilitados para inaplicar aquellas leyes que juzguen contrarias a la Constitución"; o como manifiesta Mauro Cappelletti, "en este sistema se atribuye a todos los órganos judiciales de un ordenamiento jurídico, que lo ejerciten incidentalmente, con ocasión de la decisión de una causa de su competencia".⁶

Es Oportuno mencionar que este modelo de control de constitucionalidad tiene sus antecedentes en la doctrina desarrollada por el Juez inglés Edward Coke al resolver el "Bonhams case", en el año 1610, en defensa del common law y de su tradicional supremacía frente a los posibles excesos o arbitrios de la Corona ,doctrina que provoco una marcada influencia en los Estados Unidos de Norteamérica, donde por la vía del Derecho Jurisprudencial, los jueces y tribunales asumieron la función de velar por la supremacía de la Constitución, concretamente a partir

⁶ Control Difuso Delgado

de la célebre sentencia emitida por el juez Jhon Marshall al resolver el caso "Marbury vs. Madison".

El modelo de Control Difuso, tiene las características que se describen a líneas abajo:

Todos los órganos judiciales ordinarios, jueces y tribunales, pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes cuando conocen y resuelven las controversias suscitadas ante ellos.

La ley que aparenta inconstitucionalidad no es pasible de impugnación directa, ya que la presunta inconstitucionalidad sólo puede hacerse valer como cuestión incidental, siempre y cuando que de esta resolución depende la decisión que, sobre el caso principal, ha de asumir el juez competente.

Están legitimadas para solicitar o promover el control, las partes en litigio, vale referir a las partes del proceso en el cual se debe aplicar la norma supuestamente inconstitucional.

En este sistema, el Juez no anula la ley, sino que declara una nulidad preexistente, inaplicando la disposición legal al caso que está conociendo, de tal forma que los efectos de su declaración están limitados al caso concreto.

Control concentrado kelseniano

También se le conoce en la doctrina clásica como el modelo de control jurisdiccional concentrado, y según Fernández Segado se caracteriza por otorgar a un organismo jurisdiccional especializado, entiéndase Tribunal Constitucional, Corte Federal Constitucional o Tribunal de Garantías Constitucionales, el

monopolio de las competencias para conocer a cerca de la constitucionalidad de las leyes, además de otras referidas a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

Manifestaciones del control difuso

Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional peruano (Ley N° 28237).- “Precedente.- Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.”

Artículo 38 de la Constitución Política del Perú.- “Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.”

Artículo 51 de la Constitución Política del Perú.- “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.”

Artículo 138 de la Constitución Política del Perú.- “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera.

Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.”

En el caso del control difuso –siguiendo la judicial review norteamericana–, los jueces tienen el poder-deber de dar preferencia a la Constitución en los casos concretos que les sean sometidos a su decisión y, en consecuencia, de inaplicar las leyes o demás normas jurídicas que consideren inconstitucionales.

Se trata de un poder-deber otorgado a los jueces jurisdiccionales del Estado, que están obligados a ejercitar o cumplir sea cual fuere su competencia o rango, sin importar el tipo de proceso de que se trate.

Dicho control “(...) sólo puede ser cumplido incidenter tantum, es decir, en un proceso concreto (que) el juez esté conociendo, y donde la inconstitucionalidad de la ley o norma (a inaplicar) no es ni el objeto de dicho proceso ni el asunto principal del mismo”.

¿Puede algún otro órgano encargado de solucionar o prevenir conflictos, preferir la Constitución a una norma de inferior jerarquía, al momento de tomar una decisión? O más precisamente: ¿pueden los órganos no jurisdiccionales, encargados de solucionar o prevenir conflictos, ejercer el control difuso de la constitucionalidad normativa? ¿Lo pueden hacer los árbitros, los órganos de la justicia militar e incluso los órganos de la Administración?

Podríamos decir que la Administración sólo actúa en el marco de poderes o facultades otorgadas por el ordenamiento jurídico, y entendiendo que la Norma Fundamental no le ha otorgado el poder de inaplicar las normas que considere inconstitucionales;

entonces, no hay manera de que la Administración pueda ejercitar un poder que no tiene o que no le ha sido otorgado.

El principio del „stare decisis“, característico de los países de „common law“, implica que las probables divergencias entre los distintos entes de justicia, sobre la constitucionalidad de una misma ley puedan ser decididas, a través del sistema de impugnaciones, por los órganos judiciales superiores y en especial por el Tribunal Supremo, cuya decisión será en lo sucesivo vinculante para todos los tribunales”

El Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado sobre este punto al señalar que:

“(…) la facultad de declarar inaplicables normas jurídicas, conforme a lo que establece el artículo 138º de nuestra Constitución Política, sólo se encuentra reservada para aquellos órganos constitucionales que, como el Poder Judicial, el Jurado Nacional de Elecciones o el propio Tribunal Constitucional, ejercen funciones jurisdiccionales en las materias que les corresponden y no para los órganos de naturaleza o competencias eminentemente administrativas. Por consiguiente, si bien resulta inobjetable que cualquier poder público u organismo descentralizado tiene facultad para interpretar la Constitución y, por ende, para aplicarla en los casos que corresponda, no pueden, en cambio, arrogarse una potestad, como la de declarar inaplicables normas infraconstitucionales, que la Constitución no les ha conferido de modo expreso e inobjetable”.

Los Tribunales u órganos colegiados de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente,

ya sea en cuestiones de forma o de fondo, de conformidad con los artículos 38º, 51º y 138.º de la Constitución.

Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.” Si el ordenamiento jurídico encomienda a la Administración el ejercicio de una función cuasi jurisdiccional; esto es, de solucionar y prevenir una serie de conflictos intersubjetivos, o de imponer sanciones, a través de una decisión vinculante u obligatoria que impone a las partes o administrados en el marco de un procedimiento administrativo (entonces, se debe concluir que dicho ordenamiento le otorga también los poderes y facultades necesarias para ejercer esa función.⁷

Contenidos esencial de los derechos fundamentales

Teoría absoluta y relativa

La teoría absoluta, imaginando el ámbito normativo de los derechos fundamentales como en el área de dos círculos concéntricos, aborda la parte formada por el círculo interior como un núcleo fijo e inmutable de esos derechos y, la sección de circunferencia exterior, como la parte accesoria o contingente de los mismos, este núcleo sería la parte intocable de estos y cualquier afectación respecto a ellos sería ilícita, en cambio en la parte contingente se pueden establecer las restricciones y limitaciones que se consideren necesarias y justificadas .

⁷ Control Difuso Delgado

Para ésta, la teoría relativa el contenido esencial de los derechos fundamentales afirma que éste no es preestablecido y fijo, sino determinable sólo en casos específicos en atención a las circunstancias del caso y luego de ponderarse los beneficios y perjuicios que se produzcan en él, tanto para el derecho intervenido como para el bien protegido a través de su limitación.

El principio de proporcionalidad, se adhiere como es evidente, a la teoría relativa sobre el contenido de los derechos constitucionales, al establecer el “límite del límite” de estos derechos, en cada caso concreto y de acuerdo a las circunstancias en que se relacionan los bienes jurídicos colindantes con ellos, oponiéndose a la teoría absoluta que distingue en ellos un núcleo intangible e inmutable en toda situación. (Contenidos esencial de los Derechos Fundamentales Martínez-Pujalte)

2.3. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS

1. **La constitución:** Es la norma jurídica que establece la estructura del estado establece el procedimiento para su modificación y para que los órganos del estado puedan dictar leyes y otras normas jurídicas: contiene normas que establecen los derechos de cada persona.
2. **Leyes constitucionales:** Las que modifican la constitución observando el procedimiento establecido en su artículo 206, es decir las que son aprobadas por el congreso. Con una votación favorable en cada caso superior a los dos tercios del número legal de congresistas.
3. **La ley orgánica:** La constitución define a la ley orgánica como aquella que regula la estructura y funcionamiento de las entidades del estado,

las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la constitución (Art. 106 .Const.).

4. **La ley:** Es la norma jurídica que aprueba el Congreso promulgada por el Presidente de la República, se publicará en el diario oficial El Peruano, que esta con arreglo a la Constitución. En caso de conflicto entre la ley orgánica y la ley ordinaria prevalece la ley orgánica.

5. **Normas regionales de carácter general:** El inciso 4 del artículo 200 de la constitución concede acción de inconstitucionalidad contra las normas regionales de carácter general. El artículo 198 dispone que la estructura organizada de las regiones y sus funciones específicas se establecen por ley orgánica.

6. **Resolución de Superintendencia:** Son aquellas resoluciones que dictan los jefes de los organismos cuya jefatura la ley los denomina superintendencia.

7. **Control constitucional:** Se llama control constitucional de las leyes a la verificación de si la ley contradice a la Constitucional, verificación de si la ley contradice a la Constitución, verificación que debe llevar a la anulación o no aplicación de la ley en caso de que haya tal contradicción (Murice Duverger).

8. **Control jurisdiccional:** Hay control jurisdiccional cuando la iniciativa no solamente corresponde al Gobierno y el Parlamento, sino participan también los ciudadanos.

9. **Control no jurisdiccional:** El control es no jurisdiccional cuando la iniciativa corresponde exclusivamente a los órganos gubernamentales y no participa la ciudadanía.

10. Función administrativa: Es la función que cumplen los órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativos y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los actos y hechos materialmente legislativos y jurisdiccionales.

11. Función cuasi jurisdiccional: Funcionario u órgano colegiado que tiene atribuciones parecidas a las de un tribunal o juez y que cumple una situación de imponer sanciones legales a una persona u organización.

2.4. HIPOTESIS

Hipótesis General

No existen criterios adecuados para que los funcionarios de la Superintendencia Nacional de Migraciones no apliquen el Control Difuso, en administrados que invocan derechos constitucionales.

Hipótesis Específicas

- a) El ordenamiento jurídico otorga a los funcionarios de la Superintendencia Nacional de Migraciones el ejercicio de la actividad normativa, que consiste en la emisión de normas.

- b) El ordenamiento jurídico otorga a los funcionarios de la Superintendencia Nacional de Migraciones el ejercicio de la actividad sancionadora.

2.5. VARIABLES

PARA LA HIPÓTESIS GENERAL

a. VARIABLE INDEPENDIENTE

Funcionarios de la Superintendencia Nacional de Migraciones

b. VARIABLE DEPENDIENTE

Aplicación del Control difuso.

PARA LA SUB HIPÓTESIS H1

a. VARIABLE INDEPENDIENTE

Ordenamiento Jurídico a Funcionarios de la Superintendencia Nacional de Migraciones.

b. VARIABLE DEPENDIENTE

Ejercicio de la función Administrativa Jurisdiccional.

PARA LA SUB HIPÓTESIS H2

a. VARIABLE INDEPENDIENTE

Ordenamiento jurídico a Funcionarios de la Superintendencia Nacional de Migraciones.

b. VARIABLE DEPENDIENTE

Actividad sancionadora.

2.6. OPERACIONALIZACION DE VARIABLES

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES
<p style="text-align: center;">Variable independiente</p> <p style="text-align: center;">Funcionarios de la Superintendencia Nacional de Migraciones.</p>	<p style="text-align: center;">Jurisdiccional Administrativo.</p>	<p style="text-align: center;">-Resoluciones positivas o negativas donde se prefiere la Constitución.</p> <p style="text-align: center;">-Números de resoluciones de examen relevantes de constitucionalidad para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo.</p> <p style="text-align: center;">-Número de resoluciones cuestionada que no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.</p>
	<p style="text-align: center;">Jurisdiccional Administrativo.</p>	<p style="text-align: center;">Resolviendo conflictos. Reprimiendo hechos punibles mediante la imposición de sanciones.</p>
	<p style="text-align: center;">Ordenamiento Jurídico.</p>	<p style="text-align: center;">Reglamento. Tratados internacionales; doctrina emanada del Tribunal Constitucional.</p>

Variable dependiente Aplicación del Control Difuso.	Función Jurisdiccional Administrativa	Ejercicio de la Función Administrativa
	Ordenamiento Jurídico	Actividad Normativa
	Actividad sancionadora	Aplicación de normas, reglamentos y la Constitución.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 METODO Y DISEÑO

3.1.1 MÉTODO DE LA INVESTIGACIÓN

Esta investigación es cuantitativa porque en el proceso de investigación se aplica secuencialmente: se comienza con la definición y planteamiento del problema a investigar, lo cual generalmente comprende identificación y delimitación del problema y objetivos de la investigación se revisa la literatura especializada y se constituye un marco teórico.

Después se analizan objetivos y preguntas de investigación cuyas respuestas tentativas traducen en hipótesis (no siempre y se determina una muestra representativa a partir de una población en de estudio. Por último se recolecta datos utilizando no más instrumentos de medición validadas y estandarizadas, los cuales se analizan y se interpretan (la mayoría de las veces mediante el análisis estadístico) y se reportan los resultados a través de informes de investigación de tesis.⁸

⁸ . (Ligia Gutiérrez 2013)

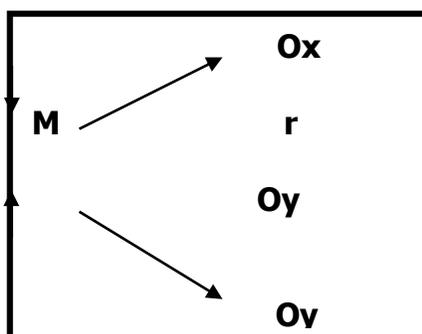
3.1.2 DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

Diseño de la investigación

Para la selección del diseño de investigación se ha utilizado como base el libro de Hernández, Fernández y Baptista (2006) titulado "Metodología de la Investigación" Según estos autores el diseño adecuado para esta investigación es de tipo transversal correlacional.

"Estos diseños describen relaciones entre dos o más variables en un momento determinado. Se trata también de descripciones, pero no de variables individuales sino de sus relaciones, sean estas puramente correlacionales o relaciones causales. En estos diseños lo que se mide es la relación entre variables en un tiempo determinado. Por ende los diseños correlacionales pueden limitarse a establecer relaciones entre variables sin precisar sentido de causalidad o pueden pretender analizar relaciones de causalidad. Cuando se limitan a relaciones no causales, se fundamentan en hipótesis correlacionales y cuando buscan evaluar relaciones causales, se basan en hipótesis causales".

Su diagrama representativo es el siguiente:



En el esquema:

M = Muestra de investigación

O_x, O_y = Observaciones de las variables

r = Relaciones entre variables

3.2. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

3.2.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN

El tipo de investigación es básica, descriptiva, correlacional.

El tipo de investigación es descriptiva correlacional porque se ha medido la relación que existe entre la variable funcionarios de la Superintendencia y la variable control difuso mediante el coeficiente de correlación de Pearson, que es una prueba estadística para analizar la relación entre dos variables medidas en un nivel por intervalos o de razón.

3.2.2. NIVEL DE INVESTIGACIÓN

El presente estudio de investigación es de nivel aplicativo, ya que se va a utilizar; con el objeto de medir la pertinencia de la aplicación del control difuso en sede

3.3 POBLACIÓN Y MUESTRA

La población está conformada por 100 operadores especializados en la Superintendencia Nacional de Migraciones.

Cuadro de Distribución de la Población

Se empleará el muestreo en la Superintendencia Nacional de Migraciones que cuenta con los siguientes funcionarios en el área de Extranjería:

OFICINAS	Nº DE FUNCIONARIOS
Departamento de Asesoría Jurídica	22
Gerencia de Servicios Migratorios	23
Subgerencia de Servicios migratorios	28
Gerencia General	14
Funcionarios con conocimiento del derecho	13
TOTAL	100

MUESTRA

La muestra es de tipo no probabilístico, de carácter inducido con un total de 100 profesionales y practicantes especializados en la Superintendencia Nacional de Migraciones.

$$P = M$$

3.4 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

3.4.1. PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS

TÉCNICAS

En el estudio se utilizarán las siguientes técnicas:

- Técnica de Análisis de documentos, la cual será aplicada durante todo el proceso de investigación.
- Estadística, se aplicará para el análisis descriptivo e inferencial de los datos a obtener.
- Juicio de expertos
La técnica de juicio de expertos se dará cuando se valide el cuestionario de la prueba piloto, antes de aplicarse a toda la muestra.

Los instrumentos a utilizar son los siguientes:

Fichas

Se utilizará como instrumento las fichas bibliográficas, textuales y de resumen, para registrar los datos de la indagación para las bases teóricas del estudio.

Ficha de evaluación de experto

Es el instrumento que sirve para evaluar por parte de un especialista o experto en el área de la investigación sobre la calidad del instrumento de recojo de datos, en este caso del cuestionario.

INSTRUMENTOS

- a) Cuestionario.- Este instrumento me permitió recopilar datos, que consiste en una serie de preguntas escritas que debe responder un entrevistado. Por lo regular, el cuestionario es sólo un elemento de un paquete de recopilación de datos que también puede incluir:

Los procedimientos del trabajo de campo, como las instrucciones para seleccionar, acercarse e interrogar a los entrevistados.

El cuestionario está compuesto por 13 ítems de carácter cerrado dirigido a los 100 profesionales encargados de la Superintendencia Nacional de Migraciones.

3.4.2 PARA LA PRESENTACIÓN DE DATOS

Cuadros y gráficos estadísticos.

3.4.3 PARA EL ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS

Los datos obtenidos mediante la aplicación de las técnicas e instrumentos antes indicados, recurriendo a los informantes o fuentes también ya indicadas, serán incorporados al programa computarizado SPSS v. 23 y con esto se elaborarán ilustraciones como cuadros con estadísticas porcentuales.

Los estadísticos que probablemente se emplearán teniendo en cuenta las características de la muestra y el nivel de las variables serán los siguientes estadísticos:

- **Media:** Muestra el promedio aritmético; la suma dividida por el número de casos.
- **Mediana:** Valor por encima y por debajo del cual se encuentran la mitad de los casos.

La mediana es una medida de tendencia central que no es sensible a los valores atípicos (a diferencia de la media, que puede resultar afectada por unos pocos valores extremadamente altos o bajos).

- **Moda:** El valor que ocurre con mayor frecuencia.

El Coeficiente Alfa de Cronbach: Es una medida de la homogeneidad de los ítems y se define como el grado en que los reactivos de la prueba se correlacionan entre sí. Este coeficiente implica trabajar con los resultados de todas las pruebas incluyéndose en el análisis las respuestas individuales a cada ítem (Anastasi 1968, Brown 1980, Magnusson 1976). Su ecuación es:

Coeficiente de Correlación de Pearson: Mide el grado de correlación (la dirección de esa correlación es positiva o negativa) entre dos variables de escala métrica (intervalar o de razón).

Este coeficiente, normalmente representado por la letra "r" asume apenas valores entre -1 y 1.

Prueba Z de Comparación de Proporciones: Es una prueba estadística para analizar si dos proporciones difieren significativamente entre sí.

La puntuación Z resultante se compara con la puntuación Z de la distribución de puntuaciones Z (normal) que corresponda al nivel de confianza elegido.

El valor calculado de Z (resultante de aplicar la fórmula) debe ser igual o mayor que el valor de la tabla de áreas bajo la curva normal correspondiente. Si es mayor o igual, se acepta la hipótesis de investigación. Si es menor se rechaza.

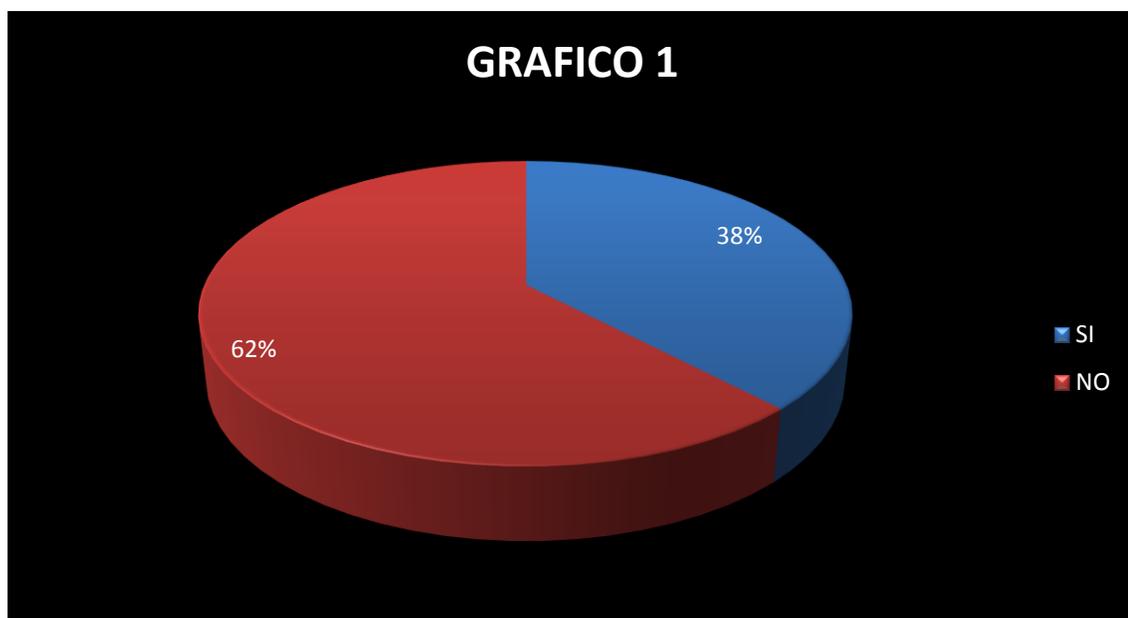
CAPÍTULO IV

RESULTADOS

PROCESAMIENTO DE DATOS

Los resultados se han obtenido en base a las investigaciones, encuestas, tabulada y sistematizada en las tablas de frecuencia simple, e interpretada y analizada las que paso a detallar atreves de los siguientes gráficos.

- 1) **¿Usted como funcionario o profesional en la administración pública encuentra que las resoluciones de la Superintendencia Nacional de Migraciones deban estar sometidas sólo al Principio de Legalidad?**

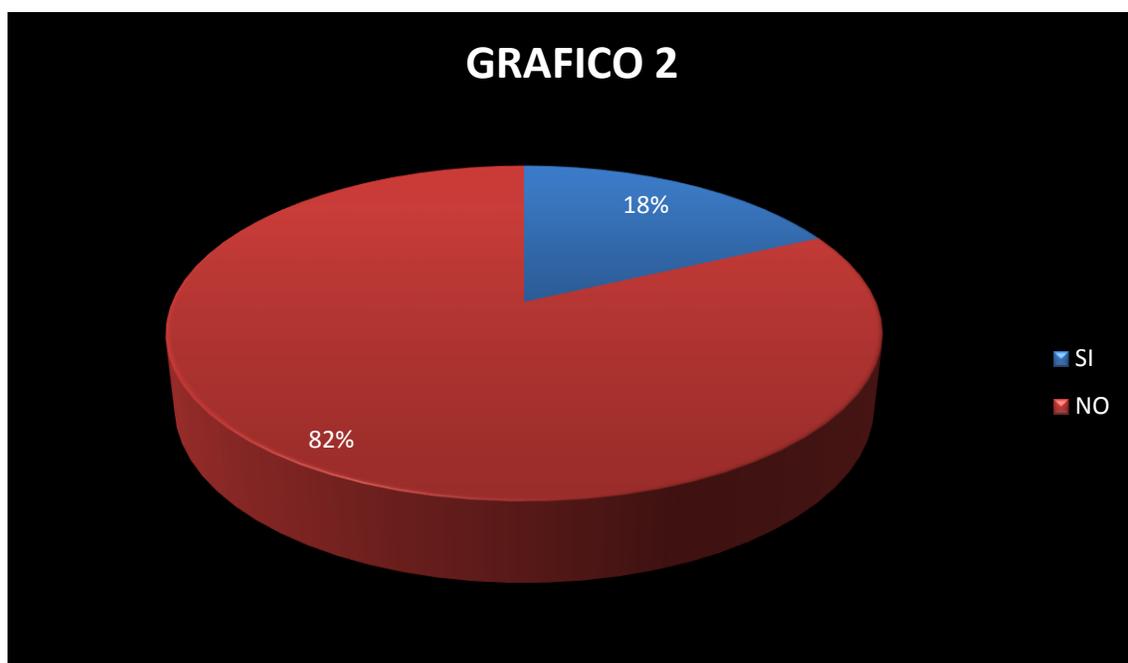


ANALISIS E INTERPRETACIÓN

De los resultados obtenidos en las encuestas, se logró determinar que del total de encuestados (100 profesionales encargados de la Superintendencia Nacional de Migraciones), el 38% considera que las resoluciones de la

Superintendencia Nacional de Migraciones deben estar sometidas sólo al Principio de Legalidad; y el 62% señalaron que no solo del principio de legalidad dependerá la resolución de las mismas.

2) ¿Usted como funcionario o profesional en la administración pública ha resuelto aplicando el principio de constitucionalidad alguna controversia planteada dentro de un proceso administrativo?

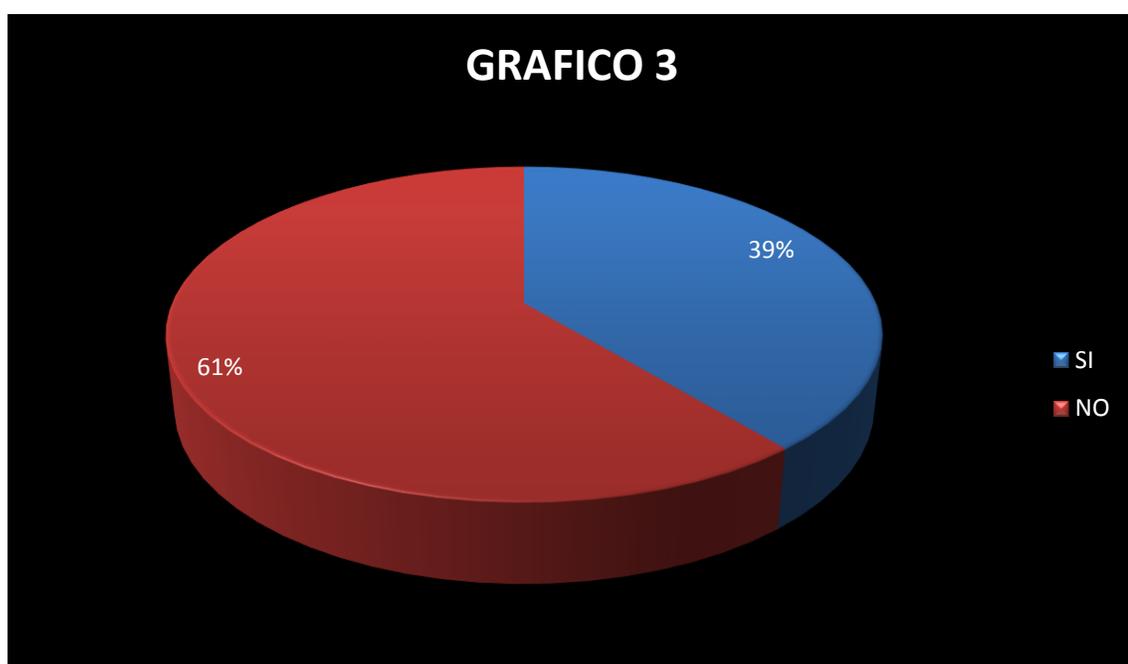


ANALISIS E INTERPRETACIÓN

Del análisis del presente cuadro arribamos a la conclusión que del total de encuestados (100 profesionales encargados de la Superintendencia Nacional de Migraciones), el 18% reconoce que ha resuelto aplicando el principio de constitucionalidad alguna controversia planteada dentro de un proceso

administrativo; y el 82% señalo que resolvió dichas controversias sin la necesidad de aplicar el principio de Constitucionalidad

- 3) ¿La flexibilidad del principio de legalidad como ha sido planteada por el Tribunal puede empujar al caos en el caso que las entidades consideren que incluso su competencia no es arreglada conforme a la constitución?**

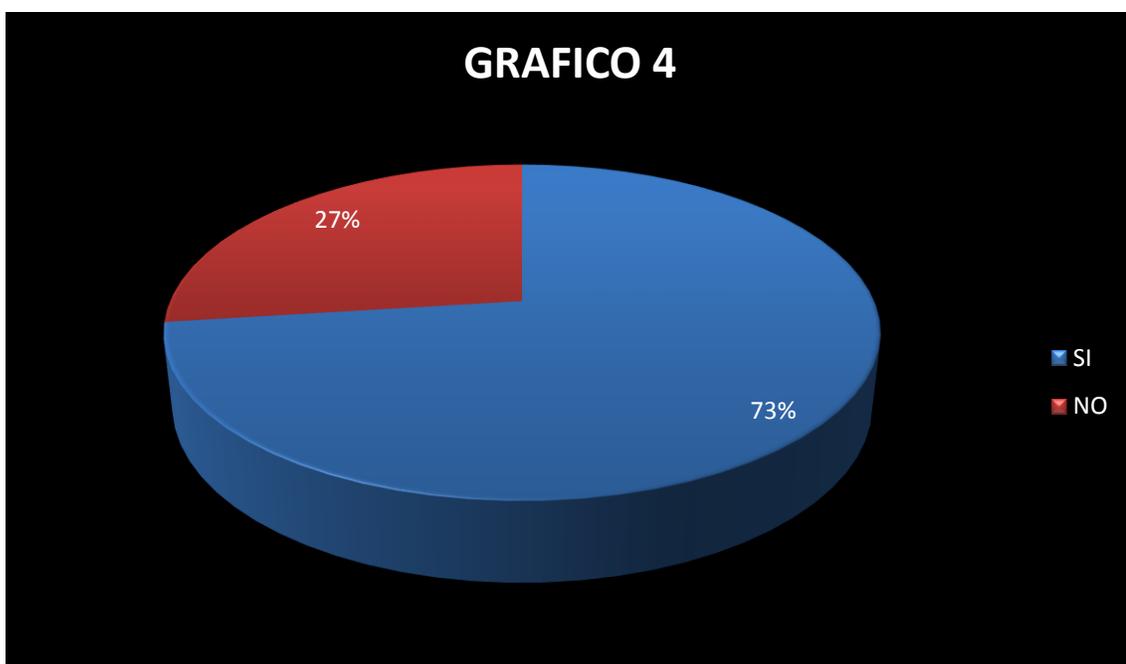


ANALISIS E INTERPRETACIÓN

De los resultados obtenidos en las encuestas, se logró determinar que del total de encuestados (100 profesionales encargados de la Superintendencia Nacional de Migraciones), el 39% considera que la flexibilidad del principio de legalidad como ha sido planteada por el Tribunal puede generar un caos en el caso que las entidades consideren que incluso su competencia no es arreglada

conforme a la constitución; y el 61% señalaron que no existe posibilidad alguna de que se altere y mucho menos genere un caos.

4) ¿Los derechos fundamentales del administrado se ven mejor reguardados, si los tribunales administrativos cuentan con el poder de aplicar control difuso ante la existencia de normas inconstitucionales?



ANALISIS E INTERPRETACIÓN

Del total de encuestados (100 profesionales encargados de la Superintendencia Nacional de Migraciones), se logró determinar que el 73% considera que los derechos fundamentales de los administrados se verían mejor reguardados, si los tribunales administrativos contaran con el poder de aplicar control difuso ante la existencia de normas inconstitucionales; y el 27%

señalo que los derechos de los administrados ya se encuentran perfectamente resguardados.

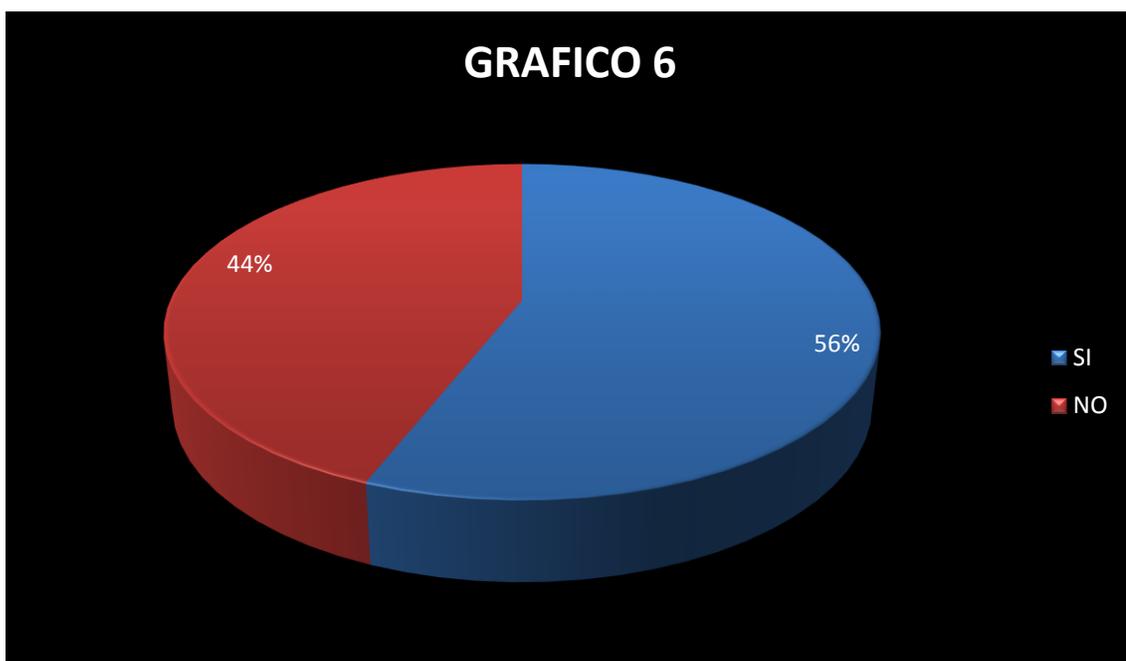
- 5) **¿Cree usted que a partir de la aplicación de normas legales en la Administración Pública se podría afectar directamente derechos fundamentales de los administrados?**



ANALISIS E INTERPRETACIÓN

Al formular la pregunta a los encuestados (100 profesionales encargados de la Superintendencia Nacional de Migraciones), el 82% manifestó que a partir de la aplicación de normas legales en la Administración Pública no se afectan directamente los derechos fundamentales de los administrados y el 18% dijo que si se puede materializar un posible daño a los derechos fundamentales de los administrados.

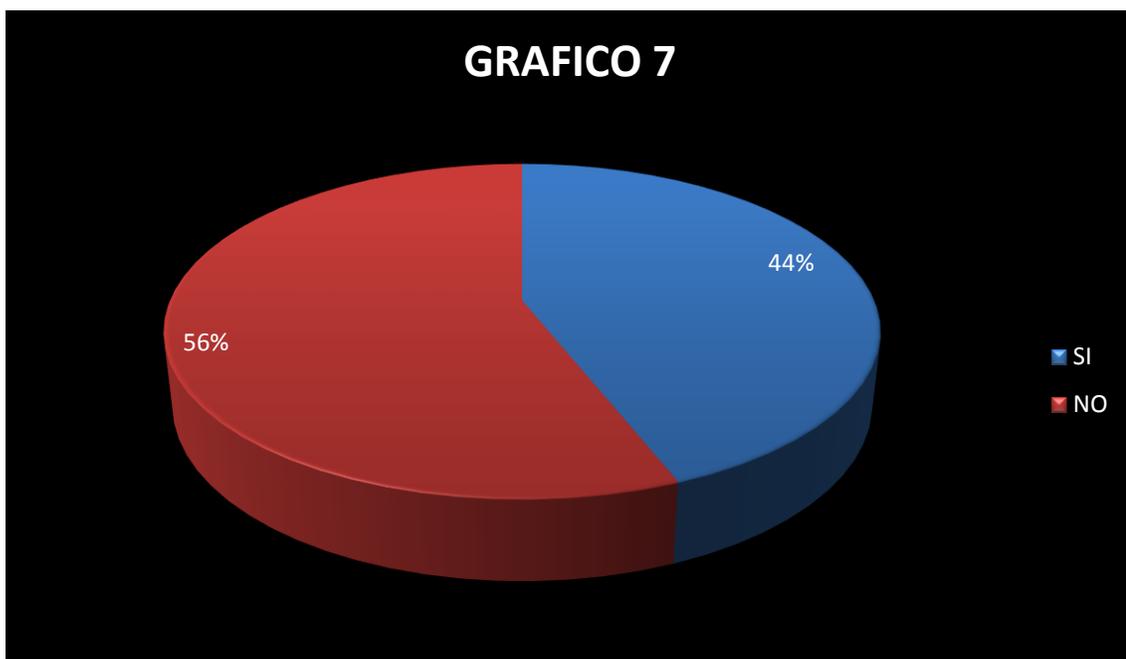
6) ¿La sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 04293-2012-PA/TC que deja sin efecto el precedente vinculante contenido en la STC 03741-2004-PA/TC, emitida el 5 de noviembre del año 2005 sobre el control difuso en sede administrativa debemos manifestar que consideramos, no solo errónea, sino que la consideramos sumamente perjudicial?



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

De los resultados obtenidos en las encuestas (100 profesionales encargados de la Superintendencia Nacional de Migraciones), en la presente pregunta el 56% manifestaron que es erróneo y sumamente perjudicial el contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 04293-2012-PA/TC que deja sin efecto el precedente vinculante contenido en la STC 03741-2004-PA/TC, sobre el control difuso en sede administrativa; y el 44% opina que es correcto dicho contenido.

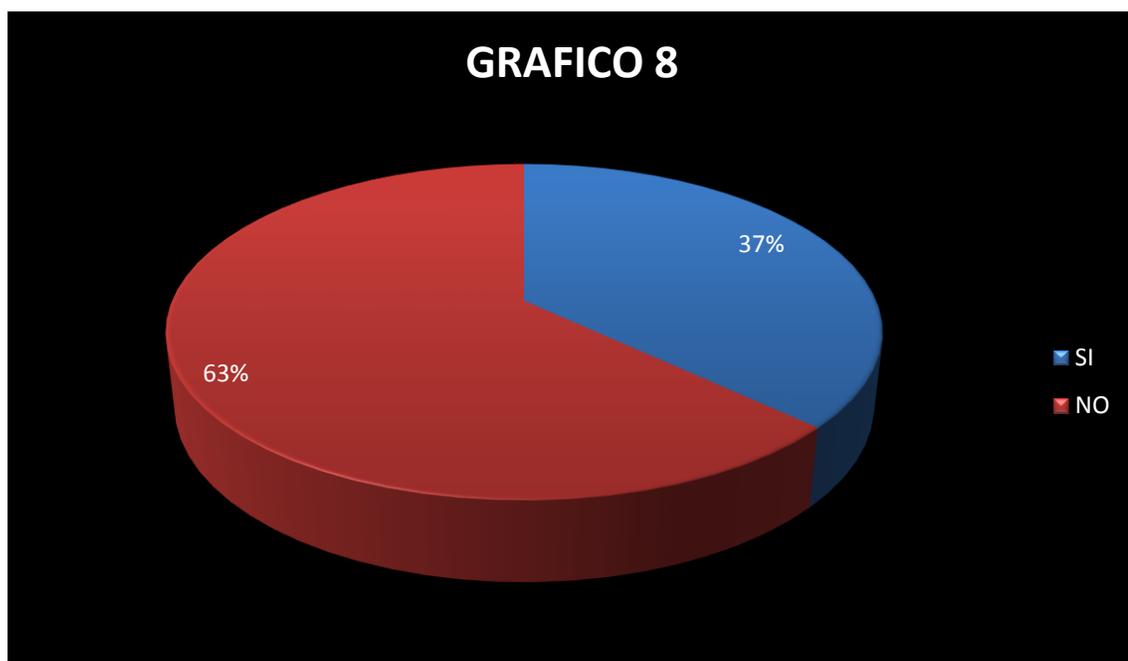
7) ¿Considera usted que los tribunales administrativos estaban obligados a aplicar las normas legales infraconstitucionales, aun cuando fueran contrarias a la Constitución, dejando a los administrados en una situación perjudicial y forzándolos a recurrir a la instancia judicial para que, vía resolución de un juez, se aplicara el control difuso que garantice el respeto de sus derechos?



ANALISIS E INTERPRETACIÓN

Al formular esta pregunta a los encuestados (100 profesionales encargados de la Superintendencia Nacional de Migraciones), el resultado fue que el 56% considera que los tribunales administrativos no estaban obligados a aplicar las normas legales infraconstitucionales; y el 44% manifestó que los tribunales administrativos si estaban obligados a aplicar las normas legales infraconstitucionales, aun cuando fueran contrarias a la Constitución, dejando a los administrados en una situación perjudicial y forzándolos a recurrir a la instancia judicial para que, vía resolución de un juez, recién se aplicara el control difuso que garantice el respeto de sus derechos.

8) ¿Considera usted que los tribunales administrativos, que resolvían los procedimientos en última instancia administrativa, quedaban facultados a ejercer el control difuso sobre las normas legales que fueran aplicables a los expedientes a su cargo, debiendo quedar claro que este control difuso en sede administrativa solo podía ser ejercido por los tribunales judiciales, mas no por los funcionarios de inferior nivel?

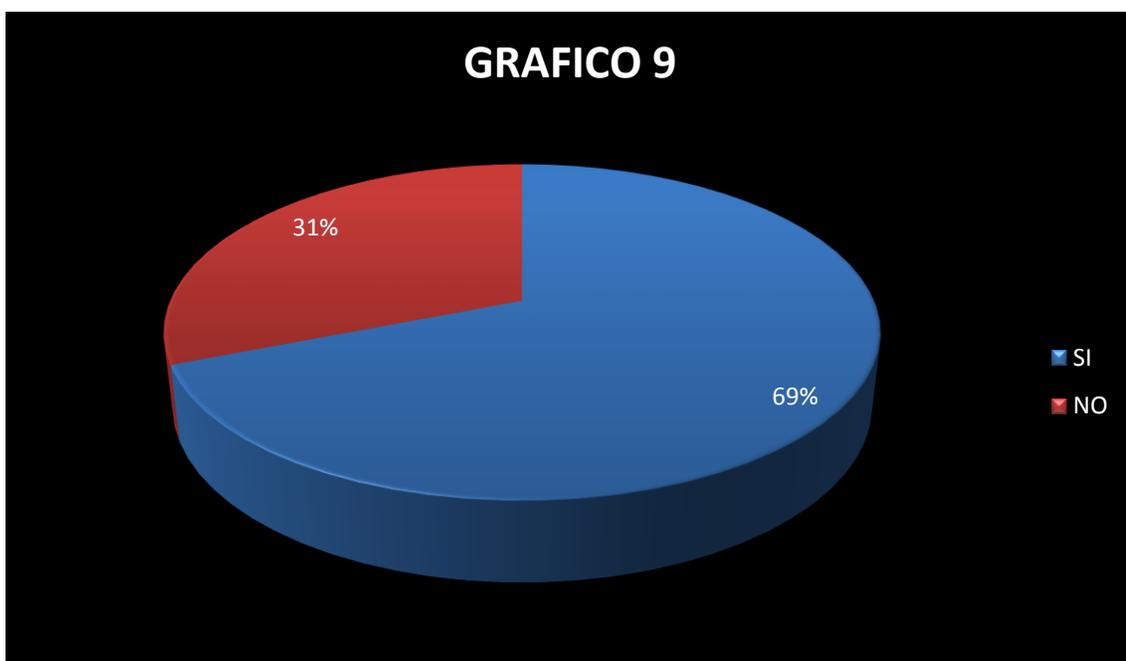


ANALISIS E INTERPRETACIÓN

En la presente pregunta del total de encuestados (100 profesionales encargados de la Superintendencia Nacional de Migraciones) se estableció que 37% tenía conocimiento de que los tribunales administrativos, que resolvían los procedimientos en última instancia administrativa, quedaban facultados a ejercer el control difuso sobre las normas legales que fueran aplicables a los expedientes a su cargo, debiendo quedar claro que este control difuso en sede administrativa solo podía ser ejercido por los tribunales judiciales, mas no por los funcionarios de inferior nivel; y 63% opinaban al respecto que los tribunales

administrativos, que resolvían los procedimientos en última instancia administrativa, no estaban facultados a ejercer el control difuso sobre las normas legales que fueran aplicables a los expedientes a su cargo.

9) ¿Está usted de acuerdo que se le otorgue la facultad para permitir la aplicación del control difuso de normas por parte de los tribunales administrativos?

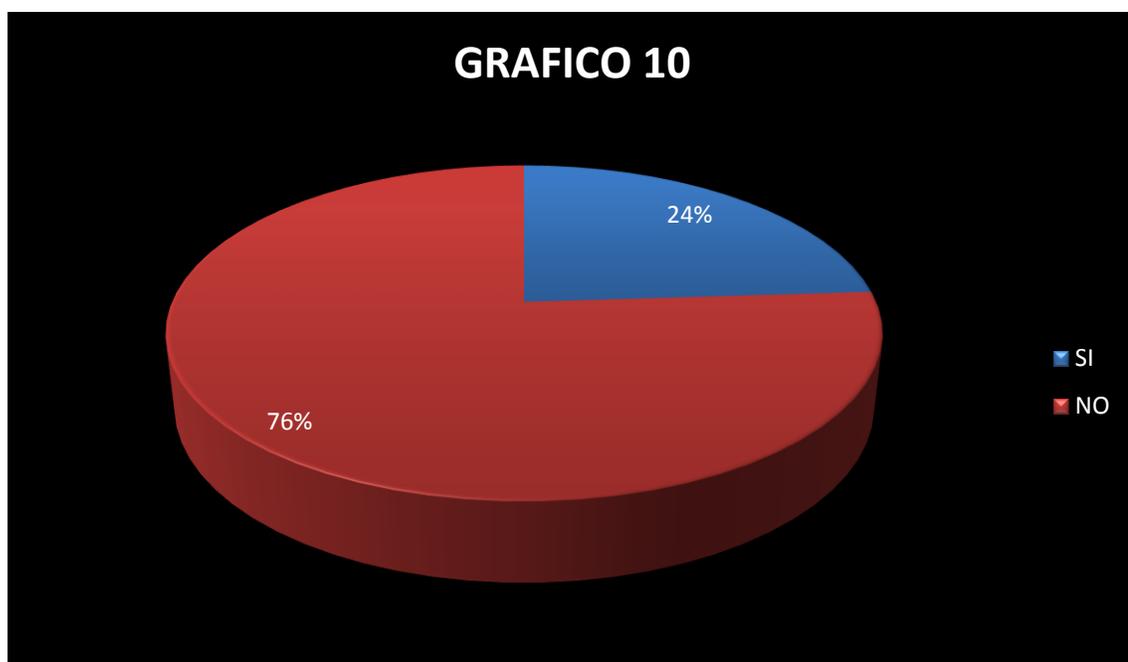


ANALISIS E INTERPRETACIÓN

A la siguiente pregunta formulada del total de encuestados (100 profesionales encargados de la Superintendencia Nacional de Migraciones), el 69% manifestó estar de acuerdo que se le otorgue la facultad para permitir la aplicación del control difuso de normas por parte de los tribunales administrativos; y el 31% manifestó que no deberían otorgarse dichas

facultades, debiendo estas quedar solo para uso exclusivo de los tribunales judiciales.

10) ¿Usted como funcionario o profesional está de acuerdo que los funcionarios que ejerzan el control difuso administrativo serán eventualmente pasibles de acciones de control, sino de procesos judiciales posteriores?

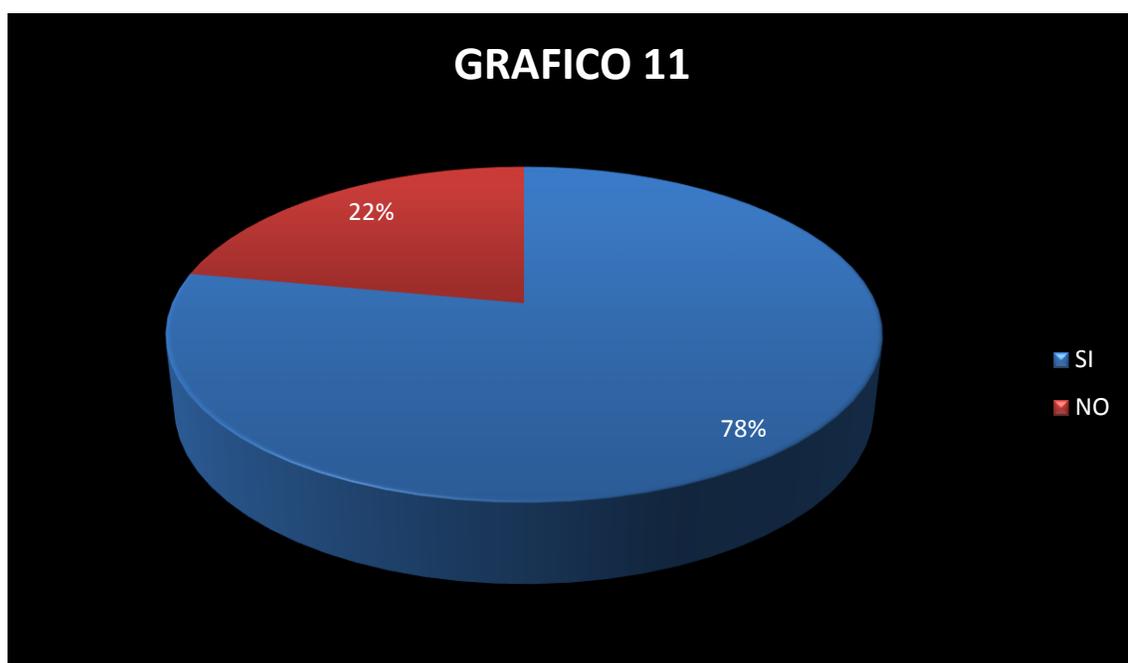


ANALISIS E INTERPRETACIÓN

Del 100% de encuestados (100 profesionales encargados de la Superintendencia Nacional de Migraciones), al formular la siguiente pregunta obtuvimos como resultado que: el 76% considera que los funcionarios que ejerzan el control difuso administrativo no serán eventualmente pasibles de

acciones de control, ni de procesos judiciales; y el 24% opina que si los funcionarios aplican el control difuso tendrán algún tipo de responsabilidad.

11)¿Usted como funcionario o profesional está de acuerdo que la Superintendencia Nacional de Migraciones resuelva conflictos o reprima hechos punibles, mediante la imposición de sanciones en la administración pública?



ANALISIS E INTERPRETACIÓN

De los resultados obtenidos en las encuestas (100 profesionales encargados de la Superintendencia Nacional de Migraciones), en la presente pregunta el 78% manifestaron que están de acuerdo que la Superintendencia Nacional de Migraciones resuelva conflictos o reprima hechos punibles, mediante la imposición de sanciones en la administración pública; y el 22% opina que no es función de la Superintendencia Nacional de Migraciones imponer sanciones al momento de resolver conflictos.

12) ¿Cree usted que existe competencia expresa y precisa debidamente otorgada a las entidades del Estado para llevar a cabo el control difuso administrativo, como si lo hay respecto al control difuso de los jueces y magistrados?



ANALISIS E INTERPRETACIÓN

Del 100% de los encuestados (100 profesionales encargados de la Superintendencia Nacional de Migraciones), en la presente pregunta el 85% manifestaron que no existe competencia expresa y precisa debidamente otorgada a las entidades del Estado para llevar a cabo el control difuso administrativo, como si lo hay respecto al control difuso de los jueces y magistrados; y el 15% opina que si existe competencia expresa y precisa debidamente otorgada a las entidades del Estado para llevar a cabo el control difuso administrativo.

13) ¿Usted como funcionario o profesional está de acuerdo que la viabilidad de aplicar el control difuso si se resuelve la competencia debidamente otorgada a de la Superintendencia Nacional de Migraciones, como si lo hay respecto al control difuso de los jueces y magistrados?



ANALISIS E INTERPRETACIÓN

Al formular esta pregunta a los encuestados (100 profesionales encargados de la Superintendencia Nacional de Migraciones), el resultado fue que el 93% considera que está de acuerdo que la viabilidad de aplicar el control difuso si se resuelve la competencia debidamente otorgada a de la Superintendencia Nacional de Migraciones, como si lo hay respecto al control difuso de los jueces y magistrados; y el 07% manifestó no estar de acuerdo.

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Validación estadística – prueba de hipótesis. De acuerdo a la investigación realizada y a las encuestas concluimos, que no existen criterios adecuados para que los funcionarios de la Superintendencia Nacional de Migraciones no apliquen el Control Difuso, en administrados que invocan derechos constitucionales.

Así mismo, que el ordenamiento jurídico no otorga a los funcionarios de la Superintendencia Nacional de Migraciones el ejercicio de la actividad normativa, que consiste en la emisión de normas.

Y finalmente, que el ordenamiento jurídico tampoco otorga a los funcionarios de la Superintendencia Nacional de Migraciones el ejercicio de la actividad sancionadora.

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Considerando nuestra investigación y la importancia de la realización de la encuesta realizada a 100 profesionales encargados de la Superintendencia Nacional de Migraciones, llegamos a los siguientes resultados:

1.- Si analizamos, en este caso el cuadro N° 1

De los resultados obtenidos en las encuestas, se logró determinar que del total de encuestados, el 38% considera que las resoluciones de la Superintendencia Nacional de Migraciones deben estar sometidas sólo al Principio de Legalidad; y el 62% señaló que no solo del principio de legalidad dependerá la resolución de las mismas.

2.- Del análisis del cuadro N° 2

Del análisis del presente cuadro arribamos a la conclusión que del total de encuestados, el 18% reconoce que ha resuelto aplicando el principio de constitucionalidad alguna controversia planteada dentro de un proceso administrativo; y el 82% señaló que resolvió dichas controversias sin la necesidad de aplicar el principio de Constitucionalidad.

3.-En este caso el cuadro N° 3 nos demuestra:

De los resultados obtenidos en las encuestas, se logró determinar que del total de encuestados, el 39% considera que la flexibilidad del principio de legalidad como ha sido planteada por el Tribunal puede generar un caos en el caso que las entidades consideren que incluso su competencia no es arreglada conforme

a la constitución; y el 61% señalo que no existe posibilidad alguna de que se altere y mucho menos genere un caos.

4.- Del análisis del cuadro N° 4 obtenemos que:

Del total de encuestados, se logró determinar que el 73% considera que los derechos fundamentales de los administrados se verían mejor resguardados, si los tribunales administrativos contaran con el poder de aplicar control difuso ante la existencia de normas inconstitucionales; y el 27% señalo que los derechos de los administrados ya se encuentran perfectamente resguardados.

5.- Del análisis del cuadro N° 5 obtenemos que:

Al formular la pregunta a los encuestados, el 82% manifestó que a partir de la aplicación de normas legales en la Administración Pública no se afectan directamente los derechos fundamentales de los administrados y el 18% dijo que si se puede materializar un posible daño a los derechos fundamentales de los administrados.

6.- Del análisis del cuadro N° 6 obtenemos que:

De los resultados obtenidos en las encuestas, en la presente pregunta el 56% manifestaron que es erróneo y sumamente perjudicial el contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 04293-2012-PA/TC que deja sin efecto el precedente vinculante contenido en la STC 03741-2004-PA/TC, sobre el control difuso en sede administrativa; y el 44% opina que es correcto dicho contenido.

7.- Del análisis del cuadro N° 7 obtenemos que:

Al formular esta pregunta a los encuestados, el resultado fue que el 56% considera que los tribunales administrativos no estaban obligados a aplicar las normas legales infraconstitucionales; y el 44% manifestó que los tribunales administrativos si estaban obligados a aplicar las normas legales infraconstitucionales, aun cuando fueran contrarias a la Constitución, dejando a los administrados en una situación perjudicial y forzándolos a recurrir a la

instancia judicial para que, vía resolución de un juez, recién se aplicara el control difuso que garantice el respeto de sus derechos.

8.- Del análisis del cuadro N° 8 obtenemos que:

En la presente pregunta del total de encuestados, se estableció que 37% tenía conocimiento de que los tribunales administrativos, que resolvían los procedimientos en última instancia administrativa, quedaban facultados a ejercer el control difuso sobre las normas legales que fueran aplicables a los expedientes a su cargo, debiendo quedar claro que este control difuso en sede administrativa solo podía ser ejercido por los tribunales judiciales, mas no por los funcionarios de inferior nivel; y 63% opinaban al respecto que los tribunales administrativos, que resolvían los procedimientos en última instancia administrativa, no estaban facultados a ejercer el control difuso sobre las normas legales que fueran aplicables a los expedientes a su cargo.

9.- Del análisis del cuadro N° 9 obtenemos que:

A la siguiente pregunta formulada del total de encuestados, el 69% manifestó estar de acuerdo que se le otorgue la facultad para permitir la aplicación del control difuso de normas por parte de los tribunales administrativos; y el 31% manifestó que no deberían otorgarse dichas facultades, debiendo estas quedar solo para uso exclusivo de los tribunales judiciales.

10.- Del análisis del cuadro N° 10 obtenemos que:

Del 100% de encuestados, al formular la siguiente pregunta obtuvimos como resultado que: el 76% considera que los funcionarios que ejerzan el control difuso administrativo no serán eventualmente pasibles de acciones de control, ni de procesos judiciales; y el 24% opina que si los funcionarios aplican el control difuso tendrán algún tipo de responsabilidad.

11.- Del análisis del cuadro N° 11 obtenemos que:

De los resultados obtenidos en las encuestas, en la presente pregunta el 78% manifestaron que están de acuerdo que la Superintendencia Nacional de

Migraciones resuelva conflictos o reprima hechos punibles, mediante la imposición de sanciones en la administración pública; y el 22% opina que no es función de la Superintendencia Nacional de Migraciones imponer sanciones al momento de resolver conflictos.

12.- Del análisis del cuadro N° 12 obtenemos que:

Del 100% de los encuestados, en la presente pregunta el 85% manifestaron que no existe competencia expresa y precisa debidamente otorgada a las entidades del Estado para llevar a cabo el control difuso administrativo, como si lo hay respecto al control difuso de los jueces y magistrados; y el 22% opina que si existe competencia expresa y precisa debidamente otorgada a las entidades del Estado para llevar a cabo el control difuso administrativo.

13.- Del análisis del cuadro N° 13 obtenemos que:

Al formular esta pregunta a los encuestados, el resultado fue que el 93% considera que está de acuerdo que la viabilidad de aplicar el control difuso si se resuelve la competencia debidamente otorgada a de la Superintendencia Nacional de Migraciones, como si lo hay respecto al control difuso de los jueces y magistrados; y el 07% manifestó no estar de acuerdo.

CONCLUSIONES

1. Que los funcionarios de la Superintendencia Nacional de Migraciones, vienen vulnerando los derechos fundamentales de los usuarios, en especial de los ciudadanos extranjeros que recurren a dicha institución a realizar trámites administrativos.
2. Que no se otorga beneficios de subsanación y se aplica un procedimiento administrativo irregular agotando la vía administrativa y derivando los casos al Poder Judicial a través de Juzgados Contenciosos Administrativos.
3. Que no se viene aplicando un adecuado test de proporcionalidad, no obstante ya haber sido establecido por el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia. sobre la idoneidad, la proporcionalidad y la razonabilidad al aplicar una sanción.
4. Que la Superintendencia Nacional de Migraciones no cuenta con personal idóneo y debidamente capacitado para realizar este tipo análisis aplicados a casos específicos en procedimiento administrativo.
5. Que los funcionarios de la Superintendencia Nacional de Migraciones incrementan y saturan más aun la gran carga procesal que existe en el Poder Judicial, donde un tipo de proceso Contencioso Administrativo o una demanda de Amparo a nivel de un Juzgado Constitucional demora años.
6. Que la Superintendencia Nacional de Migraciones no toma en consideración que los ciudadanos extranjeros casados con mujeres peruanas de forma regular, y que ya han formado una familia, más aun

que cuentan con hijos menores, se les vulnera cruelmente sus derechos fundamentales como lo es el ejercicio de la Patria Potestad señalados en la Constitución, aplicando el principio de legalidad de un reglamento por encima de lo señalado en nuestra Carta magna.

RECOMENDACIONES

1. No se debería vulnerar el principio-garantía del Debido Proceso dentro de los procedimientos administrativos, ya que emiten pronunciamientos que no valoran los medios probatorios, ni las condiciones personales, y mucho menos los argumentos aportados por los usuarios.
2. Antes de efectuar pronunciamientos de fondos basados en sus reglamentos de Extranjería, se debe valorar lo estipulado en la Constitución en lo concerniente a los derechos fundamentales y sus vulneraciones de orden flagrante.
3. Que se debería contratar personal y profesionales de capacidad comprobada, además de capacitar constantemente al personal y contar con especialistas en Derecho Administrativo y Derecho Constitucional.
4. Que antes de efectuar un pronunciamiento de fondo deben aplicar un correcto test de proporcionalidad y no una simple aplicación del principio de legalidad; todo ello para poder analizar y resolver tomando en cuenta las condiciones personales de los usuarios y los posibles daños irreparables que les puedan ocasionar a familias enteras.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. **Achenbach, T.** (1981). *Investigaciones en Psicología del Desarrollo*. Mexico: El Manual Moderno.
2. **Alegre Martínez, Miguel Ángel.** (1996). *Justicia Constitucional y Control Preventivo*. Universidad de León.
3. **Ansión, J.** (1985). *Violencia y cultura en el Perú*. Lima: Oficina de copias e impresiones.
4. **Blume Fortini, Ernesto:** "La Defensa de la Constitución a través de la Ordenanza Municipal", Editora. Jurídica Grijley E.I.R.L., Primera Edición, Lima, 1998.
5. **Borea Odría, Alberto** (1996): *Evolución de las Garantías Constitucionales*. Editora y Distribuidora Jurídica.Grijley E.I.R.L., Lima
6. **Comisión Andina de Juristas** (1998) *Perú y Chile: Poder Judicial y Derechos Humanos*. Lima
7. **Domingo García Belaunde** (2001), *Domingo Derecho Procesal Constitucional* Editorial TEMIS, Bogotá.
8. **Fernández Segado, Francisco** (1984) *La Jurisdicción Constitucional en España*", Dykinson, Madrid.
9. **García Belaúnde, Domingo** (1996) *La Constitución en el Péndulo*", Editorial UNSA, Primera Edición, Arequipa.
10. **García Belaúnde, Domingo** (1998) *Derecho Procesal Constitucional*", MARSOL Perú Editores, S.A., Primera Edición, Lima
11. **García Belaúnde, Domingo:** "De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional", Editora Jurídica Grijley, Primera Edición, Lima, 2000.
12. **HERNÁNDO SAMIERI**, (1991).*Metodología de la Investigación*.Mc. Graw Hill, México.
13. **KELINGER, F** (1984) *Enfoque Conceptual de la Investigación Pedagógica* Edit. Trilla México.

14. **KELINGER, F.** (1983.)Investigación del Comportamiento Interamericano .Edit. Trillas México
15. **SIERRA BRAVO, R.** (1994) Tesis Doctorales y Trabajos de Investigación Científica Paraninfo. Madrid.
16. **Tamayo, M.** (1992).Proceso de la Investigación científica .Fundamento de la Investigación Científica.

ANEXOS

**(Encuesta, matriz de consistencia y resoluciones
administrativas y judiciales)**

ENCUESTA

- 1) ¿Usted como funcionario o profesional en la administración pública encuentra que las resoluciones de la Superintendencia Nacional de Migraciones deban estar sometidas sólo al Principio de Legalidad?**

- 2) ¿Usted como funcionario o profesional en la administración pública ha resuelto aplicando el principio de constitucionalidad alguna controversia planteada dentro de un proceso administrativo?**

- 3) ¿La flexibilidad del principio de legalidad como ha sido planteada por el Tribunal puede empujar al caos en el caso que las entidades consideren que incluso su competencia no es arreglada conforme a la constitución?**

- 4) ¿Los derechos fundamentales del administrado se ven mejor reguardados, si los tribunales administrativos cuentan con el poder de aplicar control difuso ante la existencia de normas inconstitucionales?**

- 5) ¿Cree usted que a partir de la aplicación de normas legales en la Administración Pública se podría afectar directamente derechos fundamentales de los administrados?**

- 6) ¿La sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 04293-2012-PA/TC que deja sin efecto el precedente vinculante contenido en la STC 03741-2004-PA/TC, emitida el 5 de noviembre del año 2005 sobre el control difuso en sede administrativa debemos manifestar**

que consideramos, no solo errónea, sino que la consideramos sumamente perjudicial?

- 7) ¿Considera usted que los tribunales administrativos estaban obligados a aplicar las normas legales infraconstitucionales, aun cuando fueran contrarias a la Constitución, dejando a los administrados en una situación perjudicial y forzándolos a recurrir a la instancia judicial para que, vía resolución de un juez, se aplicara el control difuso que garantice el respeto de sus derechos?
- 8) ¿Considera usted que los tribunales administrativos, que resolvían los procedimientos en última instancia administrativa, quedaban facultados a ejercer el control difuso sobre las normas legales que fueran aplicables a los expedientes a su cargo, debiendo quedar claro que este control difuso en sede administrativa solo podía ser ejercido por los tribunales judiciales, mas no por los funcionarios de inferior nivel?
- 9) ¿Está usted de acuerdo que se le otorgue la facultad para permitir la aplicación del control difuso de normas por parte de los tribunales administrativos?
- 10) ¿Usted como funcionario o profesional está de acuerdo que los funcionarios que ejerzan el control difuso administrativo serán eventualmente pasibles de acciones de control, sino de procesos judiciales posteriores?
- 11) ¿Usted como funcionario o profesional está de acuerdo que la Superintendencia Nacional de Migraciones resuelva conflictos o reprima hechos punibles, mediante la imposición de sanciones en la administración pública?

12) ¿Cree usted que existe competencia expresa y precisa debidamente otorgada a las entidades del Estado para llevar a cabo el control difuso administrativo, como si lo hay respecto al control difuso de los jueces y magistrados?

13) ¿Usted como funcionario o profesional está de acuerdo que la viabilidad de aplicar el control difuso si se resuelve la competencia debidamente otorgada a de la Superintendencia Nacional de Migraciones, como si lo hay respecto al control difuso de los jueces y magistrados?

VIABILIDAD DEL CONTROL DIFUSO EN LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE MIGRACIONES

MATRIZ DE CONSISTENCIA

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES	INDICADORES
<p><u>PROBLEMA GENERAL</u></p> <p>¿Cuáles son los criterios para que los funcionarios de la Superintendencia Nacional de Migraciones no apliquen el Control Difuso, en administrados que invocan derechos constitucionales?</p>	<p><u>OBJETIVO GENERAL</u></p> <p>Determinar si existe una relación entre el Control Difuso en sede administrativa y la vulneración de los Derechos Constitucionales.</p>	<p><u>HIPOTESIS GENERAL</u></p> <p>No existen criterios adecuados para que los funcionarios de la Superintendencia Nacional de Migraciones no apliquen el Control Difuso, en administrados que invocan derechos constitucionales.</p>	<p><u>Variable Independiente</u></p> <p>Funcionarios de la Superintendencia Nacional de Migraciones</p>	<p>-Resoluciones positivas o negativas donde se prefiere a la Constitución.</p> <p>-Número de Resoluciones de examen relevante de constitucionalidad para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo.</p> <p>-Número de Resoluciones cuestionadas que no sea posible de ser interpretada de conformidad a la Constitución.</p> <p>-Resolviendo conflictos, reprimiendo hechos punibles mediante la imposición de sanciones.</p> <p>-Reglamento y tratados internacionales, doctrina emanada del Tribunal Constitucional.</p>
<p><u>PROBLEMAS SECUNDARIOS:</u></p> <p>a-¿El ordenamiento jurídico otorga a los funcionarios de la Superintendencia Nacional de Migraciones el ejercicio de la actividad normativa, que consiste en la emisión de normas?</p> <p>b-¿El ordenamiento jurídico</p>	<p><u>OBJETIVO ESPECIFICOS:</u></p> <p>a) Establecer si el ordenamiento jurídico otorga a los funcionarios de la Superintendencia Nacional de Migraciones el ejercicio de la actividad normativa, que consiste en la emisión de normas</p>	<p><u>HIPOTESIS ESPECIFICAS</u></p> <p>a) El ordenamiento jurídico otorga a los funcionarios de la Superintendencia Nacional de Migraciones el ejercicio de la actividad normativa, que consiste en la emisión</p>		

<p>otorga a los funcionarios de la Superintendencia Nacional de Migraciones el ejercicio de la actividad sancionadora?</p>	<p>b) Determinar si el ordenamiento jurídico otorga a los funcionarios de la Superintendencia Nacional de Migraciones el ejercicio de la actividad sancionadora.</p>	<p>de normas.</p> <p>b) El ordenamiento jurídico otorga a los funcionarios de la Superintendencia Nacional de Migraciones el ejercicio de la actividad sancionadora.</p>	<p><u>Variable Dependiente</u></p> <p>Aplicación del Control difuso.</p>	<p>-Ejercicio de la función administrativa.</p> <p>-Actividad Normativa.</p> <p>-Aplicación de Normas Reglamentos Y la Constitución.</p>
--	--	--	--	--

RESOLUCION ADMINISTRATIVA MIGRACIONES



Resolución de Superintendencia

Que, sin perjuicio de lo expuesto en el considerando precedente, debemos indicar que de acuerdo a reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha determinado que la autoridad administrativa no se encuentra facultada para realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución, de acuerdo a ello, consideramos que en el presente caso y en los demás similares, corresponde al Órgano Jurisdiccional establecer si es posible efectuar una interpretación de la Ley de Extranjería de manera favorable al administrado en atención a Principios Constitucionales y Supranacionales de protección a la familia, siempre que sea solicitado por el propio extranjero;

Que, por otro lado, es necesario señalar que considerando el numeral 1.1 del Artículo IV de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, Principio de Legalidad el mismo que determina que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas, la autoridad migratoria aplica la sanción de Salida Obligatoria del territorio nacional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley de Extranjería;

Que, estando a los argumentos señalados en el Recurso de Apelación interpuesto por el ciudadano de nacionalidad colombiana Martin Alonso Herrera Zapata con fecha 19 de setiembre de 2014, examinados los hechos y evidencias y, atendiendo el análisis efectuado en los considerandos anteriores, puede establecerse la inexistencia de un error o vicio en la emisión de la Resolución de Gerencia N° 048-2014-MIGRACIONES de fecha 12 de setiembre de 2014 emitida por la Gerencia de Servicios Migratorios, toda vez, que el Procedimiento Administrativo Sancionador sobre aplicación de la sanción de Salida Obligatoria del país regulado en el artículo 62 de la Ley de Extranjería se ha llevado en estricta observancia del Principio de Legalidad¹ y del Debido Procedimiento² regulados en los numerales 1) y 2) del artículo IV de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, por lo que, al no ameritar modificarlo o anularlo, deben confirmarse los alcances y fundamentos expuestos en la misma;

Que, por todo lo señalado, del análisis del Recurso de Apelación presentando con fecha 19 de setiembre de 2014 se advierte que el recurrente no ha desvirtuado los argumentos de la resolución emitida por la Gerencia de Servicios Migratorios, en consecuencia, consideramos que la Resolución de Gerencia N° 048-2014-MIGRACIONES de fecha 12 de setiembre de 2014 ha declarado válidamente la aplicación de la sanción de Salida Obligatoria del territorio nacional al ciudadano de nacionalidad colombiana Martin Alonso Herrera Zapata, en consecuencia, el citado recurso deviene en infundado, debiéndose confirmar los alcances y fundamentos contenidos en la resolución impugnada, dándose por agotada la vía administrativa;



E. PALOMINO V.



G. CASTILLO O.



D. MAPE V.

¹ Principio de Legalidad .- determina que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

² "2. Debido Procedimiento.- Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso".

AUTO ADMISORIO JUDICIAL

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA SÉPTIMO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Expediente : N° 2895-2015
Demandante : MARTÍN ALONSO HERRERA ZAPATA
Demandado : SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE MIGRACIONES
Secretario : Carlos Sialer Niquen

RESOLUCIÓN NÚMERO CUATRO

Lima, veintiséis de octubre
de dos mil dieciséis.-

Puesto a Despacho en la fecha por la asistente judicial conel *Oficio Exp. Sala N° 02895-2015 S/2° SECA/CSJLI/PJ de fecha veintisiete de setiembre de dos mil dieciséis*: por lo que en mérito a lo ordenado por el Superior Jerárquico mediante resolución número cuatro de fecha dos de junio último se procede a calificar nuevamente la demanda; **AUTOS Y VISTOS**: con el escrito postulatorio de demanda, de fecha treinta de marzo de dos mil dieciséis, 1comprobante de pago por ofrecimiento de pruebas (S/.38.00), 2 comprobantes de pago por concepto de notificación (S/. 4.00), escrito de subsanación de demanda de fecha dieciocho de mayo de dos mil quince, y, demás documentos que se adjuntan: Agréguese a los autos; y, **ATENDIENDO AL PRINCIPAL**:

PRIMERO: De conformidad con el artículo 1 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584 (en adelante el T.U.O. de la Ley N° 27584), *La acción contenciosa administrativa tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados*;

SEGUNDO: Examinada la demanda y sus anexos se verifica que don **MARTÍN ALONSO HERRERA ZAPATA** interpone demanda contra la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE MIGRACIONES** teniendo como **Pretensión**: Se declare la nulidad de la Resolución de Superintendencia N° 000 00545-2014-MIGRACIONES de fecha veinte de noviembre de dos mil catorce que resuelve declarar infundado el recurso de apelación de fecha diecinueve de setiembre de dos mil catorce interpuesto contra la Resolución de Gerencia N° 048-2014-MIGRACIONES de fecha doce de setiembre de dos mil catorce, dando por agotada la vía administrativa.

TERCERO: La demanda reúne el requisito exigido por el inciso 1 del artículo 22 del T.U.O. de la Ley N° 27584, así como los previstos en el artículo 424 y

425 del Código Procesal Civil, encontrándose dentro de la competencia establecida en el artículo 112 de la referida Ley, asimismo, la pretensión planteada se encuentra dentro del supuesto previsto en el inciso 1 del artículo 5 del referido texto normativo, estando evidenciada la legitimidad e interés para obrar de la demandante; en observancia de lo dispuesto en los artículos 13 y 28 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584; y en ***virtud del principio de favorecimiento del proceso***; **SE RESUELVE:**

1) ADMITIR a trámite la demanda interpuesta por don **MARTÍN ALONSO HERRERA ZAPATA** interpone demanda contra la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE MIGRACIONES**⁴, en la vía del **PROCESO ESPECIAL**; Así mismo, téngase presente por el asistente de notificaciones la **CASILLA ELECTRÓNICA N° 5997**, a efecto de su notificación con arreglo a ley; y, **CÓRRASE TRASLADO** por el plazo de **DIEZ DÍAS** para que conteste la Demanda bajo apercibimiento de declararse su rebeldía en caso de Incumplimiento, debiendo entenderse el emplazamiento con el representante legal del Servicio de Administración Tributaria⁶; quien deberá consignar necesariamente su casilla electrónica conforme a lo dispuesto en el artículo 155-B del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁷, que constituye requisito de admisibilidad conforme a la norma citada; **TÉNGASE** por ofrecidos los medios probatorios; reservándose su admisión, y de ser el caso, su actuación para la etapa procesal respectiva.

2) SE ORDENA al demandado para que en el plazo de **diez días hábiles** remita a este Juzgado el expediente administrativo materia de las actuaciones 2 Modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1158, publicado el 06 diciembre 2013.

De acuerdo al artículo 2 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584 prescribe que: (...) 3. Principio de favorecimiento del proceso.-

El Juez no podrá rechazar liminarmente la demanda en aquellos casos en los que por falta de precisión del marco legal exista incertidumbre respecto del agotamiento de la vía previa.

Asimismo, en caso de que el Juez tenga cualquier otra duda razonable sobre la procedencia o no de la demanda, deberá preferir darle Trámite a la misma.

En el caso materia de autos se ha tenido en cuenta lo señalado por el demandante en el sentido que nunca se le notificó la Resolución de Superintendencia N° 00000545-2014-MIGRACIONES de fecha veinte de noviembre de dos mil catorce (acto administrativo que agotó la vía administrativa); sin perjuicio de ***verificarse el cargo de notificación de dicha resolución una vez remitido que sea el expediente administrativo***.

Así mismo la entidad administrativa que expidió en última instancia la resolución administrativa impugnada, conforme a lo dispuesto en el numeral 1

del artículo 15 del T.U.O. de la Ley N° 27584. En consecuencia, se rechaza la demanda en el extremo que demanda al Gerente de Servicios Migratorios Ronald Ríos Adrianzen. Consignada en su escrito de subsanación de demanda de fecha dieciocho de mayo de dos mil quince. **Artículo 17.1 del T.U.O. de la Ley N° 27584, prescribe que:** “La representación y defensa de las entidades administrativas estará a cargo de la Procuraduría Pública competente o, cuando lo señale la norma correspondiente, por el representante judicial de la entidad debidamente autorizado”.

Artículo incorporado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30229 (Publicado el doce de julio de dos mil catorce) administrativas cuestionadas, **debidamente foliado en forma ascendente ,completo y legible**, con los cargos respectivos de notificación incorporados ,bajo apercibimiento de imponerles multa compulsiva y progresiva en caso de Incumplimiento , de conformidad con lo señalado en el artículo 152° de la Ley N°27444 y el artículo 24° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584. Sin perjuicio de ello, **CUMPLA** el demandado con señalar el nombre del funcionario responsable bajo el cual se encuentra en custodia el expediente administrativo, así como el área y domicilio de éste, a efecto de su requerimiento bajo los apremios de ley en caso de incumplimiento, ello en atención a lo dispuesto en la Resolución Administrativa N° 200-2011-P-PJ de fecha once de mayo de dos mil once.

AL ÚNICO OTROSÍ: Téngase presente. Avocándose al conocimiento de la presente causa el magistrado que suscribe en mérito a la Resolución Administrativa N° 438-2016-P-CSJLI-PJ de fecha veintiséis de julio de dos mil dieciséis. **NOTIFICÁNDOSE** al demandante en su **CASILLA ELECTRÓNICA N°5997**, y al demandado en su domicilio sito **Avenida Prolongación España N°734-distrito de Breña. EGAM//**

**RESOLUCION JUDICIAL, MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA DENTRO DEL
PROCESO QUE ORDENA A MIGRACIONES EL LEVANTAMIENTO DE
IMPEDIMENTO DE INGRESO AL PAIS DEL CIUDADANO COLOMBIANO
MARTIN ALONSO HERRERA ZAPATA.**



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPERIOR DE J
SÉPTIMO JUZGADO ESPE
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

COMITÉ PERUANO DE NOTIFICACIONES ELECTRONICAS SINDICATO
SEDE RIMAC-SALAS Y JUZGADOS
Juez: MESAÑA PERALTA Cesar Angel (FALTO 15/04/2017)
Fecha: 19/04/2017 16:50:05. Razón: RESOLUCIÓN
JUDICIAL, D. Judicial: LIMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

RTE SUPERIOR DE JUSTICIA
MA - Sistema de
Notificaciones Electrónicas
SINDE
DE RIMAC-SALAS Y
JUZGADOS
creaticio: SIALER NIQUEÑ
río: Alberto
A12015981216
cha: 19/04/2017
:53:16, Razón: RESOLUCIÓN
DIGITAL, D. Judicial: LIMA
LIMA, FIRMA DIGITAL

Cautelar : N°02895 – 2015 -28 .

Demandante : Martín Alonso Herrera Zapata (rep. por Luis Augusto Castro Chávez).

Demandado : Superintendencia Nacional de Migraciones.

Sec. Jud. : Carlos Sialer Niquén.

Resolución número dos

Lima, diecinueve de abril de dos mil diecisiete.-

Puesto a Despacho en la fecha por el Secretario Judicial; **DADO CUENTA:** A los escritos de fecha diez y veinte de febrero de dos mil diecisiete: A lo expuesto en el principal téngase por cumplido el mandato contenido en al Resolución número uno de fecha uno de febrero de dos mil diecisiete, y agréguese a los autos los documentos que adjunta. Al único otrosí digo del escrito de fecha veinte de febrero de dos mil diecisiete: Pídase conforme a ley, y en el expediente principal conforme corresponde; al escrito de fecha veintisiete de marzo de dos mil diecisiete: Téngase presente y agréguese a los autos los documentos que adjunta; **AUTOS y VISTOS:** **PRIMERO:** Conforme señala el artículo 40 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2 008-JUS *son especialmente procedentes en el proceso contencioso administrativo las medidas cautelares de innovar y de no innovar*; **SEGUNDO:** Asimismo, el artículo 38 del compendio legal expuesto en el considerando anterior señala: *La medida cautelar podrá ser dictada antes de iniciado un proceso o dentro de éste, siempre que se destine a asegurar la eficacia de la decisión definitiva. Para tal efecto, se seguirán las normas del Código Procesal Civil con las especificaciones establecidas en esta Ley (énfasis nuestro);* **TERCERO:** Congruentemente con lo expuesto en el considerando anterior, el artículo 608 del Código Procesal Civil señala: **El juez competente para dictar medidas cautelares es aquel que se encuentra habilitado para conocer de las pretensiones de la demanda. El juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado el proceso o dentro de éste, salvo disposición distinta establecida en el presente Código. Todas las medidas cautelares fuera de proceso, destinadas a asegurar la eficacia de una misma pretensión, deben solicitarse ante el mismo juez, bajo sanción de nulidad de las resoluciones cautelares dictadas. El solicitante debe expresar claramente la pretensión a demandar. La medida cautelar tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva**¹. Por su parte el artículo 612 del dispositivo legal inicialmente referido establece que: **Toda**

¹ Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley N° 29803 publicada el 06 noviembre de 2011.

medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable (subrayado y resaltado nuestro); **CUARTO:** Los artículos 38 y 39 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, concordante con el artículo 611 del Código Procesal Civil, establecen los requisitos concurrentes que debe tener toda medida cautelar, a saber: **a) La verosimilitud** o apariencia del derecho invocado, lo que en doctrina se conoce como "*Fumus boni iuris*"; es decir, la apariencia, rasgo o aspecto exterior del derecho, es decir, la razonable probabilidad de que el derecho que se reclama, en principio, existe; **b) La necesidad de evacuar la decisión preventiva por constituir peligro en la demora del proceso o por cualquier otra razón justificable; c) La correspondencia o adecuación² de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión; además de la **contracautela**, cuyo objeto es asegurar al afectado con la medida, el resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiera ocasionar la ejecución de la misma; **QUINTO:** Es precisamente respecto al requisito de la verosimilitud del derecho que el Tribunal Constitucional en correcto pronunciamiento (y que este Despacho prepondera para el análisis de las solicitudes cautelares), ha señalado lo siguiente: "*Este es un presupuesto básico para obtener una medida cautelar e implica que quien afirma que existe una situación jurídica pasible de ser cautelada, debe acreditar la apariencia de la pretensión reclamada, a diferencia de la sentencia favorable sobre el fondo, la cual se basa en la certeza de tal pretensión. El petitionario tiene la carga de acreditar, sin control de su contraria, que existe un alto grado de probabilidad de que la sentencia definitiva que se dicte oportunamente reconocerá el derecho en el que se funda la pretensión*"³ (énfasis agregado); **SEXTO:** De la revisión de la solicitud cautelar, así como de lo expuesto en el escrito de fecha diez de febrero de dos mil diecisiete, se advierte que el recurrente solicita se le conceda una medida cautelar innovativa ordenándose el **levantamiento del impedimento de ingreso al territorio peruano de Martín Alonso Herrera Zapata**, dispuesto en el artículo primero de la Resolución de Gerencia N° 048-2014-MIGRACIONES de fecha doce de septiembre de dos mil catorce⁴; **SÉPTIMO:** Los**

² Presupuesto que novedosamente ha incluido el TUO de la Ley N° 27584 en la legislación Nacional Peruana, y que a decir de Giovanni F. Priori Posada: "...sirve para determinar si la medida cautelar solicitada y/o concedida sirve para el propósito que, de manera general, se reserva a las medidas cautelares, esto es, garantizar la eficacia de la sentencia que declare fundada una pretensión. Una medida que no sea adecuada, es decir incongruente, no cumplirá con la finalidad prevista, y por ello, constituye una herramienta absolutamente inútil conferida al litigante. La adecuación, por ello, garantiza al litigante que va contar con esa medida que de manera real garantice la efectividad de la sentencia. El Juez no podrá, por ello, conceder una medida cautelar que no sea idónea para garantizar la efectividad de la futura sentencia que declare fundada la pretensión", en "COMENTARIOS A LA LEY DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO", ARA editores, Lima 2009, Pág. N° 262.

³ Ver FUNDAMENTO JURÍDICO N° 28 de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional recaída en el EXPEDIENTE N° 00015-2005-PITC de fecha cinco de enero de dos mil seis.

⁴ En dicho acto administrativo se resolvió lo siguiente:

"Artículo 1.- Aplicar la sanción de SALIDA OBLIGATORIA al ciudadano de nacionalidad colombiana MARTÍN ALONSO HERRERA ZAPATA por los motivos expuestos en los considerandos de la presente resolución, medida administrativa que conlleva el impedimento de ingreso al territorio nacional.



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SÉPTIMO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

argumentos expuestos por el recurrente para alegar la verosimilitud de su derecho invocado se encontrarían referidos, sustancialmente, a lo siguiente: **a)** El daño que se viene causando en separar a un padre de su menor hija de tres años de edad es irreversible a nivel psicológico, social, físico y sus demás consecuencias. El demandante está imposibilitado de ver físicamente a su hija, de asistirle de manera directa, ya que nunca dejó de hacerlo de manera económica. Se encuentra imposibilitado de protegerla ante las vicisitudes cotidianas que se presentan en la sociedad, participar en su educación y darle seguridad, debiéndose tener en cuenta que el pretensor no tiene antecedentes de ningún tipo tanto en el Perú, como el país de Colombia; **b)** Al emitirse la Resolución N° 048-2014-MIGRACIONES se impuso al demandante una de las medidas más drásticas, pudiéndose haber aplicado una multa. Se expuso como fundamento de dicha resolución, una permanencia irregular de seis meses aproximadamente en territorio peruano al encontrarse vencido su Carné de Extranjería, y no haberlo renovado de manera oportuna, al no contar con los requisitos exigidos por la Administración emplazada ya que se encontraba desempleado y sin un contrato de trabajo vigente; siendo impugnado dicho acto administrativo mediante los recursos de apelación y reconsideración respectivamente; **OCTAVO:** Antes de iniciar el análisis correspondiente es necesario realizar una precisión respecto al contexto real del petitorio cautelar. En razón de ello, y si bien de conformidad con lo señalado en el artículo 62 de la Ley de Extranjería, aprobada mediante el Decreto Legislativo N° 703⁵, el análisis de dicho pedido cautelar también tendría que ser enfocado desde la perspectiva de la sanción de salida obligatoria⁶ (*cuya suspensión, modificación y/o levantamiento no forma parte del presente pedido cautelar*) del ciudadano de nacionalidad colombiana Martín Alonso Herrera Zapata, por ser una consecuencia accesorio a ella; también lo es, que en observancia estricta del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que le asiste dicha persona, el referido análisis deberá efectuarse en el contexto conforme ha sido postulado, esto es, en el extremo referido a que si corresponde o no disponer el levantamiento de la medida de impedimento de ingreso al territorio nacional (peruano) el mismo que se encuentra dispuesto en la Resolución de Gerencia N° 048-2014-MIGRACIONES de fecha doce de septiembre de dos mil catorce. Ello implica que en una eventual estimación de lo pretendido por el recurrente, la decisión

Artículo 2.- La presente sanción de salida obligatoria no tiene efectos sobre requisitorias que afecten a la referida persona.

⁵ Artículo 62.- La salida obligatoria procederá cuando el extranjero admitido se encuentre en situación migratoria irregular como consecuencia del vencimiento de su permiso de permanencia o residencia y excedido del plazo para la regularización establecido en el Reglamento de Extranjería. La salida obligatoria conlleva el impedimento de ingreso al territorio nacional.

⁶ La misma que, conforme ya se dijo, se encuentra contenida en la Resolución de Gerencia N° 048-2014-MIGRACIONES de fecha doce de septiembre de dos mil catorce, arriba descrita.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SÉPTIMO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

jurisdiccional que así lo disponga va a tener que contener —necesariamente— un mandato de suspensión parcial de la resolución administrativa antes referida, en tanto que, no resultaría ser congruente que se disponga dicho levantamiento sin que se emita pronunciamiento respecto a la parte resolutive del acto administrativo ya referido, tanto más si debe tenerse en cuenta el contenido del petitorio de la demanda tramitada en el proceso principal, en el que el recurrente pretende se revoque en parte —entendiéndose se declare la nulidad— de la Resolución de Gerencia N° 048-2014-MIGRACIONES ya referida (Ver Anexo 1-C de la solicitud cautelar); **NOVENO:** De la revisión y lectura de la Resolución de Gerencia N° 048-2014-MIGRACIONES de fecha doce de septiembre de dos mil catorce, se advertiría que el supuesto fáctico que habría sustentado la sanción de salida obligatoria, estaba referida a que la modalidad migratoria de “trabajador” del pretensor se encontraba vencida desde el veintiocho de enero de dos mil catorce⁷, supuesto que no habría sido desvirtuado, siendo incluso reafirmado por dicha parte al sostener lo siguiente: *“que por una situación involuntaria y ajena al recurrente en el presente año al momento del vencimiento para realizar la prórroga de mi residencia como trabajador, no me encontraba en condiciones para completar los requisitos señalados en el TUPA, ya que por motivos ajenos a mi persona me encontraba desempleado, y por una situación de manejar una alternativa distinta de permanecer en el país de forma legal me encuentro tramitando los requisitos para aplicar a la posibilidad del CONVENIO MERCOSUR⁸ (subrayado y negrita nuestro). No obstante ello, conforme ya se dijo anteriormente, el análisis a efectuarse en la presente resolución no se encuentra necesariamente vinculado al supuesto antes referido, sino más bien a la medida accesoria impuesta con la sanción anteriormente referida (el impedimento de ingreso al territorio peruano), la misma que tendría que ser analizada en función al test de proporcionalidad y razonabilidad diseñado por el Tribunal Constitucional, debido a que al ser una medida accesoria a la sanción de salida obligatoria, su imposición —para el presente caso— debería estar sustentada en el cumplimiento de las exigencias contenidas en dicho test, debido a que la motivación para su declaración se contrae —en la mayoría de los casos— a lo expuesto para la sanción principal (como sería el presente caso), siendo inexistente una motivación adicional*

⁷ En efecto, en el tercer párrafo de la Resolución de Gerencia N° 048-2014-MIGRACIONES se ha señalado que: “el ciudadano de nacionalidad colombiana MARTIN ALONSO HERRERA ZAPATA identificado con Pasaporte N° CC 70419264 cuenta con el Carné de Extranjería N° 000480391 bajo la modalidad migratoria de “Trabajador” la misma que se encuentra vencida desde el 28ENE2014, conforme consta en las investigaciones realizadas y a los hechos establecidos en el Alestado N° 377-2014-DIRESI-DIRSEG-PNP-DIVEXT-NIT formulado por el Departamento de no Inmigrantes Temporales de la División de Extranjería de la Dirección de Seguridad del Estado de la Dirección de Seguridad Integral de la Policía Nacional del Perú”;

⁸ Ver numeral TERCERO de los fundamentos de hecho del recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución de Gerencia N° 048-2014-MIGRACIONES de fecha diecinueve de septiembre de dos mil catorce (30-34 del cuaderno cautelar).

para la imposición de la medida accesoria de ahí que resultaría exigible una motivación adicional con la observancia de las reglas de proporcionalidad y razonabilidad para su aplicación, por lo que corresponde verificar su cumplimiento en el presente caso; **DÉCIMO:** De la lectura de la Resolución de Gerencia N° 048-2014-MIGRACIONES se advierte que el sustento para imponer la medida de impedimento de ingreso al país estaría únicamente vinculado a lo expuesto en la opinión contenida en el Informe N° 060-2014-MIGRACIONES-SM-MM (*ver penúltimo párrafo de la parte considerativa*), y más aún, en lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley de Extranjería, aprobada mediante el Decreto Legislativo N° 703 (*ver tercer párrafo de la parte considerativa*). Tal suceso determinaría que la imposición de la medida de impedimento de salida habría sido efectuada en mera aplicación directa de la disposición legal antes referida y sin la observancia de una debida motivación para su imposición, aunado a ello, al emitirse tal decisión no se habría observado las reglas contenidas en el Test de Proporcionalidad (*la que más adelante se expondrá*), supuestos que en definitiva no pueden —*ni deben*— dejar de ser observados por la Administración Pública en general, ni menos por los Órganos Jurisdiccionales del país. Siendo ello así, al haberse advertido una mera aplicación de la disposición legal antes referida, para la imposición de la medida de impedimento de ingreso al territorio nacional del pretensor, se habría omitido con efectuar una debida motivación, y con ello, el acto administrativo contenido en la Resolución de Gerencia N° 048-2014-MIGRACIONES no cumpliría con dicho requisito legal. En ese mismo sentido, el Tribunal Constitucional en correcta jurisprudencia —*y que este despacho lo comparte*— ha sostenido que “*este Colegiado considera que el establecimiento de disposiciones sancionatorias, tanto por entidades públicas como privadas, no puede circunscribirse a una mera aplicación mecánica de las normas, sino que se debe efectuar una apreciación razonable de los hechos en cada caso concreto, tomando en cuenta los antecedentes personales y las circunstancias que llevaron a cometer la falta. El resultado de esta valoración llevará a adoptar una decisión razonable y proporcional⁹* (subrayado y negrita nuestro), supuestos que en el caso de autos se ha advertido, esto es, la mera aplicación de lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley de Extranjería, y con ello la adopción de una medida no razonable, y, conforme se expondrá, no proporcional al momento de disponerse el impedimento de ingreso al país del ciudadano de nacionalidad colombiana Martín Alonso Herrera Zapata; **UNDÉCIMO:** En efecto, el Máximo Interprete Constitucional, de manera correcta ha diseñado y estructurado el Test de Proporcionalidad de la siguiente

⁹ Ver Fundamento N° 13 de la STC recaída en el Expediente N° 00535-2009-PA/TC de fecha cinco de febrero de dos mil nueve.

manera: *Tal como lo ha establecido este Colegiado, el test de proporcionalidad incluye, a su vez, tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone, como hemos señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro"¹⁰. En el presente caso, teniendo en cuenta el arraigo familiar del pretensor, entendiéndose que éste habría elegido como su residencia el lugar de nacimiento de su menor hija (Perú), la Administración emplazada —para la imposición de la medida de impedimento de ingreso al país— tenía que haber motivado su decisión en aplicación del Test de Proporcionalidad, y con ello, tendría que haber determinado que la imposición de dicha medida resultaba ser idónea, necesaria y proporcional, hechos que finalmente no se habrían realizado, en tanto que, no se habrían tomado en cuenta situaciones fácticas intrínsecamente vinculadas a esas tres categorías (el ejercicio de la patria potestad sobre la menor hija del pretensor, la inexistencia de antecedentes penales del pretensor en territorio nacional, la inexistencia de antecedentes judiciales del pretensor en territorio colombiano, la ponderación y valoración de la situación laboral de los extranjeros en el territorio nacional, la posibilidad de imponerle una medida distinta a la de impedimento de ingreso al territorio nacional, y/o en todo caso, no permitirle la regularización de su situación migratoria, entre otros). Siendo ello así, se colegiría que al habersele impuesto al pretensor la medida de impedimento de ingreso al país, se habría adoptado una medida no proporcional a los hechos advertidos por la Administración emplazada, en tanto que, si bien la calidad*

¹⁰ Ver FUNDAMENTO N° 25 de la STC recaída en el EXPEDIENTE N° 579-2008-PA/TC de fecha cinco de junio de dos mil ocho.

migratoria del pretensor de “trabajador” habría vencido al veintiocho de enero de dos mil catorce, también lo es, que dicho supuesto debía determinar la salida obligatoria del recurrente, y más no necesariamente la medida de impedimento de ingreso al territorio nacional, ya que ésta última tenía que haberse determinado bajo el Test de Proporcionalidad anteriormente señalado, la misma que, como se dijo, no fue efectuado; **DUODÉCIMO:** Debe advertirse además que los argumentos que sustentan el pedido cautelar se encuentran referidas a la aplicación y ponderación del Principio de Interés Superior del Niño y Adolescente, en tanto que —según el recurrente— se le estaría privando a él como a su menor hija de iniciales A.H.U., de participar en su educación y de ejercer la patria potestad, ocasionándole a la referida menor de edad un daño irreparable a nivel psicológico, social y físico; **DÉCIMO TERCERO:** Al respecto, el Tribunal Constitucional en correcta y constante jurisprudencia (y que este Despacho comparte) ha señalado que: “el Principio Constitucional de Protección del Interés Superior del Niño, Niña, y Adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por sus derechos fundamentales¹¹. En función de ello y aunado a lo expuesto en el considerando undécimo de la presente resolución, al momento de disponerse la medida de impedimento de ingreso al territorio nacional del pretensor, tenía que haberse evaluado y ponderado la observancia del principio anteriormente desarrollado, supuesto que no sé habría efectuado al momento de resolverse el recurso de reconsideración interpuesto por dicha parte (calificado como un recurso de apelación), realizado mediante la Resolución de Superintendencia N° 00000545-2014-MIG RACIONES de fecha veinte de noviembre de dos mil catorce¹²; considerando aún que se tendría que haber tenido en cuenta que de acuerdo al artículo 2 de la Ley de Extranjería aprobada por Decreto Legislativo N° 703, su aplicación —y el capítulo de sanciones en particular— debía estar en consonancia y no oponerse a los tratados y convenios internacionales, de los cuales el Perú sea parte, habiendo estado vigente a la fecha de expedición de las resoluciones administrativas expedidas por la entidad en el presente caso, la regulación internacional de los derechos del niño previstos en el artículo 19 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, de la cual el Perú es parte, que

¹¹ Ver Fundamento N° 19 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04058-PA/TC de fecha treinta de abril de 2014.

¹² Así se verifica de la carta N° 113-2014-MIGRACIONES-SM de fecha doce de diciembre de dos mil catorce (fojas 47 del cuaderno cautelar).

estipula que: "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". En suma, bajo los argumentos hasta aquí expuestos es razonable advertir la existencia de la verosimilitud del derecho del petitorio cautelar, por lo que corresponde disponer el levantamiento de la medida de impedimento de ingreso al territorio nacional del ciudadano de nacionalidad colombiana Martín Alonso Herrera Zapata, por ende corresponde disponer la suspensión en parte de los efectos de la Resolución de Gerencia N° 048-2014-MIGRACIONES de fecha doce de septiembre de dos mil catorce en el extremo de la medida antes referida. No obstante, debe tenerse en cuenta que dicha decisión debe ser ejecutada en tanto el pretensor cumpla con las exigencias legales para su cumplimiento; es decir, en tanto cumpla con realizar los trámites correspondientes para ingresar al país y se adecue a las calidades migratorias contenidas en la Ley de Migraciones, aprobada mediante el Decreto Legislativo N° 1350; **DÉCIMO CUARTO**: Asimismo, se verificaría la existencia del presupuesto cautelar de **peligro en la demora**, en tanto que la medida de impedimento de ingreso al país del pretensor no sólo conllevaría a un alejamiento injustificado con su menor hija, sino que además de ello, la resolución del proceso principal podría tomar un tiempo que podría ser perjudicial para los intereses de dicha menor de edad; contexto en el cual resulta razonablemente atendible la suspensión de la medida adoptada por la Administración emplazada. Por su parte, la medida cautelar solicitada, **resulta ser adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión**, en tanto es congruente con las pretensiones interpuestas en la demanda, siendo idónea la medida cautelar para suspender parcialmente los efectos de la Resolución de Gerencia N° 048-2014-MIGRACIONES de fecha doce de septiembre de dos mil catorce; por lo que el pedido cautelar, contiene los presupuestos procesales descritos en el considerando cuarto de la presente resolución. Del mismo modo, respecto a la exigencia contenida en el último párrafo del artículo 37 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584 (*esto es, la ponderación sobre la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada*), este Despacho considera que tratándose de una medida que incide de manera directa en el pretensor, su efectivización vincula sólo al recurrente, por lo que no se advertiría una afectación al interés público o a terceros con la concesión de la medida, dado que el tema de fondo está relacionado con una facultad de la Superintendencia Nacional de Migraciones – MIGRACIONES (*la imposición de una sanción*), sin la existencia concreta de un asunto de relevancia



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SÉPTIMO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

económica para aquella o de un perjuicio por la suspensión de los efectos de la resolución impugnada, siendo proporcional —en el presente caso— ponderar la afectación al pretensor con la eficacia inmediata de dicho acto administrativo, de no otorgarse la tutela cautelar. No obstante, y a efectos de garantizar el eventual resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiera irrogar la ejecución de la medida, se verifica que el recurrente ha presentado como **contracautela**, que la pretensora presente un Certificado de Depósito Judicial N° 201 7006200486 por la suma de S/405,00 (cuatrocientos cinco y 00/100 Soles), monto que, a criterio de este Despacho, resulta ser razonable dada la naturaleza de la sanción impuesta al recurrente, y que garantizaría un eventual resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiera irrogar la ejecución de la medida; **DÉCIMO QUINTO:** En consecuencia corresponde conceder la medida cautelar solicitada, y disponer la suspensión parcial de los efectos de la Resolución de Gerencia N° 048-2014-MIGRACIONES de fecha doce de septiembre de dos mil catorce, en el extremo que dispuso la medida de impedimento de ingreso del ciudadano colombiano Martín Alonso Herrera Zapata al territorio nacional, suspensión de deberá ser efectuada conforme a lo señalado en el considerando décimo tercero de la presente resolución. Por tanto, en atención a los fundamentos expuestos y las norma legales acotadas, **SE RESUELVE: CONCEDER** la medida cautelar solicitada, y **ORDENO;** que se suspenda parcialmente los efectos de la Resolución de Gerencia N° 048-2014-MIGRACIONES de fecha doce de septiembre de dos mil catorce, en el extremo que dispuso el impedimento de ingreso al territorio nacional del ciudadano de nacionalidad colombiana Martín Alonso Herrera Zapata, en tanto cumpla con las exigencias contenidas en el Decreto Legislativo N° 1350, conforme a lo señalado en el considerando décimo tercero de la presente resolución; **OFICIÁNDOSE** para que se dé fiel cumplimiento a la presente resolución, con los partes respectivos conforme a ley; en los seguidos por **Martín Alonso Herrera Zapata** de nacionalidad colombiana, representado por su apoderado Luis Augusto Castro Chávez contra la **Superintendencia Nacional de Migraciones**, sobre medida cautelar innovativa. **Notificándose** por cédula en el domicilio procesal del recurrente, según lo señalado en el artículo 155-E del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, incorporado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30229¹³, concordante con lo dispuesto en el numeral 7.4.6 de la Directiva N° 006-2015-CE-PJ "Lineamientos para el diligenciamiento de las notificaciones electrónicas". JRMG

¹³ Ley que adecúa el uso de las tecnologías de información y comunicaciones en el Sistema de Remates Judiciales y en los servicios de notificaciones de las resoluciones judiciales, y que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, El Código Procesal Civil, El Código Procesal Constitucional y la Ley Procesal del Trabajo