

UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
ESCUELA DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL



**VULNERACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES POR LAS
RESTRICCIONES DE TRÁNSITO INTERNACIONAL A MENORES
DE EDAD. CASO ESPECIAL: CONTROL FRONTERIZO “SANTA
ROSA” DE TACNA. PERIODO 2014-2015.**

TESIS

Presentada por:

ABOGADA: GIOMAR FRESIA CHOQUE CÁCERES

Para optar el grado académico de:

Magíster en Derecho Constitucional

TACNA - PERÚ

2017

AGRADECIMIENTO

A mi incondicional esposo Roberto Carlos, quien ha sido colaborador paciente e indispensable en el largo proceso de desarrollo de la presente tesis.

DEDICATORIA

A mi amado hijo Dylan, quien desde la noticia de su existencia ha despertado en mí la empatía con otras madres y a todas las madres e hijos que en cumplimiento de mis funciones laborales impedí que salgan del país.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTO	2
DEDICATORIA	3
ÍNDICE	4
ÍNDICE DE CUADROS.....	8
ÍNDICE DE GRÁFICOS.....	10
RESUMEN	11
ABSTRACT	13
INTRODUCCIÓN.....	15

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1.1 Planteamiento del problema	19
1.2 Formulación del problema	22
1.2.1 Interrogante principal	22
1.2.2 Interrogantes secundarias.....	22
1.3 Justificación e importancia de la investigación.....	22
1.4 Objetivos de la investigación	23
1.4.1 Objetivo general.....	23
1.4.2 Objetivos específicos	24
1.5 Conceptos básicos	24
1.6 Antecedentes de la investigación.....	27

CAPÍTULO II

FUNDAMENTO TEÓRICO CIENTÍFICO

2.1 El tránsito internacional de personas	30
2.1.1 Definición	30
2.1.2 Principales factores que determinan el tránsito internacional de personas.....	30
2.1.3 Las migraciones	32

2.1.4	Tipos de migraciones	34
2.1.5	La migración internacional.....	39
2.1.6	Teorías sobre la migración internacional	40
2.1.7	La migración infantil	43
2.1.8	Realidad de la migración de Tacna y Arica	45
2.1.9	El control migratorio en el Control Fronterizo de Santa Rosa	47
2.1.10	Instrumento jurídico que regula el tránsito internacional de personas entre Perú y Chile	48
2.1.11	El tránsito internacional de menores de edad y la regulación normativa en el Perú	49
2.1.12	El tránsito internacional de menores de edad en el derecho comparado.....	52
2.2	El derecho a la igualdad, libre tránsito, la protección y unidad de la familia en la Constitución	55
2.2.1	Derecho a la igualdad	55
2.2.1.1	Definición.....	55
2.2.1.2	El Derecho a la igualdad en la Constitución de 1993	57
2.2.1.3	El derecho a la igualdad y el Tribunal Constitucional	60
2.2.2	Derecho al libre tránsito.....	70
2.2.2.1	Definición.....	70
2.2.2.2	El libre tránsito en la Constitución	70
2.2.2.3	El libre tránsito y el Tribunal Constitucional.....	75
2.2.3	La protección y la unidad familiar	80
2.2.3.1	Definición de familia	80
2.2.3.2	La familia en la Constitución Política.....	80
2.2.3.3	La familia y el Tribunal Constitucional	84
2.3	La patria potestad.....	86
2.3.1	Definición	86
2.3.3	Patria potestad e interés superior del niño	90
2.3.4	Ejercicio unilateral de la patria potestad.....	96
2.4	La necesidad de replanteamiento normativo nacional para el libre tránsito internacional de menores	99
CAPÍTULO III		
MARCO METODOLÓGICO		
3.1	Hipótesis.....	106
3.1.1	Hipótesis general	106

3.1.2 Hipótesis específicas	106
3.2 Variables	107
3.2.1 Variable Independiente	107
3.2.1.1 Denominación de la variable (X)	107
3.2.1.2 Indicadores	107
3.2.1.3 Escala de medición.....	107
3.2.2 Variable Dependiente.....	107
3.2.2.1 Denominación de la variable (Y)	107
3.2.2.2 Indicadores	107
3.2.1.3 Escala de medición.....	107
3.3 Tipo de investigación	108
3.5 Ámbito y tiempo social de la investigación.....	108
3.6 Población y muestra	108
3.6.1 Unidad de estudio	108
3.6.2 Población	109
3.6.3 Muestra.....	109
3.7 Procedimientos, técnicas e instrumentos de recolección de la información.....	110
3.7.1 Procedimientos.....	110
3.7.2 Técnicas e instrumentos.....	110
3.7.2. 1 Técnicas de recolección de datos.....	110
3.7.2.2 Instrumentos.....	111

CAPÍTULO IV

LOS RESULTADOS

4.1 Descripción del trabajo de campo.....	112
4.1.1 Aplicación de instrumentos	112
4.1.2 Tiempo y coordinaciones realizadas	113
4.1.3 Planificación.....	114
4.1.4 Ejecución	114
4.2 Diseño de la presentación de los resultados.....	114
4.3 Presentación de los resultados	115
4.3.1 Encuesta a inspectores de migraciones	115
4.3.2 Resultado del análisis documental	126
4.4 Prueba estadística.....	133
4.5 Comprobación de hipótesis (discusión)	135

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	139
5.1 Conclusiones	139
5.2 Recomendaciones	140

FUENTES DE INFORMACIÓN.....	143
-----------------------------	-----

ANEXOS

ANEXO 01	148
ENCUESTA DIRIGIDA A INSPECTORES DE MIGRACIONES- TACNA.....	148
ANEXO 02	149
MATRIZ DE CONSISTENCIA.....	149

ÍNDICE DE CUADROS

CUADRO 01: ¿En caso de que un menor de edad fuera reconocido solamente por uno de los padres ¿considera que la patria potestad es ejercida solamente por quien reconoció al menor?	115
CUADRO 02: En caso de que un menor fuera huérfano ¿considera que la patria potestad es ejercida solamente por el padre/madre sobreviviente?	117
CUADRO 03: Si un menor reconocido por uno de los padres o huérfano pretende viajar a Chile ¿considera innecesario el permiso notarial para presentarlo en el control fronterizo?.....	118
CUADRO 04: Si un menor reconocido por uno de los padres o huérfano pretende viajar a Chile ¿considera suficiente la presentación en el control migratorio del DNI, acta de nacimiento del menor y/o acta de defunción de uno de los padres?.....	120
CUADRO 05: ¿Considera que la exigencia del permiso notarial para el menor reconocido solamente por uno de los padres o huérfano por fallecimiento de uno de los padres, atenta contra el derecho a la igualdad?.....	121
CUADRO 06: ¿Considera que la exigencia del permiso notarial para el menor reconocido solamente por uno de los padres o huérfano, atenta contra el derecho constitucional al libre tránsito?.....	123
CUADRO 07: ¿En todos los casos señalados, ¿considera que las diferentes restricciones legales nacionales ¿atenta contra el derecho constitucional de protección y unidad de la familia?.....	124
CUADRO 08: Menores que fueron impedidos de salir del país en el Complejo Fronterizo “Santa Rosa” de Tacna, por no contar con autorización notarial. Año 2014.....	125

CUADRO 09: Menores que fueron impedidos de salir del país en el Complejo Fronterizo “Santa Rosa” de Tacna, por no contar con autorización notarial. Año 2015.....	128
CUADRO 10: Actas de autorizaciones notariales de viaje de menor presentadas en el Complejo Fronterizo “Santa Rosa” de Tacna. Año 2014	130
CUADRO 11: Actas de autorizaciones notariales de viaje de menor presentadas en el Complejo Fronterizo “Santa Rosa” de Tacna. Año 2015.....	130
CUADRO 12: Nivel de salidas e impedimentos de salidas de menores de edad. Año 2014. Muestra de dos meses.....	131
CUADRO 13: Nivel de salidas e impedimentos de salidas de menores de edad. Año 2015. Muestra de dos meses.....	131
CUADRO 14: Cuadro de Baremos para determinar los niveles.....	132
CUADRO 15: Tabla de contingencia.....	134
CUADRO 16: Prueba de chi cuadrado.....	134

ÍNDICE DE GRÁFICOS

GRÁFICO 01: ¿En caso de que un menor de edad fuera reconocido solamente por uno de los padres ¿considera que la patria potestad es ejercida solamente por quien reconoció al menor?	116
GRÁFICO 02: En caso de que un menor fuera huérfano ¿considera que la patria potestad es ejercida solamente por el padre/madre sobreviviente?	117
GRÁFICO 03: Si un menor reconocido por uno de los padres o huérfano pretende viajar a Chile ¿considera innecesario el permiso notarial para presentarlo en el control fronterizo?.....	119
GRÁFICO 04: Si un menor reconocido por uno de los padres o huérfano pretende viajar a Chile ¿considera suficiente la presentación en el control migratorio del DNI, acta de nacimiento del menor y/o acta de defunción de uno de los padres?.....	120
GRÁFICO 05: ¿Considera que la exigencia del permiso notarial para el menor reconocido solamente por uno de los padres o huérfano por fallecimiento de uno de los padres, atenta contra el derecho a la igualdad?.....	122
GRÁFICO 06: ¿Considera que la exigencia del permiso notarial para el menor reconocido solamente por uno de los padres o huérfano, atenta contra el derecho constitucional al libre tránsito?.....	123
GRÁFICO 07: ¿En todos los casos señalados, ¿considera que las diferentes restricciones legales nacionales ¿atenta contra el derecho constitucional de protección y unidad de la familia?.....	125
GRÁFICO 08: Menores que fueron impedidos de salir del país en el Complejo Fronterizo “Santa Rosa” de Tacna, por falta de autorización notarial. Año 2014.....	127
GRÁFICO 09: Menores que fueron impedidos de salir del país en el Complejo Fronterizo “Santa Rosa” de Tacna, por falta de autorización notarial. Año 2015.....	129

RESUMEN

El título de la tesis es “Vulneración de derechos constitucionales por las restricciones de tránsito internacional a menores de edad. Caso especial: Control fronterizo “Santa Rosa” de Tacna. Periodo 2014-2015”.

El problema planteado surge porque en la actualidad se restringe el libre tránsito internacional a la ciudad de Arica (Chile) de menores reconocidos solamente por uno de los padres y a menores huérfanos por fallecimiento de uno de los padres, al exigírseles previamente la autorización notarial para que puedan continuar con el viaje, siendo evidente que la patria potestad la ejerce el padre sobreviviente o el padre que reconoció al menor. Esta restricción no ocurre con los hijos menores que viajan acompañados de sus padres, evidenciándose una clara vulneración al derecho a la igualdad, al tránsito y a la unidad familiar. Siendo así, se planteó como objetivo principal, establecer cuáles son las implicancias constitucionales que se presentan cuando se restringe el libre tránsito internacional a menores de edad reconocidos solamente por uno de sus padres o huérfanos por fallecimiento de uno de los padres, al solicitarles previamente autorización o permiso notarial en el Complejo Fronterizo Santa Rosa – Tacna.

El marco teórico tiene como base elemental lo determinado en las dos variables de estudio, siendo la primera sobre la restricción del libre tránsito de menores; y la segunda sobre la vulneración de derechos constitucionales (derecho a la igualdad, al libre tránsito y a la protección y unidad de la familia).

La hipótesis principal de la tesis es que “Las implicancias constitucionales

que se presentan cuando se restringe el libre tránsito internacional a menores de edad reconocidos solamente por uno de sus padres o huérfanos por fallecimiento de uno de sus padres, al solicitarles previamente autorización o permiso notarial en el Complejo Fronterizo Santa Rosa – Tacna, son la vulneración de los derechos a la igualdad, al libre tránsito, a la protección y unidad de la familia.”. Además, se han identificado las variables independiente y la dependiente con sus respectivos indicadores.

Metodológicamente, la investigación es de tipo básica, descriptivo, correlacional y explicativo. La investigación se ha desarrollado en un universo de los inspectores de migraciones de Tacna. Asimismo, se ha tenido en cuenta el análisis documental. Los instrumentos de medición han sido los cuestionarios y la guía de análisis documental. Para el procesamiento de datos, se ha utilizado el soporte informático IBM SPSS v. 21 para Windows paquete con recursos para el análisis descriptivo de las variables y para la prueba estadística. Se confirma la hipótesis planteada.

Los resultados del trabajo de campo, en un porcentaje mayoritario confirmaron las hipótesis. La conclusión principal quedó establecido que las restricciones de tránsito a menores materia de estudio vulneran el derecho a la igualdad, al libre tránsito, a la protección y unidad de la familia. Las sugerencias van dirigidas a proponer modificaciones legales mediante un anteproyecto de ley.

Palabras claves: Tránsito internacional, patria potestad, derecho a la igualdad, derecho al libre tránsito, derecho a la protección y unidad familiar.

ABSTRACT

The title of the thesis is "Vulneration of constitutional rights by restrictions of international traffic to minors. Special case: Border control "Santa Rosa" of Tacna. Period 2014-2015 ".

The problem raised arises because the free passage to the city of Arica (Chile) of children recognized only by one of the parents and orphans by reason of the death of one of the parents is now restricted, as they have previously been required for notarial authorization to That they can continue with the trip, being evident that the parental authority is exercised by the surviving father or the father who recognized the minor. This restriction does not occur with the minor children traveling with their parents, evidencing a clear violation of the right to equality, transit and family unity. Thus, the main objective was to establish the constitutional implications of restricting free international transit to minors recognized only by one of their parents or orphans on the death of a parent, by first requesting authorization or Notary permission in the Santa Rosa - Tacna Border Complex.

The theoretical framework has as elemental basis the determined in the two variables of study, being the first one on the restriction of the free transit of minors; And the second on the violation of constitutional rights (right to equality, free transit and protection and unity of the family).

The main hypothesis of the thesis is that "The constitutional implications that arise when international free movement is restricted to minors recognized only by one of their parents or orphans on the death of one of their parents, by first requesting authorization or notarial permission in The Santa Rosa - Tacna Border Complex are the violation of the rights to equality, free transit, protection and

unity of the family." In addition, the independent and dependent variables have been identified with their respective indicators.

Methodologically, the research is of a basic, descriptive, correlational and explanatory type. The research has been carried out in a universe of Tacna migration inspectors. Documentary analysis has also been taken into account. The instruments of measurement have been the questionnaires and the documentary analysis guide. For data processing, the IBM SPSS v. 21 for Windows package with resources for the descriptive analysis of the variables and for the statistical test. The hypothesis is confirmed.

The results of the field work, in a majority percentage confirmed the hypotheses. The main conclusion was established that the restrictions of transit to smaller subjects violate the right to equality, free transit, protection and unity of the family. The suggestions are aimed at proposing legal modifications through a draft bill.

Key words: International transit, patria potestas, right to equality, right to free transit, right to protection and family unity.

INTRODUCCIÓN

Actualmente, el tránsito internacional hacia la ciudad de Arica (Chile) se ha flexibilizado por acuerdos bilaterales entre los países de Perú y Chile, y es suficiente la presentación de los documentos nacionales de identidad de cada ciudadano para poder viajar al país de Chile y a la inversa el ciudadano de Chile pueda ingresar a nuestro país. En el caso de menores de edad, basta que estén acompañados por sus padres y la presentación de los documentos de identidad o actas de nacimiento de ser el caso. Sin embargo, en nuestro país, a los menores de edad que solamente fueron reconocidos por uno de los padres (generalmente la madre) o al menor que solamente cuenta con uno de los padres por el fallecimiento del otro, el libre tránsito que debería de existir para salir del país queda restringido hasta que previamente cumplan con tramitar y presentar una autorización notarial ante las autoridades migratorias. Este hecho causa serios perjuicios a los padres y sus menores hijos, evidenciándose además una clara vulneración de derechos constitucionales como son: el derecho a la igualdad, al libre tránsito y a la protección y unidad familiar.

Consideramos que para el caso de los menores de edad señalados, resulta importante tener como elemento principal el ejercicio de la patria potestad. En caso de fallecimiento de uno de los padres, la patria potestad lo ejerce el padre sobreviviente, previa acreditación del Acta de defunción. Para el caso del menor que solamente fue reconocido por uno de los padres (generalmente la madre) la patria potestad la ejerce exclusivamente la madre, al padre que no reconoció al hijo no le

corresponde la patria potestad. Estas son las premisas jurídicas principales que sustentan la presente investigación.

Debemos precisar que esta problemática de los impedimentos de viaje a los menores señalados, son cotidianos en la frontera y que diariamente regresan a la ciudad realizar los trámites respectivos o desisten del viaje por no tener consigo partida actualizada que a su vez es requisito para el trámite notarial, pues en muchos casos las partidas deben solicitarlas en otro departamento lejano, o la fecha del viaje cae un fin de semana o feriado. Precisamente, la presente investigación ha tenido como propósito principal conocer y analizar esta problemática para poder establecer cuáles son las implicancias constitucionales que se presentan cuando se restringe el libre tránsito internacional a menores de edad reconocidos solamente por uno de sus padres o huérfanos por fallecimiento de un padre, al solicitarles previamente autorización o permiso notarial en el Complejo Fronterizo Santa Rosa – Tacna.

Resulta evidente que el impedimento de salida de menores de edad o huérfanos por fallecimiento de uno de los padres por no haber realizado trámites previos (notarial) es un problema vigente y casi cotidiano en el Complejo Fronterizo de “Santa Rosa”, en el cual muchos menores y sus padres se ven agobiados al diferenciárseles con otros menores que viajan con sus padres. Frente a esta realidad, surge la necesidad de modificar el artículo 111 del Código de los Niños y Adolescentes respecto a los viajes del menor al extranjero, por contraponerse a los derechos constitucionales ya mencionados.

Teniendo en cuenta lo señalado, surge la necesidad de plantear como objetivo principal de esta investigación establecer cuáles son las implicancias constitucionales que se presentan cuando se restringe el libre tránsito internacional a menores de edad reconocidos solamente por uno de sus padres o huérfanos por fallecimiento de un padre, al solicitarles previamente autorización o permiso notarial en el Complejo Fronterizo Santa Rosa – Tacna.

Esta investigación se justifica plenamente porque los resultados de esta investigación, permitirán esclarecer jurídicamente muchos aspectos relativos al tránsito internacional de menores de edad reconocidos por uno de sus padres o huérfano por fallecimiento del padre o de la madre, los cuales permitirán incorporar nuevos mecanismos legales que subsanen los vacíos o deficiencias legales frente a la problemática que desestabiliza la unidad familiar.

El marco teórico está representado básicamente por el tránsito internacional de personas, que viene a ser el desplazamiento de una persona o varias hacia otro país, ya sea por vía terrestre, aérea, marítima, lacustre o pluvial. El tránsito de personas en el ámbito internacional se encuentra regulado por el derecho migratorio, el cual, establece las modalidades y condiciones a que se sujetará el ingreso, permanencia o estancia y salida de extranjeros y lo relativo a la emigración y repatriación de nacionales. Asimismo, los derechos a la igualdad, al libre tránsito y a la protección y unidad familiar se han desarrollado doctrinariamente y jurisprudencialmente conforme lo señala el tribunal Constitucional mediante sus sentencias respectivas.

Estructuralmente, la presente tesis tiene los siguientes contenidos:

El Capítulo I está referido al planteamiento del problema, la formulación o interrogante del problema, tanto el principal como los específicos; asimismo los objetivos y los antecedentes de la investigación.

El Capítulo II contiene el fundamento teórico científico, enmarcados principalmente por las variables de estudio, es decir, por el tránsito internacional de personas y sobre los derechos constitucionales a la igualdad, al libre tránsito y a la protección y unidad familiar.

El Capítulo III está referido al marco metodológico, los cuales se encuentran las hipótesis, tanto la general como las específicas y de ellos se determinan las variables de estudio, tanto la independiente como la dependiente, todos ellos con sus respectivos indicadores. Asimismo, se

ha tenido en cuenta el tipo y diseño de investigación, la población y muestra; además de las técnicas e instrumentos de medición.

El Capítulo IV contiene los resultados de la investigación, entre ellos la descripción del trabajo de campo, el diseño de la presentación de los resultados, presentación de los resultados, la prueba estadística mediante el chi cuadrado y la comprobación de hipótesis.

El Capítulo V contiene las conclusiones y recomendaciones, elaborados conforme a los resultados de la investigación. Finalmente, contiene en cuenta la bibliografía y los anexos respectivos.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1.1 Planteamiento del problema

Desde tiempos antiguos, el hombre siempre ha tenido la necesidad de trasladarse de un lugar a otro por motivos familiares, laborales, turismo, etc., debiendo salir de su ciudad o desplazarse a otro país por diversos medios (terrestres, aéreos, marítimos, lacustres o fluviales). En nuestro país, el mayor flujo de movimiento de personas se da por vía terrestre, teniendo la misma incidencia quienes salen del país y precisamente la ciudad de Tacna tiene un alto nivel de desplazamiento de personas hacia el país de Chile y viceversa, motivados especialmente por los Convenios internacionales para el desplazamiento entre las ciudades de Tacna y Arica. Por las características propias entre estas dos ciudades, el desplazamiento es motivado por asuntos comerciales, laborales y turísticos, siendo el principal ente motivador, la familia. A diario podemos ver en nuestra ciudad ciudadanos chilenos con sus familias, padres e hijos mayores y menores de edad, al igual, familias peruanas se desplazan a la ciudad de Arica para el intercambio comercial, laboral o turístico.

En general, las normas legales para desplazarse a otro país se encuentran reguladas sin aparentes complicaciones, sin embargo, para el tránsito de menores de edad que no han sido reconocidos por uno de sus padres (generalmente el padre) y menores huérfanos por haber fallecido uno de sus padres, no pueden salir libremente del territorio

peruano a pesar de estar acompañado por el padre/madre que lo reconoció o el padre/madre sobreviviente.

Conforme a los convenios vigentes entre Perú y Chile y las normas nacionales, los ciudadanos peruanos pueden viajar a Chile portando solamente su Documento Nacional de Identidad (D.N.I.) o pasaporte vigente y cuando se trata de un menor de edad, éstos deben viajar en compañía de sus padres, en caso de la ausencia de uno de ellos, deberá de acreditarse mediante autorización notarial sellada por el funcionario de migraciones conforme a cada caso.

El problema se presenta cuando un menor no ha sido reconocido por uno de sus padres –generalmente el padre- o el menor es huérfano y en el Control Fronterizo de “Santa Rosa” le impiden la salida del país por no portar la autorización o el permiso notarial. Este hecho impide que el menor pueda controlar la salida del Perú como lo hacen las personas mayores de edad, quienes portando solamente su DNI controlan su salida del Perú, incluso llevando a sus menores hijos y sin la necesidad de permiso notarial, basta la presencia de los dos padres, acreditada con la información del reverso del DNI amarillo.

Si bien la salida del territorio peruano puede darse siempre y cuando se acredite la autorización o el permiso notarial, pero esta tramitación previa dificulta o restringe el derecho del menor, teniendo en cuenta que en el caso del menor reconocido solamente por la madre o del menor huérfano, la madre o el cónyuge sobreviviente es quien ejerce directamente la patria potestad del menor, por lo tanto, se encontraría en la misma situación jurídica del menor que viaja acompañado con sus dos padres y que salen del país portando solamente sus DNIs. En consecuencia, consideramos que con la presentación del DNI de uno de los padres y el Acta de Nacimiento o de defunción de uno de los padres, según el caso, el menor debería de poder salir de territorio peruano sin mayores restricciones y sin necesidad de autorización o permiso notarial.

Estas restricciones para la salida de menores de edad ya señalados, por parte de las autoridades peruanas tiene implicancias jurídicas constitucionales, específicamente a la igualdad ante la ley, la restricción al libre tránsito y sobretodo a la unidad familiar, derechos ampliamente protegidos por nuestra constitución política.

Asimismo, debemos recordar que los niños, niñas y adolescentes constituyen uno de los sectores más vulnerables de la población. Esta vulnerabilidad exige una especial protección por parte del Estado, la familia y la comunidad, conforme ha quedado establecido en los diversos instrumentos internacionales, entre ellos, la Convención sobre los Derechos del Niño¹, que reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, es decir, como titulares de derechos y obligaciones. Por lo tanto, restringir sus derechos en cualquiera de sus formas se estaría atentando gravemente contra los derechos del menor.

Conociendo esta problemática, consideramos que la causa que genera estas restricciones y sus implicancias constitucionales, es por la existencia del segundo párrafo del artículo 111 del Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 27337), el cual expresa que “*En caso de fallecimiento de uno de los padres o de estar reconocido el hijo por uno solo de ellos, bastará el consentimiento del padre sobreviviente o del que efectuó el reconocimiento, **debiendo constar en el permiso notarial** (negrita y subrayado nuestro) *haber tenido a la vista la partida de defunción o la de nacimiento correspondiente.*” Siendo así, la presente investigación busca analizar el problema jurídicamente para modificar esta norma y así pueda existir un libre tránsito en las ciudades fronterizas, sin dejar de lado los controles necesarios a cargo del Estado.*

¹ Artículo 8: “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.”

1.2 Formulación del problema

1.2.1 Interrogante principal

¿Cuáles son las implicancias constitucionales que se presentan cuando se restringe el libre tránsito internacional a menores de edad reconocidos solamente por uno de sus padres o huérfanos por fallecimiento de uno de sus padres, al solicitarles previamente autorización o permiso notarial en el Complejo Fronterizo Santa Rosa – Tacna?

1.2.2 Interrogantes secundarias

- a) ¿Cuál es la causa principal de impedimento de salida de menores de edad en el Complejo Fronterizo Santa Rosa – Tacna?
- b) ¿Cuál es el nivel de incidencia de impedimentos de salida de menores de edad reconocidos solamente por uno de sus padres o de huérfanos por fallecimiento de uno de sus padres?
- c) ¿Cuál es el nivel de incidencia de salida de menores de edad reconocidos solamente por uno de sus padres o de huérfanos por fallecimiento de uno de sus padres con autorización o permiso notarial?

1.3 Justificación e importancia de la investigación

La presente investigación se justifica porque tiene:

- Relevancia contemporánea.- El impedimento de salida de menores de edad o huérfanos por fallecimiento de uno de sus padres por no haber realizado trámites previos (notarial) es un problema vigente y casi cotidiano en el Control Fronterizo de Santa Rosa, en el cual muchos menores se ven agobiados y traumatizados al diferenciárseles

con otros menores que viajan con sus padres. Es evidente que la problemática es actual, por lo tanto, investigar sobre el tema resulta justificable.

- **Relevancia Científica.**- Esta investigación nos permitirá enriquecer la ciencia del Derecho, porque se conocerá desde un punto científico lo referente a las implicancias constitucionales por las restricciones que sufre un menor de edad reconocido solamente por uno de sus padres o huérfanos por fallecimiento de uno de sus padres, tanto en el ámbito doctrinario, legal, jurisprudencial y de derecho comparado. Asimismo, las técnicas e instrumentos serán aplicables con el mayor rigor científico y así obtener los resultados fidedignos para su análisis. Es indudable que esta investigación aportará nuevos conocimientos a la ciencia del derecho.
- **Relevancia Humana.**- Los resultados de esta investigación, permitirán esclarecer jurídicamente muchos aspectos relativos al tránsito internacional de menores de edad reconocidos por uno de sus padres o huérfano por fallecimiento del padre o de la madre, los cuales permitirán incorporar nuevos mecanismos legales que subsanen los vacíos o deficiencias legales frente a la problemática que desestabiliza la unidad familiar.

Esta investigación es importante porque permitirá proponer nuevas fórmulas legales que permitan la existencia de un libre tránsito de menores reconocidos por uno de los padres o huérfanos por el fallecimiento de uno de sus padres, sin los trámites notariales innecesarios.

1.4 Objetivos de la investigación

1.4.1 Objetivo general

Establecer cuáles son las implicancias constitucionales que se presentan cuando se restringe el libre tránsito internacional a menores de edad reconocidos solamente por uno de sus padres o huérfanos por

fallecimiento de uno de sus padres, al solicitarles previamente autorización o permiso notarial en el Complejo Fronterizo Santa Rosa – Tacna.

1.4.2 Objetivos específicos

- a) Determinar cuál es la causa principal de impedimento de salida de menores de edad en el Complejo Fronterizo Santa Rosa – Tacna.
- b) Especificar cuál es el nivel de incidencia de impedimentos de salida de menores de edad reconocidos solamente por uno de sus padres o de huérfanos por fallecimiento de un padre.
- c) Establecer cuál es el nivel de incidencia de salida de menores de edad reconocidos solamente por uno de sus padres o de huérfanos por fallecimiento de un padre con autorización o permiso notarial.

1.5 Conceptos básicos

- **Autorización de viaje al exterior.**- Documento notarial, judicial o consular que autoriza la salida al extranjero de un menor de edad. Conforme a nuestra legislación, para el viaje de niños o adolescentes fuera del país solos o acompañados por uno de sus padres, es obligatoria la autorización de ambos padres con certificación notarial. En caso de fallecimiento de uno de los padres o de estar reconocido el hijo por uno solo de ellos, bastará el consentimiento del padre sobreviviente o del que efectuó el reconocimiento, debiendo constar en el permiso notarial haber tenido a la vista la partida de defunción o la de nacimiento correspondiente.
- **Control migratorio.**- Es la regulación por un Estado del ingreso y salida de personas a su territorio, en ejercicio de su soberanía.
- **Familia.**- Grupo de personas formado por individuos que se unen, primordialmente, por relaciones de filiación o de pareja. El Diccionario de la Lengua Española la define, entre otras cosas, como un grupo

de personas emparentadas entre sí que viven juntas , lo que lleva implícito los conceptos de parentesco y convivencia, aunque existan otros modos, como la adopción. Según la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es el elemento natural, universal y fundamental de la sociedad, tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

- **Hijo.-** Individuo respecto de su madre y de su padre; esta situación implica una relación de consanguinidad entre padres e hijos. De alguna manera, todos los seres humanos somos hijos de alguien, ya que todos tenemos padres, aunque los mismos ya hayan fallecido o se encuentren lejos de sus hijos porque viven en un lugar lejano.
- **Hijo reconocido.-** Es una manifestación por la que el hijo resulta admitido en familia, por su padre o por su madre; nadie tiene personalidad para sustituirlos, aunque se tratara de una ascendiente o del mismo padre o madre que habiéndolo reconocido ya quisiera verificarlos por el otro para asegurarle una filiación completa al hijo.
- **Hijo huérfano.-** Es alguien privado a través de la muerte o la desaparición, por abandono o deserción, o la separación o la pérdida de ambos padres. Su uso común está referido a niños que han perdido a ambos padres. Sobre esta base los medio-huérfanos son los que tienen un padre aún vivo, siendo así que en nuestro medio se suele decir huérfano de padre o de madre.
- **Derechos constitucionales.-** Son aquellos incluidos en la norma constitutiva y organizativa de un estado generalmente denominada Constitución que se consideran como esenciales en el sistema político y que están especialmente vinculados a la dignidad humana. Es decir, son aquellos derechos que disfrutan de un estatus especial en cuanto a garantías (de tutela y reforma) dentro del ordenamiento jurídico.

- **Derecho a la igualdad.**- La igualdad es un principio que intenta colocar a las personas situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello implica una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancias, calidad, cantidad o forma. Ello de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o concurrencia de razones.
- **Derecho de libre tránsito.**- Es un concepto de los derechos humanos por el cual toda persona tiene derecho a moverse libremente, ya sea dentro de un país o de un país a otro. Es un elemento conformante de la libertad y una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona; y que esta facultad de desplazamiento se manifiesta a través del uso de las vías de naturaleza pública o de las vías privadas de uso público, derecho que puede ser ejercido de modo individual y de manera física o a través de la utilización de herramientas tales como vehículos motorizados, locomotores, etc. Sin embargo, como todo derecho fundamental, la libertad de tránsito no es un derecho absoluto, ya que puede y debe ser limitado por diversas razones.
- **Migrante.**- Se denomina migrante a un individuo que se desplaza de una zona geográfica hasta otra, situación que conlleva un cambio en las costumbres y un proceso de readaptación a las nuevas circunstancias.
- **Patria potestad.**- Es una institución importante del Derecho de Familia que está constituida por un conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres para cuidar de la persona y de los bienes de sus hijos menores, para su protección y formación integral desde la concepción hasta que alcancen mayoría de edad.
- **Tránsito internacional.**- Escala, de duración variada, en el viaje de una persona entre dos o más países o cuando se trata de una

cuestión inesperada o a causa de cambio de aviones u otro medio de transporte por motivos de conexión.

1.6 Antecedentes de la investigación

Sobre las restricciones al libre tránsito internacional a menores de edad reconocidos solamente por uno de los padres o huérfano por fallecimiento de un padre, no se han encontrado investigaciones realizadas a nivel universitario, tanto en las universidades públicas y privadas. Sin embargo, hemos tenido en cuenta otras diversas tesis (nacional y extranjeras) que por ciertas similitudes con nuestra investigación han servido como aportes a este proyecto de investigación:

TESIS: “*Derechos fundamentales de los trabajadores migratorios fronterizos de Tacna-Arica*”. Pontificia Universidad Católica del Perú. 2014.

Autor: Cesar Augusto Torres Acuña.

Conclusiones generales: “(...) los Estados están invitados a desarrollar políticas públicas que correspondan a las complejas dinámicas actuales en las cuales se desarrolla el hecho migratorio. La generación de información confiable y el análisis del fenómeno migratorio laboral en la frontera ayudarán a comprender las migraciones más allá de su dimensión económica, integrando elementos sociales, culturales, políticos, entre otros.”.

TESIS: “*Transmigración de centroamericanos por México: Su vulnerabilidad y sus Derechos Humanos*”. El Colegio de la Frontera Norte. Tijuana - México. 2014.

Autora: Yolanda Silva Quiróz.

Conclusión: “Nadie cuestiona que el Estado en uso de su soberanía intente conformar un régimen de control migratorio más estricto, selectivo y distribuido

especialmente en el territorio y más allá de sus fronteras. Lo que se cuestiona es que el enfoque de los derechos humanos está cada vez más ausente. Consciente o inconscientemente se busca que sea el medio geográfico o las condiciones sociales imperantes en las rutas de tránsito quienes detengan un flujo de personas que saben que difícilmente podrán detener....”

TESIS: “*Migración Infantil: rupturas generacionales y de género. Las niñas peruanas en Barcelona y Santiago de Chile*”. Universidad Autónoma de Barcelona. 2011.

Autora: Iskra Pavez Soto.

Conclusiones generales: “(...) La migración de la persona adulta (como su madre, padre o familiar cercano) generalmente sucede como un paso previo a la migración infantil. En este punto nos interesa analizar el sentido que tiene la migración adulta para todo el núcleo familiar y particularmente para las niñas y los niños. Las niñas y los niños participantes en esta investigación han tenido variadas emociones frente a la migración adulta, pero en general coinciden en señalar la tristeza y añoranza por la lejanía física de sus progenitores. Particularmente si es la madre la que emigra, estos sentimientos se acrecientan, debido a la división sexual del trabajo.(...)”.

TESIS: “*La migración peruana en Chile y su influencia en la relación bilateral durante el gobierno de Michelle Bachelet (2006-2010)*”. Universidad de Chile. 2011.

Autora: Moisés Senén Hernández Sánchez.

Conclusión: “La inmigración peruana en Chile es una realidad plenamente consolidada y es necesario que la tendencia de medidas reactivas hacia las necesidades de

los inmigrantes se modifique en políticas de Estado proactivas que prevengan problemas sociales y que favorezcan las relaciones respetuosas entre la población local y la extranjera. El desafío que implica la migración peruana en Chile también puede convertirse en la oportunidad para terminar con resentimientos históricos y trabajar por la integración y un mejor futuro de las relaciones bilaterales.”

CAPÍTULO II

FUNDAMENTO TEÓRICO CIENTÍFICO

2.1 El tránsito internacional de personas

2.1.1 Definición

Es el pasaje, paso, desplazamiento de una persona o varias hacia otro país, ya sea por vía terrestre, aérea, marítima, lacustre o pluvial. El tránsito de personas en el ámbito internacional se encuentra regulado por el derecho migratorio, el cual, establece las modalidades y condiciones a que se sujetará el ingreso, permanencia o estancia y salida de extranjeros y lo relativo a la emigración y repatriación de nacionales.

Los Estados ya no tienen una autoridad ilimitada sobre los asuntos migratorios. El derecho internacional, incluyendo los tratados a escala bilateral, regional o internacional, algunas veces limitan la autoridad del Estado sobre cuestiones como el ingreso, la salida, y la remoción. Los Estados ahora tienen un número de responsabilidades internacionales que limitan o restringen su autoridad sobre la migración.

2.1.2 Principales factores que determinan el tránsito internacional de personas

a) Laborales

Movimiento de personas del Estado de origen a otro con un fin laboral. La migración laboral está por lo general regulada en la

legislación sobre migraciones de los Estados. Algunos países asumen un papel activo al regular la migración laboral externa y buscar oportunidades de trabajo para sus nacionales en el exterior.

b) Negocios o comercio

La persona muchas veces se desplaza a otro país para realizar actos de comercio o negocios, ya sea de pequeña o gran escala y así obtener un lucro para su beneficio. El comercio es una actividad socioeconómica consistente en el intercambio de algunos materiales que sean libres en el mercado de compra y venta de bienes y servicios, sea para su uso, para su venta o su transformación. Es el cambio o transacción de algo a cambio de otra cosa de igual valor. Por actividades comerciales o industriales entendemos tanto intercambio de bienes o de servicios que se efectúan a través de un comerciante o un mercader. El comercio fronterizo siempre es atrayente, especialmente a los turistas.

c) Turismo

El turismo es un fenómeno social, cultural y económico relacionado con el movimiento de las personas a lugares que se encuentran fuera de su lugar de residencia habitual por motivos personales o de placer. El turista viene a ser un visitante, que viaja a un país distinto de su país de residencia habitual, fuera de su medio ambiental usual, durante un periodo corto o largo y cuyo propósito principal de visita es cualquiera que no sea el ejercicio de una actividad remunerada en el lugar visitado.

d) Familiares

Los vínculos familiares también resultan un factor importante en la decisión de dirigirse a otro país, sobre todo, en los tiempos más recientes, en los que cualquier emigrante de algún país

subdesarrollado, necesita de mucha ayuda para establecerse en otro país de mayor desarrollo económico.

e) Académicos

El anhelo de estudiar en el extranjero siempre ha sido causa para migrar a otro país, ya sea para iniciar estudios básicos o complementar estudios ya realizados. En general, estudiar en el extranjero proporciona a los estudiantes diversas ventajas competitivas y una capacidad intercultural que se traduce en incontables e inmediatas oportunidades a largo plazo, tanto a nivel personal como a nivel profesional.

2.1.3 Las migraciones

Flores (1984) refiere que la migración es el “movimiento de personas dentro de su propio país o hacia o desde otros países” (p.195). Lacomba (2001) sobre la migración señala que es “el tránsito de un espacio social, económico, político y/o cultural a otro, con el fin de desarrollar un determinado proyecto y tratar de responder a unas determinadas expectativas personales o de grupo”. Por su parte, la Organización Internacional para las Migraciones (2006) señala que la migración es el “Movimiento de personas que dejan su país de origen o en el que tienen residencia habitual, para establecerse temporal o permanentemente en otro país distinto al suyo. Estas personas para ello han debido atravesar una frontera. Si no es el caso, serían migrantes internos” (p.40). De estas definiciones, podemos señalar que la migración es el desplazamiento de población que se produce desde un lugar de origen a otro destino y lleva consigo un cambio de la residencia habitual en el caso de las personas.

Desde el punto de vista de la demografía la migración se refiere al desplazamiento con traslado de residencia de los individuos de un lugar de origen a un lugar de destino o llegada y que implica atravesar los límites de una división geográfica. De ahí que un

turista no puede ser considerado migrante por no señalar una residencia temporal o definitiva. Dicha residencia excluye a los hoteles, lugares exclusivos utilizados por los turistas.

Es evidente que las migraciones constituyen un fenómeno demográfico sumamente complejo que responde a causas diversas y muy difíciles de determinar, en especial porque debido a las migraciones irregulares o disfrazadas de actividades turísticas o de otra índole, los datos cuantitativos son difíciles de obtener, especialmente en el caso de los países subdesarrollados. Responden a la inquietud generalizada de los seres humanos de buscar siempre un mejor lugar para vivir.

Respecto al término de “migrante”, a nivel internacional no hay una definición universalmente aceptada. Este término abarca usualmente todos los casos en los que la decisión de migrar es tomada libremente por la persona concernida por “razones de conveniencia personal” y sin intervención de factores externos que le obliguen a ello. Así, este término se aplica a las personas y a sus familiares que van a otro país o región con miras a mejorar sus condiciones sociales y materiales y sus perspectivas y las de sus familias.

Las principales causas de las migraciones son:

- Causas políticas: Se refieren a las causas derivadas de las crisis políticas que suelen presentarse en ciertos países.
- Causas culturales: La base cultural de una población determinada es un factor muy importante a la hora de decidir a qué país o lugar se va a emigrar.
- Causas socioeconómicas: Son las causas fundamentales en cualquier proceso migratorio. La mayor parte de los que emigran lo hacen por motivos económicos, buscando un mejor nivel de vida.

- **Causas familiares:** Los vínculos familiares también resultan un factor importante en la decisión de emigrar, sobre todo en los tiempos más recientes, en los que cualquier emigrante de algún país subdesarrollado, necesita de mucha ayuda para establecerse en otro país de mayor desarrollo económico.

Sobre la clasificación de la migración, podemos señalar que ésta puede ser temporal o permanente. Es temporal cuando el migrante va a estar en el lugar de destino por un periodo de tiempo y después regresa a su lugar de origen; y es permanente cuando el migrante va a estar en el lugar de destino de manera permanente o de por vida.

2.1.4 Tipos de migraciones

Existen diversos criterios escogidos por los estudiosos, para establecer las diversas tipologías de migraciones. Micolta (2005) analiza la postura de Tizón García lo referente a las migraciones internacionales; y para efectos de determinar los tipos, tendremos en cuenta algunos aspectos conceptuales de la referida autora. Teniendo en cuenta aspectos como el tiempo, el modo de vida, las necesidades y demandas profesionales, la edad y el grado de libertad, establecemos la siguiente clasificación:

Según el tiempo:

a) *La migración temporal.*- En términos generales, explicamos que la migración puede ser permanente o temporal. Respecto a este último, diversos autores señalan que el desplazamiento a otros países debe ser como mínimo tres meses para luego regresar a su país de origen, tal como señala la Organización Internacional para las Migraciones (2006) cuando define al migrante de corto plazo "Persona que se desplaza a un país distinto al suyo o de su usual residencia por un periodo de por lo menos tres meses pero no superior a un año, excepto en casos cuando el desplazamiento

a ese país se hace con fines de recreación, vacaciones, visitas a familiares y amigos, negocios o tratamiento médico.” (p.42). Precisamente, diversos países tienen otros criterios para definir la temporalidad de la migración y que no incluyen a los desplazamientos por motivos turísticos, visitas familiares, etc. Al respecto, nosotros consideramos que el desplazamiento de personas a otros países con Tratados especiales, si se encuentran inmersos dentro de la migración temporal, como es el caso de las ciudades de Tacna (Perú) y Arica (Chile) quienes pueden desplazarse no solamente por motivos turísticos, sino además por motivos comerciales, laborales, etc., como es el caso del comercio entre ambas ciudades, e incluso que pueden quedarse por breves días en una residencia temporal que ellos han establecido. Por lo tanto, tienen las características de una migración temporal especial.

Si bien, esta migración temporal especial de personas no se encuentra difundida a nivel doctrinario, consideramos que se adapta a nuestra realidad en el caso de Tacna y Arica como estudiaremos más adelante.

No buscamos trasgredir definiciones ya plasmadas, sino, adaptarlas a las realidades que se presentan en cada ciudad fronteriza. Al respecto, Arango (2003) señala que “En el último cuarto de siglo XX, el escenario del pensamiento teórico sobre las migraciones se ha enriquecido con un puñado de teorías que tratan de explicar la nueva fisonomía de las migraciones internacionales, y de responder a la cada vez mayor trascendencia social y política que reviste el fenómeno migratorio.” (p.3). Efectivamente, no se trata solamente de intercambios comerciales, sino que estos actos van creando nuevas realidades, específicamente a que las personas se vayan estableciendo en forma permanente en otros países fronterizos y la necesidad familiar hace que exista un desplazamiento continuo de personas

y familias a un país fronterizo. En el caso de Tacna, el desplazamiento a la ciudad de Arica y viceversa es diario, e incluso con retorno en el mismo día o regresar dentro de la semana permitida por las normas internacionales y además, han establecido una residencia (vivienda) temporal para su permanencia.

En suma, este desplazamiento de personas peruanas a la ciudad de Arica por los convenios internacionales, están inmersos dentro de una migración temporal especial. Por lo tanto, su estudio será enfocado desde este ángulo conceptual.

b) La migración indefinida.- Se parte del lugar de origen con la idea de no volver a éste, salvo en vacaciones o en viajes ocasionales.

Según el modo de vida:

Tiene que ver con las preferencias de un modo de vida de acuerdo a las actividades que realicen las personas en consonancia con su proceso vital. La tendencia en los últimos años ha sido migrar de los pueblos hacia las ciudades y en menor cantidad a la inversa.

Según las demandas y necesidades profesionales:

a) Buscando un status profesional estable. Es el caso de los trabajadores del campo que se incorporan a la industria.

b) Exigencia de la actividad profesional. Tal es el caso de los militares, funcionarios, diplomáticos, etc. Generalmente tiene la condición de temporal.

c) Búsqueda de un desarrollo superior. Aquí se encuentran las migraciones de los intelectuales, que buscan nuevos horizontes formativos y/o profesionales fuera de sus fronteras.

Según la edad:

a) *Infantil.* Generalmente los niños suelen cambiar de país acompañando a sus padres, al mismo tiempo o después que éstos. Este dato es importante porque, tanto en un caso como en otro, los niños van a padecer doblemente el hecho migratorio: directamente y a través de lo que les transmiten los padres. Además, cuando emigran después de los padres, lo hacen tras un periodo en el que se han visto privados de éstos y, posiblemente, han podido vivir una situación de mayor o menor de privación afectiva. No obstante si tal privación afectiva ha sido adecuadamente substituida desde el mismo punto de vista (afectivo), a la larga les será más fácil integrarse en la nueva tierra, ya que es probable que se hallarán menos integrados en el origen, que sus mayores. Sobre este tipo de migración, desarrollaremos más adelante un subcapítulo exclusivo por la importancia para esta investigación.

b) *De adultos.* Son los que lideran el proceso a partir de sus criterios y necesidades, incluyendo en estas aquellas que les atañen como responsables del cuidado, atención y manutención de otros. Los adultos son los que mayoritariamente inician el proceso migratorio, sin embargo, en la actualidad podemos ver que también inician este desplazamiento familias enteras como es el caso del norte de África hacia Europa, presentándose muchas veces trágicos desenlaces.

c) *De ancianos.* Los ancianos pueden verse forzados a abandonar su pueblo por diversos motivos: porque va quedando deshabitado, para buscar disfrute y mejor calidad de vida en otros lugares después de la jubilación o porque sus hijos ya han emigrado con anterioridad y quedan solos. Unirse con sus hijos nuevamente les brinda la posibilidad de reemprender la vida con los nietos y complementar las experiencias que tuvieron con sus hijos. De todas maneras una migración para una persona de edad conlleva

siempre importantes dificultades psicosociales que, si no son adecuadamente atendidas facilitan enormemente la descompensación psicopatológica del emigrante. En nuestra realidad, generalmente los ancianos de la zona rural migran a las ciudades para estar acompañados por sus familiares directos.

Según el grado de libertad:

a) *Voluntarias*. Hoy este tipo de migración se observa especialmente en aquellas personas cuyo móvil y motivación principal es de tipo económico. Si bien la necesidad económica o laboral obliga a la persona migrar a otra ciudad, sin embargo esta situación puede señalarse como voluntaria porque la decisión de migrar es propia de cada persona.

b) *Forzosas*. Dentro de éstas se consideran:

- Los esclavos. En épocas de colonización fueron llevados grandes contingentes de seres humanos para ser explotados por los colonizadores. Esta práctica perduró durante largos años.
- Los deportados o desterrados. Son aquellos a los que se les obliga a dejar su país o región porque se les quita su tierra. Aunque sufren todos los avatares de la emigración y generalmente descienden en su status social, muchas veces pueden ser ayudados por otros compatriotas o por organizaciones sociales o políticas.
- Los refugiados. Aquellos que han de abandonar su país porque de lo contrario peligran su medio inmediato de vida o incluso su vida misma. Al igual que los anteriores, suelen tener más dificultades de asentamiento en el país receptor ya que a menudo hacen el cambio precipitadamente.

2.1.5 La migración internacional

Conforme a Cristina Blanco, cit. por Micolta (2005) pueden ser establecidas dos subcategorías.

a) *Sujetos a control administrativo.*- Es cuando se traspasan fronteras nacionales, y los movimientos están sujetos a control administrativo, muchas veces por parte del país emisor y siempre por parte del país receptor. No basta con querer emigrar, es necesario que el país de destino acepte la estancia del nuevo inmigrante. Para ello se deben cumplir una serie de requisitos que determinan la admisión y establecen la situación jurídica del inmigrante en el nuevo país. Cuando el inmigrante cumple con todos los requisitos legales para instalarse, la inmigración es legal. Cuando no es así y, a pesar de ello, el inmigrante se instala en el país de destino, se configura una inmigración ilegal. Cabe decir que la legalidad o ilegalidad es un atributo ligado a situaciones, hechos o acciones, pero nunca a personas. Por ello no es correcto hablar de inmigrantes legales o ilegales, a pesar de que el uso de estos términos está totalmente extendido, sobre todo para el caso de éstos últimos. Es más correcto denominarlos inmigrantes indocumentados, irregulares o clandestinos, además de que ello disminuiría la fuerte carga negativa que recae sobre este tipo de inmigrantes. Por otro lado, y aunque es menos frecuente en las sociedades occidentales, donde existe una reconocida libertad de emigrar (no así de inmigrar), los movimientos también pueden ser ilegales o legales desde el punto de vista de la emigración. La migración que se presenta entre la ciudad de Tacna y el norte de Chile se encuentra sujeta a control administrativo, tanto del Perú como el de Chile. Por el lado peruano se encuentra el Complejo Fronterizo de "Santa Rosa"; y por el lado chileno se encuentra el Complejo Fronterizo de Chacalluta. Ambos complejos son utilizados en su gran mayoría por chilenos y peruanos debido al convenio Arica-Tacna, que permite el paso entre ambas ciudades utilizando solamente la cédula nacional de identidad; sin embargo, es

usual en fechas de vacaciones encontrar gran tráfico de vehículos argentinos, bolivianos y brasileños.

b) *Límites no establecidos*.- Hace referencia al traspaso de ciertos límites no establecidos ya por los Estados, sino por unidades territoriales más amplias. Para el caso de la Unión Europea se ha implantado fuertemente una diferenciación entre ciudadanos comunitarios y no comunitarios en función de los acuerdos establecidos.

2.1.6 Teorías sobre la migración internacional

a) La teoría neoclásica

En la segunda mitad del siglo XX la teoría neoclásica tiene un papel fundamental en el estudio de las migraciones, al aplicar sus principios a los factores del trabajo y conforme señala Micolta (2005) esta teoría parte de dos presupuestos: “a) El hombre es sedentario por naturaleza, por razones económicas; y b) En su decisión de emigrar el emigrante actúa en forma racional para maximizar las ventajas del proceso” (p.67). Conforme a esta teoría, las migraciones internacionales obedecen a decisiones individuales sobre costo-beneficio adoptadas para maximizar la renta, es decir, por diferencias entre las tasas salariales entre el país de origen y el país de destino. Los flujos laborales van de países de bajos salarios a países de salarios altos. Como resultado, la migración ejerce una presión a la baja sobre los salarios de los países de destino y una presión a la alza en los países emisores hasta que se alcanza el equilibrio. En este sentido, la tasa de emigración se eleva cuando la disparidad salarial crece. Unido al paradigma funcionalista en sociología, y al pensamiento económico neoclásico, la teoría neoclásica entiende la sociedad y la economía capitalista como sistemas autorregulados que mantienen un equilibrio constante entre sus partes.

b) La teoría de los factores push–pull

La teoría neoclásica dio como resultado la conocida teoría del push – pull, de la cual se desprende el modelo explicativo migratorio de mayor impacto sobre la comunidad científica. Es un modelo que se basa en una serie de elementos asociados tanto al lugar de origen como al lugar de destino. En principio existen una serie de factores que empujan (push) a abandonarlo al compararlo con las condiciones más ventajosas que existen en otros lugares, las que ejercen una fuerza de atracción (pull), generándose de esta manera, una dinámica de expulsión (push) y atracción (pull).

Entre los factores de expulsión se encuentran: una elevada presión demográfica, falta de acceso a la tierra, bajos salarios, bajos niveles de vida, falta de libertades políticas, represión, etc. Por el contrario, factores de atracción, asociados al potencial lugar de destino, serían los contrarios. Las personas hacen una gran inversión representada en los costos del viaje y en su mantenimiento en el destino mientras consiguen trabajo, hacen esfuerzos necesarios para aprender una nueva lengua, para adaptarse al nuevo mercado laboral, y para sobrellevar el dolor emocional por el desprendimiento de sus conexiones afectivas con el lugar de origen. Este modelo destaca las motivaciones personales de los migrantes que, tras una evaluación de los costos y beneficios que supone la migración, optarán por la alternativa más ventajosa. La decisión de emigrar se analiza a partir de una racionalidad instrumental que induce a elegir libremente entre las oportunidades que ofrece el mercado dentro y fuera del país. Desde esta perspectiva, las migraciones se consideran funcionales, al contribuir al equilibrio del sistema, y rentables tanto para los países como para los migrantes.

c) Teorías con perspectiva histórica estructural

Mientras que la teoría neoclásica considera la realidad social como un orden que tiende al equilibrio, para las teorías con perspectiva histórico estructural ésta es el escenario de la lucha entre los diversos sectores sociales con intereses contrapuestos. Estas teorías se encuadran, por lo tanto, dentro de la vertiente teórica que analiza la realidad desde la óptica de la desigualdad, la explotación y el conflicto.

Las sociedades desarrolladas carecen de una cantidad suficiente de trabajadores dispuestos a emplearse en el sector secundario, dadas las características que éste presenta, lo que conlleva a que los empleadores tengan que contratar inmigrantes para que ocupen estos puestos que son rechazados por los nativos. Así, los factores asociados a las sociedades emisoras y la elección racional y libre de los sujetos no son los factores causales de la migración, sino que más bien se trata de una necesidad estructural de las sociedades receptoras.

d) Teorías sobre la perpetuación de los movimientos migratorios

Otro grupo de teorías centran sus explicaciones en el proceso de perdurabilidad de las migraciones, entendidas bajo su dimensión social y colectiva, una vez que el proceso migratorio ha iniciado. Al respecto se diferencian dos posiciones: a) asociar la perdurabilidad o cese de las migraciones al propio proyecto migratorio; b) entenderlo como un proceso flexible y dinámico en el que pueden irrumpir factores novedosos que modifiquen las expectativas individuales iniciales. En la primera posición se encuentran las teorías ligadas al proyecto migratorio, las cuales se dedican a esclarecer la duración temporal o definitiva de los movimientos migratorios. Aquí se encuentran las teorías de orientación americana y las de orientación europea. Para las primeras, la migración es una experiencia fundamental en la vida

de las personas, por lo tanto tiene un carácter definitivo, el retorno es considerado un residuo de experiencias individuales de fracaso. Para las segundas, la migración es un elemento transitorio en la biografía personal asociada a la búsqueda de objetivos concretos que permitan mejorar su situación en su tierra de origen. El retorno es un éxito. La segunda posición entiende que los desplazamientos se pueden generar por una variedad de razones, que pueden ser diferentes de las que los perpetúan a lo largo del tiempo y del espacio.

2.1.7 La migración infantil

La migración infantil sociológicamente tiene un contexto definido y señalado como parte del proceso de “reagrupación familiar”. Para Gaitán cit. por Pavez (2011) “el concepto de “reagrupación familiar” implica enfocar la mirada desde la sociedad de destino principalmente (etnocentrismo), porque se presupone que es allí donde la familia se reunirá nuevamente en virtud de una visión lineal del proceso migratorio” (p. 16). Se evidencia la presencia del grupo familiar, esencialmente nuclear, sin considerar los arreglos y estructuras familiares particulares de cada territorio. Además, se trata de un término utilizado desde la perspectiva de la persona adulta pionera en la migración, que en los flujos migratorios peruanos hacia España y Chile, generalmente es la madre. Con el objetivo de avanzar hacia la mirada infantil, Gaitán cit. por Pavez (2011) propone analizar la reagrupación familiar ya no vista como un proceso desde la sociedad de destino y desde la mirada adulta, sino con la atención puesta en la experiencia migratoria de las niñas y los niños. Se recomienda la utilización del concepto de “migración infantil” para reflexionar sobre el proceso de movilidad en que participan las niñas y los niños en tanto actores sociales en las migraciones globales.

Es indudable que la migración infantil dentro del proceso migratorio familiar implica el desafío de reconstruir los lazos filiales

afectados ineludiblemente por la separación y por las nuevas condiciones de convivencia en destino. Las niñas y los niños se socializan en nuevos valores y aprenden un nuevo idioma, intentan adaptarse a la nueva sociedad y conocer las reglas del nuevo contexto. Pero esta asimilación es vista de distintos modos por las madres y padres, quienes esperan una inserción infantil solo en el idioma y en la escuela, pero no en los valores que supuestamente amenazan la unidad y tradición familiar. Por ejemplo, en las relaciones de género (sexualidad) y generacionales (respeto a las personas mayores). Una vez que las niñas y los niños llegan al lugar de destino, es indispensable re-negociar la legitimidad adulta y redefinir nuevos acuerdos en la convivencia cotidiana. Estas tensiones generacionales se agudizan con las largas jornadas laborales y escolares que dificultan el reencuentro entre personas que no se han visto en años y necesitan reconocerse.

Esta “reagrupación familiar” también es latente en la realidad de Tacna y Arica. Ya diversos estudios analizaron esta situación que no solamente tiene un contexto económico o laboral migratorio, sino la búsqueda de la unidad familiar aunque sea temporal. Tal como señaló Hernández (2011) “La permanencia y el aumento de la inmigración peruana no están condicionados exclusivamente a factores económicos. La existencia de una comunidad consolidada en Chile implica que las futuras generaciones en Perú tendrán en cuenta a los familiares o amigos que viven en este país vecino, lo cual lo posiciona como uno de los destinos más importantes para futuras generaciones de inmigrantes” (p. 68). Es evidente que las preocupaciones presentes y futuras están en la búsqueda de la unidad familiar especialmente del lado peruano que migra al vecino país de Chile.

Cabe tener en cuenta además, que en España el tratamiento para la migración infantil va encaminada al fortalecimiento de la familia.

Al respecto Pavez (2011) expresa que “Debido al marco jurídico de España y la Unión Europea, la migración infantil peruana se lleva a cabo a través de un proceso burocrático denominado “reagrupación familiar”, el cual genera condiciones rígidas y restrictivas de movilidad para las niñas y niños dentro del campo social familiar transnacional” (p. 436). Estas condiciones que se presentan en España es por la lejanía que existe entre nuestro país y el país europeo, los cuales no permiten un desenvolvimiento familiar estable entre los padres e hijos. El caso con Chile es distinto, porque la cercanía como país limítrofe, especialmente entre Tacna y Arica, hace que las reagrupaciones familiares sean más constantes y con tendencia a poder consolidarse en el país receptor. De ahí la importancia de que por el lado peruano se modifiquen leyes y eliminen trámites burocráticos e innecesarios que obstaculizan el libre tránsito entre ambas ciudades fronterizas.

2.1.8 Realidad de la migración de Tacna y Arica

Las particularidades de una frontera corresponden a su ubicación geográfica, factor que afecta indudablemente a su composición socio-económica. El paso fronterizo entre Perú y Chile no es ajeno a ésta consideración. Se encuentra conformado, en Perú, por la Región de Tacna, y especialmente por la ciudad de dicho nombre; y en Chile, por la antigua Región de Tarapacá, que en el año 2007 fue dividida en dos: la Región XV, Arica y Parinacota, y la Región I, Tarapacá.

Una primera característica de las ciudades de la frontera Perú-Chile, es la lejanía de las capitales de ambos países o de otras ciudades importantes². Se encuentran aisladas del resto del país, tanto por el extremo de Chile, como por el peruano. Estas dos ciudades conforman sus límites territoriales. Son los linderos de la

² 1,293 Km. separan Tacna de la capital de Perú y, en Chile, Arica se encuentra a 2,062 Km. de Santiago.

soberanía de cada Estado nación. Políticamente, son espacios que dan cuenta de una serie de acontecimientos que corresponden a desplazamientos de ciudadanos -que al cruzar la línea fronteriza, se convierten en extranjeros- y aspectos geopolíticos y económicos. Como señalan Berganza & Cerna (2011) “a pesar de este límite que supone la frontera, existe una gran relación entre ambas ciudades.” (p.6). Como vemos, estas dos ciudades tienen una relación geográfica, cultural, económica y social desde antes de la guerra del pacífico y que se mantiene hasta la actualidad por las características ya señaladas.

Un elemento común en las ciudades analizadas es la importancia que tienen las redes sociales, tanto a la hora de decidir migrar, como al escoger la ciudad a donde ir, como en el proceso de socialización en el lugar de acogida. Las redes sociales basadas en vínculos de amistad, paisanaje y parentesco, han permitido que el flujo migratorio se mantenga activo.

El ideario existente en Perú sobre que inmigrando se tiene éxito y que se logra mejorar la condición económica y la calidad de vida, es muy fuerte. Esto se ve reforzado por las personas que regresan a sus lugares de origen durante su migración. Muchas personas manifiestan que a través de estas personas que retornan, se animaron a salir de sus ciudades o pueblos para ir a otro destino desconocido. Esto se produce tanto en la migración interna como en la internacional.

En tanto constituyen un capital social, las redes sociales son un factor de soporte o de ayuda, durante el momento de buscar trabajo, ya que proporcionan contactos y transmiten la información más útil a tener en cuenta cuando se realiza esta tarea. Igualmente informan sobre las posibles diferencias culturales que pueden llevar a confusiones. Además en algunos ámbitos de trabajo de los inmigrantes, fundamentalmente en el doméstico, a

la hora de buscar un persona para que trabaje, se tiene muy en cuenta el que sea conocida o que tenga referencias cercanas.

Al ser un espacio de frontera y estar cercano, muchas veces estas redes familiares facilitan una migración de ida y vuelta. Vienen por periodos cortos, fundamentalmente durante las vacaciones, para trabajar o apoyar al familiar. Esto les reporta beneficios económicos y experiencia. Tener familiares en la zona chilena facilita el llegar a la nueva ciudad y evitar dificultades, tales como el encontrar una vivienda.

2.1.9 El control migratorio en el Control Fronterizo de Santa Rosa

El control migratorio se realiza en el Complejo Fronterizo Santa Rosa, inaugurado en el año 2007 y fue creado con el objeto de controlar el ingreso y salida de personas, mercancías, medios de transporte y equipajes, facilitando su tráfico mediante la aplicación de procedimientos ágiles y simplificados, de acuerdo a las funciones que compete a cada una de las entidades que desarrollan funciones en nuestras instalaciones. Su infraestructura, cuya construcción y equipamiento fue financiada íntegramente por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria-SUNAT, se basa en un modelo de atención lineal debidamente diferenciada en función de la unidad de transporte y del usuario, integrando a las entidades involucradas en su operación, optimizando los puntos de atención en busca del menor desplazamiento de usuarios, evitando congestionamiento y empleando tecnología de punta para el desarrollo de las actividades de control.

Efectúa las actividades de control y procesos administrativos requeridos por los operadores de comercio exterior y turistas, nacionales y extranjeros, con rapidez y excelencia, sobre la base de la integridad, responsabilidad y dinamismo del personal integrante de las instituciones encargadas de cumplir las leyes y

regulaciones establecidas, así como mediante el empleo de medios tecnológicos y las fortalezas desarrolladas en el personal a través de la capacitación integral que permitan satisfacer a cabalidad las expectativas de servicio de los diferentes usuarios del complejo fronterizo de Santa Rosa.

Las entidades públicas que desarrollan funciones en el Complejo Fronterizo Santa Rosa son: la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) a través de la Agencia Aduanera Santa Rosa (ADUANA), la Dirección General Forestal y de Fauna Silvestre (SERFOR), Servicio Nacional de Sanidad Agraria (SENASA), Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA), Superintendencia Nacional de Migraciones (MIGRACIONES), Policía Nacional del Perú (PNP), Banco de la Nación (BN), y el Instituto Nacional de Cultura (INC).

2.1.10 Instrumento jurídico que regula el tránsito internacional de personas entre Perú y Chile

- Acuerdo con la República del Perú para el ingreso y tránsito de nacionales chilenos y peruanos en calidad de turistas con documento de identidad. Ratificado por el Perú mediante D.S. N° 055-2005-RE³

“El Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República del Perú -en adelante las Partes- convienen en adoptar e implementar las siguientes medidas tendientes a facilitar el movimiento de nacionales de cada país en calidad de turistas, con los correspondientes documentos de identidad vigentes, otorgados de conformidad con las respectivas legislaciones y reglamentos internos. Al respecto, sobre la base de la reciprocidad, el ingreso en calidad de turista a cada país se efectuará de acuerdo a los siguientes términos.”

³ Publicado el 2 de agosto de 2005 en el Diario Oficial El Peruano.

“Los documentos de identidad considerados como válidos para la aplicación del presente Acuerdo son:
Para la República de Chile:

- La Cédula Nacional de Identidad y la Cédula de Identidad vigentes, expedidas por el Servicio de Registro Civil e Identificación.

Para la República del Perú:

- El Documento Nacional de Identidad vigente (DNI), expedido por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC)”. (Artículo 1).

“Con respecto al plazo de vigencia de la calidad de turista, ambos países establecen que la autoridad migratoria competente otorgará, conforme a su legislación vigente, un período de permanencia de hasta 90 días, prorrogables hasta por otros 90 días.” (Artículo 4).

Si bien el Acuerdo internacional hace referencia exclusiva a los documentos de identidad de ambos países, debemos señalar que nada impide que las personas también puedan viajar portando solamente sus pasaportes expedidos por las autoridades respectivas de cada país.

2.1.11 El tránsito internacional de menores de edad y la regulación normativa en el Perú

El Código de los Niños y Adolescentes del Perú, Ley N° 27337, regula en su artículo 111 lo referente a las autorizaciones. La norma señalada señala que “Para el viaje de niños o adolescentes fuera del país solos o acompañados por uno de sus padres, es obligatoria la autorización de ambos padres con certificación notarial.”.

Asimismo, refiere la norma: “En caso de fallecimiento de uno de los padres o de estar reconocido el hijo por uno solo de ellos, bastará el consentimiento del padre sobreviviente o del que efectuó el reconocimiento, debiendo constar en el permiso notarial haber tenido a la vista la partida de defunción o la de nacimiento correspondiente.”.

Finalmente dispone que “En caso de que el viaje se realice dentro del país bastará la autorización de uno de los padres.”.

Por su parte el artículo 112 del C.N.A. expresa que “Es competencia del juez especializado autorizar el viaje de niños o adolescentes dentro del país cuando falten ambos padres, y fuera del país por ausencia o disentimiento de uno de ellos, para lo cual el responsable presentará los documentos justificatorios de la petición.”.

Prosigue la norma: “En caso de disentimiento de uno de los padres o de existir oposición al viaje, se abrirá el incidente a prueba y en el término de dos días resolverá el juez, previa opinión fiscal. La oposición que formule alguno de los padres se inscribirá en el Libro de Oposición de Viaje de los Juzgados Especializados, el que caduca al año.”.

En todos los casos, la norma establece que para el viaje de menor fuera del país deberá existir un permiso notarial o judicial, incluido el caso de fallecimiento de uno de los padres o de estar reconocido el hijo por uno solo de ellos, bastará el consentimiento del padre sobreviviente o del que efectuó el reconocimiento. En estos casos, consideramos que se trata de una exageración normativa y recelo excesivo de protección al menor, cuando en realidad se trata de un trámite oneroso, burocrático e innecesario y que consideramos que vulnera la libertad de tránsito y la protección y unidad de la familia como veremos mas adelante.

Cuando el menor ha sido reconocido solamente por uno de sus padres y viaja con este, consideramos que no es necesario que se presente la autorización notarial de viaje ante la autoridad migratoria, toda vez que el viaje lo realiza con la única persona que tiene la patria potestad. Por deducción lógica, si a los menores que viajan acompañados por sus padres que ejercen la patria potestad del menor, no se les exige la autorización de viaje porque se entiende que innecesariamente se estaría solicitando un documento que acredita la voluntad de los padres para que viaje su menor hijo, por ello, es suficiente la presencia de los padres (compañía) ante el control migratorio para que se pueda registrar la salida del mencionado menor (salvo excepciones de impedimento de salida del país). Siendo así, consideramos que al padre que solamente tiene la patria potestad debido al reconocimiento que hizo del menor (firma) resulta innecesario que cuando viaje con el, se le exija una autorización de viaje. Bastaría presentar en el control migratorio en el caso del menor reconocido solamente por el padre o la madre, el D.N.I. del padre o madre acompañante y del menor, asimismo el Acta de nacimiento del menor, el cual determina el reconocimiento solamente por uno de los padres (generalmente la madre). En caso de fallecimiento de uno de los padres, bastaría presentar el D.N.I. del padre sobreviviente del menor, el Acta de nacimiento del menor y el Acta de defunción del padre fallecido. Es evidente que el problema central se encuentra en la parte normativa establecida en el Código de los Niños y Adolescentes, el cual deberá ser modificado para evitar el trámite notarial oneroso, dilatorio y burocrático que vulnera derechos constitucionales –como veremos más adelante – y además crea perjuicios morales y económicos a los padres que pretenden viajar con sus hijos al extranjero, resaltando además que estos permisos tienen vigencia solamente para un viaje. En el caso de Tacna, debe tenerse en cuenta que muchas personas, en su mayoría comerciantes viajan dos o tres veces al día en compañía de sus menores hijos por no tener donde dejarlos o

para que puedan visitar a sus familias y para no desproteger a sus menores hijos deben sacar una autorización notarial por cada viaje, aún cuando fuese para el mismo día, creando estos trámites, serios perjuicios a los padres e hijos.

2.1.12 El tránsito internacional de menores de edad en el derecho comparado

A) Chile

Teniendo en cuenta que la investigación se realizará en base al aspecto normativo que regula el tránsito de menores de edad por el Complejo Santa Rosa del Perú (Tacna), resulta necesario conocer la normatividad chilena para determinar el mecanismo legal que utilizan para los mismos fines respecto a los menores de edad.

En la práctica, los menores reconocidos solamente por uno de los padres, basta el acompañamiento del padre o madre quien reconoció al menor para que pueda salir del país chileno, no exigiéndose autorización notarial u otro documento administrativo. De igual forma sucede en el caso del menor huérfano, basta la presentación de su documento de identidad y el certificado de defunción de uno de los padres.

Estos criterios, tienen su base normativa en la Ley 16618, “Texto definitivo de la Ley de Menores” y el Código Civil chileno.

- a) El artículo 49 de la Ley 16618 “Texto definitivo de la Ley de Menores”, expresa: “La salida de menores desde Chile deberá sujetarse a las normas que en este artículo se señalan, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley N° 18.703. Si la tuición del hijo no ha sido confiada por el juez a alguno de sus padres ni a un tercero, aquél no podrá salir sin la autorización de ambos padres, o de aquel que lo hubiere reconocido, en su caso. Confiada por el juez la

tuición a uno de los padres o a un tercero, el hijo no podrá salir sino con la autorización de aquél a quien se hubiere confiado.”

- b) Sobre el cuidado personal de los hijos, el artículo 224 del Código Civil expresa: “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos.”

Si bien la norma chilena no señala expresamente sobre el caso del menor reconocido solamente por un padre o en caso de que sea huérfano para que pueda viajar al exterior, sin embargo, la interpretación de estos dispositivos son fuente para que las autoridades chilenas no requieran a los padres con hijos menores, ya sea reconocido solo por uno de ellos o el menor es huérfano, la presentación de documento previo notarial.

B) Venezuela

El país venezolano mediante la Ley 5266, Ley Orgánica de Protección del Niño y Adolescente, regula lo referente a las autorizaciones para viajar fuera del país. El artículo 392 del referido cuerpo normativo expresa:

“Los niños y adolescentes pueden viajar fuera del país acompañados por ambos padres o por uno sólo de ellos, pero con autorización del otro expedida en documento autenticado, o cuando tienen un solo representante legal y viajen en compañía de éste.

En caso de viajar solos o con terceras personas, requieren autorización de quienes ejerzan su representación, expedida en documento autenticado o por el Consejo de

Protección del Niño y del Adolescente.”

Del texto normativo se desprende que el menor de edad en caso de que tenga un representante legal puede viajar fuera del país siempre y cuando viaje en compañía de éste. Se entiende al representante legal a la persona que tiene la patria potestad natural o cuando la justicia lo determine. En general, la norma es parecida a la legislación peruana sobre los viajes al exterior, a excepción del menor reconocido solamente por uno de los padres o cuando es huérfano por muerte de uno de los padres en nuestra legislación se requiere de la autorización notarial, mientras que en la legislación venezolana no obliga la presentación de documento administrativo previo.

Asimismo debemos resaltar que en virtud de la norma venezolana, el caso planteado se considera caso especial, conforme se desprende del documento emitido por la Embajada Venezolana sobre Autorizaciones de viaje para niños y adolescentes que expresamente señala:

“a. En caso de que uno de los padres haya fallecido, el padre o madre sobreviviente deberá presentar copia certificada de la Partida de Defunción del fallecido.

b. En caso de que el padre o la madre esté privado de la Patria potestad por sentencia definitivamente firme, el padre o madre que posea la Patria Potestad deberá presentar copia certificada de la sentencia, de fecha reciente.”

La normatividad y la interpretación respectiva es clara, por lo tanto, también debe de tenerse en cuenta el espíritu de estas normas que para el caso especial materia de investigación, no se necesita de documentos burocráticos previos.

C) Colombia

El Decreto N° 2737/89, Código del Menor, regula lo referente a los permisos para salir del país. El artículo 337 expresa:

“Todo menor puede obtener pasaporte y salir del país con sus padres o con el padre supérstite o con su representante legal, sin que sea necesario acreditar documento diferente al registro civil de nacimiento en el caso de los padres biológicos o adoptivos, o copia auténtica de la providencia que confiere la representación legal o copia auténtica de la sentencia de adopción ejecutoriada o registro de defunción de quien faltare, si es el caso.”

La norma mencionada es clara al señalar que para el padre supérstite, no es necesario acreditar documento diferente al registro civil de nacimiento en el caso de los padres biológicos o adoptivos. Conforme se determina del documento electrónico emitido por la Cancillería colombiana sobre los viajes de un menor al extranjero expresa que “Cuando uno de los padres ha fallecido, se debe presentar el Registro Civil de Defunción del mismo.” Como puede verse, la tendencia es que ante la existencia indudable de quien ejerce la patria potestad del menor, basta el documento que lo acredite como tal. Si el menor es huérfano, el acta de defunción es el documento que determina ese derecho.

2.2 El derecho a la igualdad, libre tránsito, la protección y unidad de la familia en la Constitución

2.2.1 Derecho a la igualdad

2.2.1.1 Definición

El derecho a la igualdad es un derecho humano, que permite que nosotros seamos reconocidos como iguales ante la ley. Huerta

(2005) señala que “El derecho a la igualdad implica que todas las personas deben ser tratadas en forma igual por parte del Estado. En consecuencia, todo trato diferente está prohibido. Este trato desigual de los iguales se conoce como discriminación.” (p. 308). Jurídicamente, esta igualdad está relacionada directamente a la igualdad ante la ley. Podemos determinar que el principio de igualdad ante la ley o igualdad legal es el que establece que todos los seres humanos son iguales ante la ley, sin que existan privilegios ni prerrogativas de sangre o títulos nobiliarios.

Es un principio esencial de la democracia. El principio de igualdad ante la ley es incompatible con sistemas legales de dominación como la esclavitud, la servidumbre, el colonialismo o la desigualdad por sexo o religión. El principio de igualdad ante la ley se diferencia de otros conceptos, derechos y principios emparentados, como la igualdad de oportunidades y la igualdad social. Igualdad ante la ley, es el conjunto de deberes, derechos y garantías del ordenamiento jurídico. El contenido de las leyes sea igual para todos, o desigual si así corresponde, sobre la fase o en función de la justicia. Igualdad ante la ley, implica que todos debemos cumplir el mandato de la ley, no sólo los órganos del Estado, como asimismo, tales órganos deben interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico, sin incurrir en discriminación.

Gutierrez & Sosa (2005) al respecto señalan que “la igualdad es un permanente desafío para el Derecho, más aun en un mundo en que las diferencias se revelan y reclaman a cada instante.” (p.81). El reconocimiento y respeto a la igualdad garantiza el pleno desarrollo de la personalidad del sujeto, pero en ese contexto de diferenciación, aun cuando parezca contradictorio, ha de existir y garantizarse el derecho a la igualdad.

Sin embargo, como señala Bernales (1999) la igualdad ante la ley, “no supone que todos los seres humanos sean iguales unos a otros, en sentido material; ello sería simplemente negar la

realidad. Al contrario, es correcto decir que una de las grandes riquezas del ser humano es que cada uno de nosotros es diferente en muchos elementos.” (p. 118). Siendo así, la igualdad ante la ley no borra las diferencias naturales, sino que establece una igualdad básica de derechos, a partir de la cual podemos realizamos mejor en medio de nuestras diferencias, pero dentro de un contexto legal de igualdad.

2.2.1.2 El Derecho a la igualdad en la Constitución de 1993

El inciso 2) del artículo 2 de la Constitución expresa que toda persona tiene derecho “A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.” La Constitución se inspira en esta concepción de la igualdad básica, que contiene al mismo tiempo el rechazo a posiciones que conceden derechos en función de la diferencia de las personas. Conforme a nuestra Carta Magna, la discriminación implica un trato desigual entre los iguales.

Nuestra Constitución establece en concreto la no discriminación por el origen, la raza, el sexo, idioma, religión, opinión y condición económica. Necesariamente este inc. 2 del art. 2 debe concordarse con el art. 103 de la propia Constitución, que dice en su primera parte: "Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de las personas".

Bernales (1999) refiere que la discriminación de origen hace diferencias según la persona pertenezca a un Estado o a otro. Hasta hace poco, se distinguía a las personas por aplicación personal de la ley, esto es, que a cada cual se le aplicaba su ley de origen de tal manera que quienes vivían en el extranjero eran necesariamente discriminados por no aplicárseles la ley de dicho

lugar, siendo en tal sentido marginados del acceso a algunos derechos políticos y económicos principalmente.

El concepto de raza implica aquellas características físicas diferenciales del cuerpo humano. La discriminación por raza consiste en tratar diferenciadamente a las personas, considerando a los miembros de una raza superiores a los de otra. Tal fue, por ejemplo, el caso de las teorías que exaltaban la superioridad de la raza aria. Este tipo de discriminación no es ajeno al Perú. Criterios discriminatorios han sido aplicados para perjudicar - fundamentalmente- a connacionales de raza negra e india, así como a quienes tienen componentes de dichas razas en mestizaje con otras. También existen posiciones discriminatorias al interior de estas razas. El problema es complejo y es un asunto no resuelto.

Respecto al sexo, éste tiene relación con las características diferenciales de varón y mujer. En nuestras sociedades la discriminación por sexo ha perjudicado a la mujer que, en general, fue puesta en condiciones de sometimiento al varón. La discriminación social de la mujer fue y es aún hoy día muy extensa. La discriminación jurídica también lo fue, particularmente en la situación sometida de la mujer al marido hasta el advenimiento del Código Civil de 1984, y en la negación de derechos políticos a la mujer, quien teóricamente pudo participar en elecciones municipales desde 1933 (teóricamente porque no las hubo hasta 1963), aunque recién participó efectivamente con voto universal en las elecciones generales nacionales desde 1956. Es, en rigor, a partir de las Constituciones de 1979 y 1993, que las normas internas del Perú garantizan la igualdad formal rigurosa entre varón y mujer.

La no discriminación por idioma consiste en que la persona no sufra trato diferencial frente a la ley por razón de utilizar un idioma

distinto. Este elemento es muy - importante en el Perú, habida cuenta de su realidad plurilingüista.

La discriminación por religión consiste en dar un trato desigual a aquellas personas que practican diferentes religiones. La discriminación por religión puede adquirir formas sutiles como por ejemplo, el obligar a alguien a estudiar cursos de una religión que no es la suya. En este caso, estará atentando contra la Constitución, por ejemplo, el director o el profesor de un centro educativo que exigen compulsivamente a los alumnos que profesan otros credos, a llevar determinado curso que responda exclusivamente a una religión a la que no pertenecen. Por ello, la Constitución peruana otorga la libertad de religión en consonancia con este principio de no discriminación.

Otra forma de discriminación por religión es aquella de persecución del ejercicio de la religión misma. Ha habido muchos casos en la historia. Tal vez el más reciente haya sido el de los países comunistas liderados por la hoy desaparecida Unión Soviética.

Las personas, como dice la Constitución peruana, tienen derecho al ejercicio público de todas las confesiones, mientras no vayan contra la moral o el orden público.

La discriminación por opinión se produce cuando las personas se ven privadas de sus derechos por las opiniones que pudieran expresar en los más diversos campos de la vida. Casos de discriminación por opinión ocurren, por ejemplo, cuando un empleado es obligado a profesar determinadas ideas para aceptar un trabajo, o cuando se le despide por las opiniones que tiene. Uno de los extremos de esta discriminación es la existencia del delito de opinión. Nuestra Constitución prohíbe tanto limitar los derechos humanos de los trabajadores en la relación laboral, como la existencia del delito de opinión.

La discriminación por condición económica consiste en dar trato diferenciado a las personas por su capacidad económica. En el pasado fue tradicional recortar por estas consideraciones los derechos ciudadanos. En este sentido, nuestra Constitución establece la gratuidad de la enseñanza pública, lo que siempre se ha entendido como una forma de no discriminar en sus posibilidades a las personas por su condición económica.

La Constitución agrega una disposición adicional prohibiendo la discriminación por cualquier otra razón. Es una cláusula general que pretende descartar cualquier atentado contra la igualdad formal establecida.

2.2.1.3 El derecho a la igualdad y el Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre el derecho a la igualdad. Al respecto, Figueroa (2012) señala que “El desarrollo jurisprudencial del derecho a la igualdad ha logrado la consolidación de importantes estándares de comparación entre conductas, acciones o tratamientos normativos, los cuales se han traducido en conductas positivas del Estado y de los particulares, vinculadas al ámbito material del derecho a la igualdad.” (p. 31). Siendo así, y para efectos de nuestro tema de investigación, señalaremos que el artículo 111 del Código de los Niños y Adolescentes da un trato desigual a los menores que viajan fuera del país. Implícitamente refiere que los menores acompañados con sus padres pueden viajar fuera del país sin restricciones; mientras que los menores reconocidos solamente por un padre o en caso de fallecimiento de un padre, previamente deben de recabar la autorización notarial. Al respecto, consideramos que hay un trato desigual, sobretodo porque a un menor reconocido legalmente solamente por un padre (generalmente la madre) legalmente quien reconoció ejerce la patria potestad del menor, lo mismo ocurre con el menor que falleció uno de sus padres. El padre o la madre sobreviviente es

quien ejerce la patria potestad del menor. Por lo tanto, en ambos casos sería suficiente acreditar ante las autoridades migratorias el Acta de nacimiento del menor o el acta de defunción del padre o madre fallecida, en consecuencia sería innecesaria la presentación de la autorización notarial.

Bajo estas premisas, resulta oportuno analizar el derecho a la igualdad desde el punto de vista del Tribunal Constitucional. Conforme al Exp. N.º 02835-2010-PA/TC, el Tribunal ha señalado que la igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2º de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual: “[...] toda persona tiene derecho [...] a la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, se está frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino en ser tratadas del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación. Constitucionalmente este derecho –señala el Tribunal - tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable, por igual, a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

Sin embargo, -señala el Tribunal - la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación,

pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables.

Estas precisiones –expresa el Tribunal - deben complementarse con el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, diferenciación y discriminación. En principio, debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable.

A efectos de determinar si en un caso concreto se está frente a una quiebra del derecho-principio a la igualdad, la doctrina constitucional ha desarrollado mecanismos para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual con base en justificaciones objetivas y razonables; o cuándo frente a un trato arbitrario, caprichoso e injustificado y, por tanto, discriminatorio. Nosotros analizaremos mediante el test de proporcionalidad con las reglas que establece el Tribunal:

- a) *De la existencia de un fin constitucional en la diferenciación:*
La restricción y cargas burocráticas para que un menor de edad viaje al exterior se encuentra contemplada en el artículo 111 del Código de los Niños y Adolescentes. No existe un fin constitucional valedero que ampare esa restricción. Si bien se trataría de controlar y proteger a un menor de edad, éste

hecho ya se encuentra garantizado con la presencia de quien reconoció al menor o por parte del padre o madre sobreviviente. En ambos casos, es el padre o la madre quien ejerce la patria potestad. El código civil regula lo referente a la patria potestad, por lo tanto, la intervención notarial es innecesaria y atentatoria contra el derecho a la igualdad.

b) *De la adecuación del medio utilizado para alcanzar el fin perseguido:* Tal como se ha señalado en la STC 0011-2002-AI/TC, “La justicia constitucional no puede sino concebir un Estado constitucional y en esa medida reconocerle (que es distinto de adjudicarle) todas las facultades que en su seno encuentren el terreno para el más eficiente desarrollo de los principios y derechos que la Norma Fundamental contempla. A tal propósito contribuye la tesis institucional, en cuyo entendido la defensa de los derechos fundamentales trasciende tal condición, para convertirse, a su vez, en verdaderas garantías institucionales para el funcionamiento del sistema, razón por la que en estos casos el papel del Estado en su desarrollo alcanza niveles especialmente relevantes, sea para reconocer que la realidad le exige un importante grado de participación en la promoción del derecho, sea para aceptar un rol estrictamente abstencionista”. En ese sentido, la norma observada (Art. 111 del C.N.A) no constituye una medida idónea para alcanzar el objetivo buscado, cual es el fortalecer el derecho a la igualdad y el libre tránsito de las personas

c) *De la necesidad del medio empleado:* De lo expuesto precedentemente ha quedado acreditado que se ha vulnerado derecho a la igualdad y que la medida normativa resulta innecesaria por existir otros mecanismos administrativos que tiendan a asegurar la identidad e integridad del menor. La acreditación de la patria potestad se determina con el Acta de

nacimiento o el Acta de defunción en el caso planteado, al igual que para los menores que viajan acompañados con sus padres es suficiente los documentos de identidad y/o las Actas de nacimiento que se presentan directamente ante las autoridades migratorias.

Casos jurisprudenciales sobre el derecho a la igualdad:

A) SENTENCIA SOBRE LA LEY 26599 (INEMBARGABILIDAD DE LOS BIENES DEL ESTADO)⁴

La Ley 26599 modificó el Artículo 648° del Código Procesal Civil y estableció que eran inembargables los bienes del Estado, sin distinguir entre bienes de dominio público y bienes de dominio privado. En su sentencia, el Tribunal declaró fundada en parte la demanda por considerar que esta disposición era contraria al derecho a la igualdad ante la ley, pues establecía una desigualdad de condiciones entre las partes en un proceso. El razonamiento del Tribunal fue el siguiente:

“(...) Los tratadistas de Derecho Constitucional consideran que el Estado tiene una doble personalidad jurídica, cuando ejerce el ius imperium, actúa como persona de derecho público, y cuando contrata o administra sus bienes patrimoniales privados actúa como persona de derecho privado. En consecuencia, cuando contrata y se obliga ante particulares, ambas partes deben someterse a las mismas reglas y no puede el Estado tener un nivel de preeminencia, lo contrario sería ir contra el principio constitucional de igualdad ante la ley. La persona que acude, en busca de justicia, a la función jurisdiccional, sea quien fuera, recurre pidiendo solución a un conflicto de intereses intersubjetivos y no puede hacerlo con más privilegios que la otra parte o contrario, así sea éste el

⁴ Sentencia del Expediente 006-96-AI/TC, publicada el 7 de marzo de 1997.

Estado quien con mayor obligación debe acudir sin otro privilegio que la razón o el derecho; es decir, que ambos recurrentes deben hacerlo en igualdad de condiciones y con la plena confianza de que van a obtener justicia en forma igualitaria, de tal suerte que no se merme la seguridad jurídica. De continuar vigente la Ley (...), daría lugar a que no exista una seguridad jurídica ya que vano sería accionar contra el Estado, que de ser vencido no se le podría ejecutar la sentencia por existir esta protección a su favor, esto daría lugar para pensar o creer, con fundamento, que la persona que entable demanda al Estado no tiene derecho a una tutela jurisdiccional efectiva; y no habría una igualdad de condiciones, y se presentaría una credibilidad dudosa para el cumplimiento de las sentencias. El fin de un proceso es abstracto, es lograr la paz social en justicia ¿No sería así innecesario accionar contra el Estado para que cumpla con una obligación?. El Estado sí puede accionar contra una persona y de ser vencedor, puede ejecutar la sentencia, lo que no sucede si el Estado es el enjuiciado y vencido. Ello vulnera el principio de igualdad ante la ley, pues pretende establecer un trato discriminatorio sin ninguna base objetiva y razonable, violándose de ese modo los Convenios, Pactos, Protocolos y Tratados de Derechos Humanos en los que es parte el Estado peruano, en los que se reconoce y garantiza el derecho a la igualdad de las personas ante la Ley. De continuar la vigencia del inciso primero (de la norma impugnada) se estaría afectando el desarrollo o resultado del proceso. Un debido proceso es aquel en que se aplican las leyes sustantivas y adjetivas, debidamente, vale decir en forma igual para los litigantes: demandante y demandado; el Juez tiene la obligación de cumplirlas y hacerlas cumplir, con esta ley y mediante el inciso primero del Artículo 648° del Código Procesal Civil que ahora se

examina, no se le deja administrar justicia en forma independiente. ¿Cómo hará el Juez para hacer cumplir un fallo si esta ley le prohíbe ejecutarla, en caso de ser el Estado el obligado? ¿Tendría razón de ser un debido proceso cuando no se va a poder aplicar ni ejecutar la sentencia? No sería un debido proceso, pues sería inconcluso hasta que sea atendida con la partida nuevamente presupuestada del Sector al que corresponda el organismo estatal enjuiciado. De ser así, sería una sentencia meramente declarativa; pero paradójicamente sí se podría ejecutar de inmediato, de ser el caso, si se tratara de un litigante común y corriente el vencido. El Estado es el primero que debe cumplir la ley, así como exige que todos los ciudadanos la cumplan, y por ser un derecho fundamental y natural: la igualdad de las personas ante la ley.”

Hemos colocado en su integridad los argumentos del Tribunal pues se trata de la primera sentencia en la que declaró inconstitucional una norma por considerarla contraria al derecho a la igualdad ante la ley reconocido en el Artículo 2° inciso 2 de la Constitución. En términos generales, el Tribunal señala que la norma en cuestión atenta contra la igualdad ante la ley, pues "pretende establecer un trato discriminatorio sin ninguna base objetiva y razonable", con lo cual está señalando que no existe ninguna fundamentación para establecer un trato desigual.

B) SENTENCIA SOBRE EL ARTÍCULO 337° DEL CÓDIGO CIVIL (CRITERIOS ADICIONALES A SER APRECIADOS POR EL JUEZ EN DETERMINADAS CAUSALES DE SEPARACIÓN O DIVORCIO)⁵

La Defensoría del Pueblo presentó una demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 337° del Código Civil, según

⁵ Sentencia del Expediente 018-96-I/TC, publicada el 13 de mayo de 1997.

el cual: La sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa son apreciadas por el Juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges.

De acuerdo con el demandante, no existía una justificación razonable para otorgarle al juez la posibilidad de tomar en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges, al momento de decidir si procedía una separación de cuerpos o un divorcio como consecuencia de un acto de sevicia, injuria grave o conducta deshonrosa. Esta sentencia es particularmente importante, pues se aprecia un orden en sus fundamentos, no presente en los casos mencionados anteriormente. Un primer aspecto a destacar es el hecho que el Tribunal precisó el objeto de la controversia constitucional. En este sentido señaló:

“(...) este Tribunal debe decidir si la apreciación por el juez, en cada caso concreto, de la educación, costumbre y conducta de los cónyuges es o no discriminatoria, como alega el demandante y para ello debe analizar si la desigualdad de educación, costumbre y conducta entre las parejas casadas, es circunstancia justificatoria del trato desigual que debe hacer el juez, en la aplicación del Artículo 33 del Código Civil (...) (subrayado nuestro).

A continuación, el Tribunal precisó que en este caso la norma impugnada tenía un objetivo legítimo, cual era proteger el vínculo matrimonial; sin embargo, también existía la obligación de proteger los derechos fundamentales que podrían verse afectados como consecuencia de un acto de sevicia, injuria grave o conducta deshonrosa, como el derecho a la integridad personal, el derecho al honor, entre otros. Al ponderar ambos aspectos, señaló:

- El principio de igualdad plasmado en la Constitución no sólo exige, para el trato desigual en la aplicación de la ley

a las personas, que la finalidad legislativa sea legítima, sino que los que reciban el trato desigual sean en verdad desiguales;

- Los derechos a la dignidad, integridad física, psíquica y moral, al libre desarrollo y bienestar, al honor y buena reputación, a la vida en paz, al goce de un ambiente adecuado, al desarrollo de la vida y a no ser víctima de violencia ni sometido a tratos humillantes, son derechos constitucionales aplicables a todo ser humano, sin que interese su grado de educación, costumbre, conducta o identidad cultural. En lo que respecta a estos derechos fundamentales, todas las personas son iguales, y no debe admitirse, en algunas personas y en otras no, la violación de estos derechos;
- Si bien la finalidad de la conservación del matrimonio que contiene el Artículo 337° del Código Civil es legítima, no debe preferirse ni sacrificarse para la consecución de ésta, otras finalidades también legítimas y constitucionales, referidas a la defensa y desarrollo de la persona humana como tal, pues los derechos humanos mencionados en el párrafo anterior tienen mayor contenido valorativo y constituyen finalidades más altas y primordiales que la conservación del matrimonio.
- En consecuencia, el Tribunal no considera legítima la preservación de un matrimonio cuando para lograrla, uno de los cónyuges deba sufrir la violación de sus derechos fundamentales.

Luego de realizar estas precisiones, el Tribunal pasó a analizar cada una de las causales de separación o divorcio que podían ser evaluadas por el juez tomando en cuenta la educación, costumbre y conducta de los cónyuges. Al respecto, consideró que estos criterios no podían ser utilizados en el caso de la sevicia y la

conducta deshonrosa, pero sí en el caso de la injuria grave. En sus propias palabras:

“(...) la apreciación por el juez en base a la educación, costumbre y conducta de los cónyuges, respecto a la violencia física y psicológica y a la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, no son adecuados, ni necesarios, ni proporcionales, para la consecución de la finalidad de preservar el vínculo matrimonial, pues vulneran principios y finalidades constitucionales más importantes. Dicho de otro modo, el derecho personal a la integridad física, síquica y moral, el derecho al honor, a la dignidad personal y a la buena reputación, el derecho a una vida tranquila y en paz y el derecho a la igualdad entre los seres humanos, son valores más altos, constitucionalmente, que la finalidad legítima de preservar el vínculo matrimonial.”

Esta sentencia destaca por haber establecido criterios de interpretación más precisos para analizar si una norma es compatible con el derecho a la igualdad ante la ley. En este sentido, el Tribunal analizó si existía un objetivo legítimo que justificase el trato desigual y encontró que el mismo podía sustentarse en la preservación del vínculo matrimonial (principio de razonabilidad), pero, asimismo, advirtió que el trato desigual sólo podía darse en el caso de personas que se encuentran en una situación de desigualdad, lo que en este caso no se presentaba pues todas las personas se encuentran en igualdad de condiciones respecto al reconocimiento y protección de sus derechos fundamentales. Por lo tanto, a pesar de existir un objetivo legítimo, existía un valor más importante que no podía desconocerse: la tutela de los derechos fundamentales.

2.2.2 Derecho al libre tránsito

2.2.2.1 Definición

El derecho al libre tránsito es la facultad que tiene toda persona de poder desplazarse libremente y con total discrecionalidad, por cualquier lugar del territorio nacional y a salir de él, con los límites establecidos por las leyes.

Mesía & Sosa (2005) refieren que “El derecho al libre tránsito y residencia, a pesar de ser en principio una libertad negativa, esto es, una obligación para el Estado de abstenerse frente al albedrío individual, tiene también una dimensión social que demanda acciones positivas del Estado para optimizar la eficacia del derecho” (p.174). La libertad de locomoción adquiere también relevancia debido a las migraciones hacia otros países, en lo que se refiere tanto a la posibilidad de salida y retorno del territorio nacional, como a la situación de los nacionales en otros Estados y la de los extranjeros en nuestro país; sin olvidar que el proceso de integración latinoamericana también pone el tema sobre el tapete al flexibilizar la movilización de los pobladores entre países vecinos.

El sujeto activo de este derecho es cualquier persona natural, y el sujeto pasivo es el Estado o cualquier persona natural o jurídica, por tratarse de un derecho fundamental.

2.2.2.2 El libre tránsito en la Constitución

El artículo 2° inciso 11) de nuestra Constitución señala que toda persona tiene derecho “A elegir su residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo las limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería”; consagrando así el derecho fundamental al libre tránsito como un derecho inherente o consustancial a toda persona humana.

Además, entre los instrumentos internacionales que reconocen este derecho se encuentran el artículo 13º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 12º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo VIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y el artículo 22º de la Convención Americana de Derechos Humanos, que determinan el derecho de toda persona a transitar libremente por el territorio del Estado del cual se es nacional. En el caso específico de los tratados, éstos forman parte del derecho nacional según lo dispuesto por el artículo 56º de la Constitución. Además, la cuarta disposición final de la Constitución señala que las normas relativas a los derechos y a las libertades que ella reconoce, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás instrumentos internacionales sobre la materia ratificados por el Perú, lo cual reafirma la vigencia del derecho al libre tránsito en nuestro sistema jurídico. En general, podemos señalar que el derecho a transitar o circular libremente por el territorio nacional se encuentra reconocido dentro del catálogo clásico de libertades o derechos fundamentales, es decir, dentro del núcleo duro o esencial de derechos reconocidos a toda persona humana en las Constituciones de todo Estado moderno, los cuales representan valores éticos y políticos asumidos por la comunidad, e implican un deber de abstención del Estado y los particulares a fin de no limitar o restringir su ejercicio. Si partimos de la idea que ningún derecho es en principio absoluto, el término limitar lo entendemos como aquella posibilidad de poder fijar la extensión del derecho, de acuerdo a las competencias y procedimientos fijados por la Constitución y las leyes. Así, la competencia para “limitar” el ejercicio de un derecho constitucional debe ser entendida como aquella facultad fijada por la Constitución o la ley para restringir, atenuar o modular el ejercicio del mismo, pero sin afectar con ello su contenido esencial. Es decir, la limitación debe ser de tal magnitud que no puede hacer desaparecer o anular el derecho, ni

hacer inviable su ejercicio, salvo disposición en contrario de la propia Constitución.

Las limitaciones que pueden ser establecidas por tres razones: de sanidad, por mandato judicial; y por aplicación de la ley de extranjería.

Las razones de sanidad impiden, por ejemplo, el ingreso o salida del país de personas con enfermedades contagiosas capaces de generar una epidemia, asimismo el tránsito por el territorio nacional cuando existen zonas o personas en cuarentena con la finalidad de observar o aislar enfermedades graves. Por lo tanto, podría limitarse el derecho a residir en algunas zonas, debido al alto riesgo que estas significan para la salud humana.

El mandato judicial puede limitar la salida del país y el desplazamiento de quienes deben comparecer ante la justicia (verbigracia, con la medida del impedimento de salida o del arresto domiciliario). Como no puede ser de otra manera, la orden del juez tiene que ser expedida en el ejercicio regular de sus funciones y con las garantías de la debida tutela procesal.

No cabe la expulsión de los nacionales ni siquiera mediante mandato judicial.

La Convención Americana en su artículo 22 inciso 5 afirma que "nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho de Ingresar al mismo", pese a lo cual el artículo 30 del Código Penal establece como pena restrictiva de la libertad la expatriación

de los nacionales, el destierro, práctica felizmente superada en el mundo contemporáneo.

En lo que corresponde a la ley de extranjería, allí se fijan causales de expulsión aplicables a foráneos: (a) por ingreso clandestino o fraudulento en el territorio nacional, (b) por mandato de la autoridad judicial competente; (c) cuando ha vencido su permiso de permanencia o residencia y ha excedido el plazo para su regularización sin que haya abandonado el país.

Finalmente, cabe restringir el ejercicio del derecho de circulación bajo los regímenes de excepción. Si bien este derecho puede comprometer el orden público, en todo caso, las limitaciones que se establezcan deberán ser proporcionales y guardar relación exclusiva, directa y específica con las causas que han determinado la declaratoria del estado de emergencia o de sitio.

Siendo así, resulta indispensable conocer cuáles son los perfiles o límites del derecho al libre tránsito y su relación con los restantes derechos constitucionales, así como su vinculación con los valores y principios reconocidos en la Constitución; y determinar la finalidad a la que obedece su protección. En tal sentido, señalamos algunos criterios señalados por la Defensoría del Pueblo (Informe Defensorial N° 81) sobre *Libertad de Tránsito y Seguridad Ciudadana*, que ayudan en la tarea de delimitación del derecho fundamental al libre tránsito:

- Se trata de un derecho que representa una de las manifestaciones de la libertad humana: libertad para moverse de un lugar a otro sin más límites que los establecidos en la Constitución o en la ley. Esta libertad de locomoción resulta indispensable para el desarrollo de la persona humana, ya que

permite el ejercicio de otros derechos constitucionales, como los políticos y los económicos, sociales y culturales.

- En el caso peruano, sólo podría limitarse dicho derecho en forma absoluta si lo establece un juez (por ejemplo, medidas cautelares para proteger a menores en caso de conflictos de familia, a víctimas de delitos contra la libertad sexual, etc.), por medidas de sanidad pública, por aplicación de la ley de extranjería o por haberse decretado un Estado de Emergencia. Es decir, la limitación a dicho derecho no implica una detención por la fuerza de la persona humana, ya que si lo autoriza un mandato judicial estaremos ante una detención legítima y si lo hace un particular estaríamos frente a la figura del secuestro; sino que la limitación del derecho se da por una razón de orden público, un interés superior que es necesario proteger.
- A su vez este derecho se relaciona con otros derechos fundamentales, como por ejemplo con el derecho a la igualdad de trato, ya que a ninguna persona se le puede restringir su libre circulación en atención a criterios de raza, sexo, religión, condición social o económica, ideas políticas, etc.
- En consecuencia, resulta evidente que la protección del derecho al libre tránsito tiene por finalidad resguardar uno de los pilares en que se sustenta el principio de dignidad de la persona humana: su libertad; el cual se sitúa, a la vez, como uno de los valores en que se sustenta la forma de organización democrática del Estado peruano, consagrada en el artículo 43º de la Constitución. De otro lado, al ser el derecho constitucional al libre tránsito una extensión de la libertad individual, se encuentra protegido por la acción de hábeas corpus, aunque en muchos casos en nuestro ordenamiento jurídico el Tribunal Constitucional ha aceptado su protección mediante acciones de amparo por estar

discutiéndose pretensiones vinculadas a otros derechos constitucionales, como por ejemplo el derecho a la igualdad de trato o de no discriminación.

2.2.2.3 El libre tránsito y el Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre este derecho importante. De ahí que tomaremos como referencia jurisprudencial la sentencia del Exp. N° 00733-2010-PHC/TC. El Tribunal expresa que la libertad de tránsito o derecho de locomoción es, dentro del catálogo de atributos susceptibles de tutela por vía del hábeas corpus, de los más tradicionales. Con éste se busca reconocer que todo nacional o extranjero con residencia establecida pueda circular libremente o sin restricciones por el ámbito de nuestro territorio, pues en tanto sujeto con capacidad de autodeterminación tiene la libre opción de disponer cómo o por dónde decide desplazarse, sea que dicho desplazamiento suponga facultad de ingreso hacia el territorio de nuestro Estado, circulación o tránsito dentro del mismo, sea que suponga simplemente salida o egreso del país. Dicho atributo, por otra parte, se encuentra también reconocido por los artículos 12 ° y 13° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por el artículo 22° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, constituyéndose en uno de los derechos de mayor implicancia en el ámbito de la libertad personal perteneciente a cada individuo.

Siendo el derecho de tránsito o de locomoción –expresa el Tribunal - un atributo con alcances bastante amplios, se encuentra sin embargo, por mandato expreso de la propia Constitución y conforme a los criterios recogidos por los instrumentos internacionales antes referidos, sometido a una serie de límites o restricciones en su ejercicio. Dichas restricciones pueden ser de dos clases, explícitas o implícitas.

Las restricciones calificadas como explícitas se encuentran reconocidas de modo expreso y pueden estar referidas tanto a supuestos de tipo ordinario, como los enunciados por el inciso 11) del artículo 2° de la Constitución (mandato judicial, aplicación de la ley de extranjería o razones de sanidad) como a supuestos de tipo extraordinario (los previstos en los incisos 1 y 2 del artículo 137° de la Constitución, referidos a los estados de emergencia y de sitio, respectivamente).

El primer supuesto explícito tiene que ver con el hecho de que ninguna persona puede ser restringida en su libertad individual, salvo que exista un mandato formal emitido por una autoridad judicial competente. Dentro de dicho contexto y aunque toda persona tiene la opción de decidir el lugar a donde quiere desplazarse y los mecanismos de los que se vale para tal efecto, queda claro que cuando ésta es sometida a un proceso, sus derechos en buena medida pueden verse afectados a instancias de la autoridad judicial que dirige tal proceso. Aunque tal restricción suele rodearse de un cierto margen de discrecionalidad, tampoco puede o debe ser tomada como un exceso, ya que su procedencia, por lo general, se encuentra sustentada en la ponderación efectuada por el juzgador de que con el libre tránsito de tal persona no puede verse perjudicada o entorpecida la investigación o proceso del que tal juzgador tiene conocimiento. En tales circunstancias no es que el derecho se torne restringido por un capricho del juzgador, sino por la necesidad de que el servicio de justicia y los derechos que está obligada a garantizar, no sufran menoscabo alguno y puedan verse materializados sin desmedro de los diversos objetivos constitucionales.

El segundo supuesto parte de que el derecho de locomoción sólo le corresponde a los nacionales o extranjeros con residencia establecida, y supone que quien sin pertenecer a nuestro Estado,

pretende ingresar, transitar o salir libremente de su territorio, se expone a ser expulsado bajo las consideraciones jurídicas que impone la ley de extranjería. La justificación de dicho proceder se sustenta en que si bien los derechos fundamentales son reconocidos a título universal, cuando se trata de aquellos cuyo ámbito de ejecución trastoca principios esenciales como la soberanía del Estado o la protección de sus nacionales, el ordenamiento jurídico, sobre la base de una equilibrada ponderación, suele hacer distinciones entre quienes forman parte del Estado y aquellos que otros que carecen de tal vínculo. En tales circunstancias no es que se niegue la posibilidad de poder gozar de un derecho o quienes no nacieron en nuestro territorio o no poseen nuestra nacionalidad, sino de que resulta posible o plenamente legítimo imponer ciertas reglas de obligatorio cumplimiento para viabilizar el goce de dichos atributos. Hipótesis similar ocurre, por citar un supuesto distinto, en el ámbito de derechos como los políticos, donde el Estado se reserva el reconocimiento y obligación de tutela de derechos fundamentalmente para el caso específico o preferente de los nacionales, sin que con ello se vea perturbada o desconocida la regla de igualdad.

El tercer supuesto explícito tiene que ver con otra situación perfectamente justificada. Como resulta evidente, por razones de sanidad también puede verse restringido el derecho de tránsito, esencialmente porque, en tal hipótesis, de lo que se trata es de garantizar que el ejercicio de dicho atributo no ponga en peligro derechos de terceros e incluso derechos distintos de la misma persona que intenta el desplazamiento. Tal contingencia podría ocurrir, de suyo, en el caso de una epidemia o grave enfermedad que pudiera detectarse en determinada zona o sector del territorio del país. En tales circunstancias queda claro que la restricción del derecho de tránsito se vuelve casi un imperativo que el

ordenamiento, como es evidente, está obligado a reconocer y, por supuesto, a convalidar.

Un cuarto supuesto explícito, aunque este último de naturaleza extraordinaria, tiene que ver con las situaciones excepcionales que la misma norma constitucional contempla bajo la forma de estados de emergencia o de sitio y que suelen encontrarse asociados a causas de extrema necesidad o grave alteración en la vida del Estado, circunstancias en las que resulta posible limitar en cierta medida el ejercicio de determinados atributos personales, uno de los cuales resulta siendo el derecho de tránsito o de locomoción. Dentro de dicho contexto debe precisarse que lo que resulta limitable o restringible no es el ejercicio de la totalidad del derecho o los derechos de todos los ciudadanos, sino de aquellos aspectos estrictamente indispensables para la consecución de los objetivos de restablecimiento a los que propende el régimen excepcional, para efectos de lo cual ha de estarse a lo determinado por referentes tan importantes como la razonabilidad y la proporcionalidad.

Las restricciones implícitas, a diferencia de las explícitas, resultan mucho más complejas en cuanto a su delimitación, aunque no son por ello inexistentes o carentes de base constitucional. Se trata, en tales supuestos, de vincular el derecho reconocido (en este caso, la libertad de tránsito) con otros derechos o bienes constitucionalmente relevantes, a fin de poder determinar, dentro de una técnica de ponderación, cuál de todos ellos es el que, bajo determinadas circunstancias, debe prevalecer.

El Tribunal Constitucional refiere expresamente que las restricciones al libre tránsito (circulación en el interior del país o salir del país) conforme a la Constitución, solamente pueden darse por mandato judicial, aplicación de la ley de extranjería o razones de sanidad, como a supuestos de tipo extraordinario; y en los casos referidos a los estados de emergencia y de sitio,

respectivamente. Sin embargo, la restricción impuesta a los menores reconocidos solamente por la madre o huérfano por muerte de un padre, no se encuentra incluida en el precepto constitucional, ocasionando que los menores de edad señalados puedan circular libremente para efectos de salir del país, específicamente a la ciudad de Arica que tiene un tratamiento especial por acuerdos bilaterales. Se puede aducir que la restricción es legal porque el Código de los Niños y Adolescentes así lo establece (Art. 111). Sin embargo consideramos que la referida norma es inconstitucional precisamente por vulnerar los derechos a la igualdad, tránsito y protección familiar.

Asimismo, debemos tener presente la Sentencia recaída en el Exp. N° 04136-2011-PHC/TC, el cual señala que el artículo 2º inciso 11) de la Constitución Política del Perú regula el derecho fundamental a la libertad de tránsito. Esta facultad comporta el ejercicio del atributo *ius movendi et ambulandi*. Es decir, supone la posibilidad de desplazarse autodeterminativamente en función de las propias necesidades y aspiraciones personales, a lo largo y ancho del territorio, así como la de ingresar o salir de él, cuando así se desee. Se trata en suma de un imprescindible derecho individual y de un elemento conformante de la libertad individual. Más aún deviene en una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona, toda vez que se presenta como el derecho para poder ingresar, permanecer, circular y salir libremente del territorio nacional. Sin embargo este derecho como todos los demás no es absoluto, sino que debe ejercerse según las condiciones que cada titular del mismo posee y de acuerdo con las limitaciones que la propia Constitución y la ley establecen (Expediente N° 2876-2005-HC/TC, caso Nilsen Mallqui Laurence).

2.2.3 La protección y la unidad familiar

2.2.3.1 Definición de familia

En sentido lato, se considera familia a las personas que guardan entre sí relaciones de parentesco en el cuarto grado de consanguinidad y en el segundo de afinidad. Esta definición incluye a los tatarabuelos, tataranietos, primos hermanos, sobrinos nietos, tíos abuelos, padres, abuelos, hijos, nietos, suegros y cuñados.

La familia en el Perú es, por consiguiente, cuando menos el grupo humano de cada persona compuesto por los grados de parentesco reconocidos jurídicamente. Hay que reconocer, no obstante, que esta estructura refleja más adecuadamente lo que sociológicamente se entiende por familia urbana de estratos medios o altos. En los sectores populares y en la mayoría de los pueblos de provincias, la familia todavía tiene una composición más amplia y que responde a patrones tradicionales antes que jurídicos; incluye parientes colaterales no considerados en los grados anteriores, parientes espirituales e, inclusive, allegados que no tienen vínculo jurídico formal pero que sí tienen cercanía social y humana: por ejemplo, los parientes análogos a los afines, en el caso de una pareja que no ha formalizado matrimonio.

2.2.3.2 La familia en la Constitución Política

El artículo 4 de la Constitución señala que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”.

La familia es la célula básica de la sociedad. Viene a ser la premisa para que la mayoría de normas que regulan la familia tengan carácter imperativo, es decir, de orden público o de

cumplimiento necesario, pues la organización y desenvolvimiento de las familias interesa de sobremanera a la comunidad y al Estado.

Sobre esta norma constitucional, Plácido (2005) refiere que “la Constitución permite deducir que la familia está intrínseca y esencialmente determinada por el hecho de la generación humana y las consiguientes relaciones de paternidad, maternidad y filiación, a las que expresamente se refiere este último precepto; manifestándose, además, bien significativamente, una especial preocupación por los niños y adolescentes, la madre y el anciano, dando a entender que la familia se ocupa o ha de ocuparse muy particularmente de ellos” (p.350).

Al respecto, Bernales (1999) señala que “El reconocimiento del matrimonio y la familia como institutos naturales de la sociedad equivale a colocarlos como precedentes en orden de prioridad y de existencia real a la ley: no son constituidos por ella, sino que existen desde antes de la ley; ésta sólo los reconoce” (p. 194). Su reconocimiento como institutos fundamentales equivale a decir que la sociedad tiene base en ellos y que, por lo tanto, son materia de promoción, protección y conservación.

Salinas (2013) expresa que “El legislador no puede soslayar tal situación toda vez que para la persona natural en particular, la familia cumple una función de protección, de defensa frente a las innumerables contingencias del medio social. La familia viene a ser refugio de la persona natural” (p. 414). Como puede verse, la persona sin el respaldo ni la protección de una familia, tiene mínimas posibilidades de sobrevivir y si logra hacerlo, será de escaso valor para el Estado, pues la mayor de las veces se vuelve gregario y antisocial. Roy Freyre cit. Salinas (2013) indica certeramente: es un hecho natural que el hombre aislado no puede dar satisfacción normal al imperio de su sexo, ni atender a los cuidados personales en una edad muy tierna o muy madura, ni

procurarse su propia formación natural. Por estas circunstancias la familia, al mismo tiempo que es la colectividad natural más antigua, es también la célula social por excelencia, la más importante, porque sin ella no se concibe la posibilidad de una vida en sociedad.

Determinamos que el primer deber constitucional que dimana del artículo 4 para los Poderes públicos es el de proteger jurídicamente a la familia constitucional, evitando precisamente su desamparo como consecuencia de no hacerla objeto de un tratamiento jurídico distinto y más protector que el que se dispense a formas de convivencia al modo doméstico contrarias precisamente al modelo familiar constitucional. Porque el fondo de la cuestión es que la Constitución -y los textos internacionales- quieren propiciar y proteger en consecuencia una forma determinada de producirse y estructurarse las relaciones vinculadas a la generación, fundado en ello el mandato de diferenciación jurídica, de desigualdad de trato jurídico que comporta el deber de proteger jurídicamente a la familia, establecido en el artículo 4.

La familia actual, como se sabe, no es la misma que la del antepasado, pues, la familia, al igual que la sociedad han venido y vienen experimentando un desarrollo en su historia como es natural, como consecuencia de su proceso evolutivo, cuyo desarrollo natural se debe a una serie de factores sociales, económicos, culturales, etc., condicionados por la sociedad y sus instituciones, y porque no, por las políticas legislativas; existiendo actualmente diversidad de formas de familia, en cuanto a su composición y estructura, requiriendo por tanto, la participación del Derecho que coadyuve a su protección integral.

Así también, la familia ha logrado alcanzar un determinado grado de desarrollo en función del avance del desarrollo de la ciencia, pues de hecho aparecerán una serie de situaciones que

conciernen a la familia, que el derecho deberá estar a la altura de esas expectativas, por citar algunos supuestos, la aparición de nuevas formas de reproducción humana, relacionados a la fecundación artificial, el congelamiento de esperma para su posterior utilización, o de la células de la mujer, el derecho de conocer a sus padres del bebé nacido fruto de una unión de células, etc.

Una de las características de la familia, que lo hace ser una materia tan peculiar, y por tanto, requiere de un tratamiento legal especial, radica en su dimensión humana y social, pues no se trata de regular objetos, cosas o derechos que subyacen de los mismos, que por supuesto son necesarios para el ser humano en cuanto le sirven a sus intereses, sino que se trata de relaciones y situaciones humanas que implican desde el nacimiento de un ser humano para que alcance su desarrollo natural por lo menos con las condiciones mínimas e indispensables para que pueda lograr un desarrollo armonioso, hasta que se produzca su deceso por las implicancias que conlleva para su grupo humano; y también en su dimensión social, porque la familia no está o vive aislada, por el contrario está inmersa en un determinado grupo de familias e instituciones de acuerdo a una organización determinada de la sociedad y del Estado, siendo elemento activo por excelencia la persona humana, quien se proyecta a la sociedad, produciéndose así, esa ínter influencia recíproca entre la familia y sociedad, cuyo contenido también es de índole ética, pues la persona despliega su conducta orientándola en determinados propósitos, con base en determinados valores en cuanto le sirven a sus intereses, en tanto la sociedad y el Estado, deben protegerla.

Siendo así, el Estado no puede propiciar quebrantamientos familiares, muy por el contrario debe de fortalecerlos. Sin embargo, cuando existe evidencia plena que la patria potestad de un menor reconocido solamente por uno de los padres u de un

huérfano por el fallecimiento de un padre, el Estado no puede restringir la salida del menor a otro país. Se estaría presentando dos situaciones: Primero que solamente continúe con el viaje el padre sin su menor hijo; y segundo que el padre por no abandonar a su hijo deja de viajar, impidiendo muchas veces que se dé la posibilidad de un reencuentro familiar con los hermanos del menor en el extranjero. Si bien, se puede tramitar la autorización notarial este trámite a las claras denota que es innecesario, el cual pone en riesgo la protección y unidad de la familia.

2.2.3.3 La familia y el Tribunal Constitucional

La sentencia del Tribunal recaída en el expediente N° 09332-2006-PA/TC se pronuncia sobre la familia y expresa que desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado *familias reconstituidas*.

Por su parte, el expediente N° 06572-2006-PA/TC expresa que la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha reconocido la amplitud del concepto de familia, además de sus diversos tipos. Ello es de suma relevancia por cuanto la realidad ha venido imponiendo distintas perspectivas sobre el concepto de familia. Los cambios sociales generados a lo largo del siglo XX han puesto el concepto tradicional de familia en una situación de tensión. Y es que al ser éste un instituto ético-social, se encuentra

inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Por lo tanto, hechos como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas.

Bajo esta perspectiva –señala el Tribunal - la familia no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice la dimensión generativa o de procreación únicamente. Por cierto, la familia también es la encargada de transmitir valores éticos, cívicos y culturales. En tal sentido, “su unidad hace de ella un espacio fundamental para el desarrollo integral de cada uno de sus miembros, la transmisión de valores, conocimientos, tradiciones culturales y lugar de encuentro intra e intergeneracional”, es pues, “agente primordial del desarrollo social”.

De lo expuesto hasta el momento se deduce que, sin importar el tipo de familia ante la que se esté, ésta será merecedora de protección frente a las injerencias que puedan surgir del Estado y de la sociedad. No podrá argumentarse, en consecuencia, que el Estado solo tutela a la familia matrimonial, tomando en cuenta que existen una gran cantidad de familias extramatrimoniales. Es decir, se comprende que el instituto familia trasciende al del matrimonio, pudiendo darse la situación de que extinguido este persista aquella. Esto no significa que el Estado no cumpla con la obligación de la Constitución en cuanto promover la familia matrimonial, que suponen mayor estabilidad y seguridad de los hijos. Siendo así, consideramos que los hijos integrantes de una familia deben correr el mismo sentido que el Tribunal señala, es

decir, que debe de existir una protección integral tanto a los hijos dentro del matrimonio como fuera de ella, hijos reconocidos por uno de los padres o menores huérfanos por fallecimiento de uno de los padres. Todos los hijos son iguales ante la ley, por lo tanto, no se puede discriminar a los hijos menores que legalmente solo son amparados por uno de los padres.

2.3 La patria potestad

2.3.1 Definición

Josserand, cit. por Gurbinkel (1984) expresa que "La patria potestad es el conjunto de derechos que confiere la ley al padre y a la madre sobre la persona y los bienes de sus hijos menores no emancipados, para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben en lo que concierne a la manutención y educación de dichos hijos" (p.318). Esta concepción responde al criterio imperante de épocas pasadas, donde los hijos no gozaban de derechos frente a los padres, contrariamente, la patria potestad era el poder de éstos sobre los hijos y sus bienes.

Por su parte Cornejo (1988) señala al respecto: "El concepto moderno de la patria potestad, como el derecho y el deber que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores (Artículo 418° del Código Civil peruano)" (p.188). Asimismo, Plácido (2001) expresa que: "La patria potestad es una función reflejo del deber de los padres de educar y mantener a sus hijos y de protegerlos en sus intereses pecuniarios mientras son menores de edad, reconociéndosela como institución establecida en beneficio de éstos. En ella, está estrechamente conexos el interés del Estado y el de la familia." (p.317).

El artículo 418 del Código Civil peruano, expresa que "Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores". Esta normativa revela la

verdadera función de los poderes que se atribuyen a los padres en relación con sus hijos, pues como muestra la evolución histórica de la institución, esos poderes se otorgan para el cumplimiento de los deberes que se imponen a los padres y, por tanto, en beneficio del hijo.

En base a estas nociones elementales, nosotros consideramos que la patria potestad es una institución importante del Derecho de Familia que está constituida por un conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres para cuidar de la persona y de los bienes de sus hijos menores, para su protección y formación integral desde la concepción hasta que alcancen mayoría de edad.

El régimen tradicional de la Patria Potestad implicaba un beneficio directo del pater. Era un derecho y facultad exclusiva de él, lo que afectaba las relaciones familiares pues la mujer se encontraba relegada en sus funciones como madre y el padre, en la mayoría de los casos, no cumplía a cabalidad sus funciones. Este sistema patriarcal, también llamado unicato paterno, fue reemplazado por un régimen de ejercicio compartido en el que tanto el padre como la madre intervenían en el cuidado, atención y representación de la persona y patrimonio de los hijos.

En este sistema de ejercicio compartido, debía optarse entre el ejercicio conjunto o el ejercicio indistinto de la Patria Potestad. La diferencia entre cada sistema lo tenemos en lo siguiente:

a) Sistema de ejercicio conjunto

El común acuerdo de ambos progenitores determina la validez de los actos realizados en beneficio del menor. Su fundamento está en que los padres deben decidir en conjunto el bienestar de sus hijos, descartando así los actos unilaterales que pueda realizar un progenitor (art.419, CC).

b) Sistema de ejercicio indistinto

Cualquiera de los progenitores de manera personal puede realizar actos válidos en beneficio del menor. Se fundamenta en que a pesar del actuar individualmente, los padres siempre buscarán el beneficio para su hijo y, sobre todo, toma en cuenta que la rapidez de las operaciones que se realizan hoy en día requieren, igualmente, celeridad en las decisiones.

En el derecho comparado y en nuestra legislación predomina el sistema de ejercicio conjunto, a pesar que existen fórmulas complementarias que facilitan el funcionamiento del sistema de ejercicio indistinto de la Patria Potestad. Este es el caso de la legislación civil de Puerto Rico que establece que la Patria Potestad se puede ejercer de manera individual en casos de emergencia por aquel padre en cuyo instante tenga bajo su custodia al menor (art.152, CC. de Puerto Rico). Asimismo, el Código de Familia Boliviano (art.251) indica que los actos de uno sólo de los padres que se justifiquen por el interés del hijo, se presume cuentan con el asentimiento del otro. De manera especial, más no obligatoria, establece que siempre que sea posible se consultará al hijo mayor de 16 años los actos importantes de la administración (art.459, CC).

Se debe de tener en cuenta que la Patria Potestad tiene un objetivo elemental que es cuidar de manera integral a los hijos que no pueden atender de manera personal sus necesidades, de allí que como diga Cornejo Chávez, se presenta como una institución de amparo y defensa del menor que “no se halla en aptitud de defender su propia subsistencia, ni de cautelar sus intereses, ni de defender sus derechos, ni de formar su propia personalidad”(7). Mediante este concepto general podemos apreciar que el cuidado es referido a la integralidad de la vida de los hijos, sea aquella sicosomática (salud, educación), social (recreo, diversión) y patrimonial (pecuniaria).

De acuerdo a la nueva estructura del Derecho Familiar moderno la Patria Potestad se ejerce en interés de la familia en general y de la sociedad, ya no sólo en beneficio directo del hijo (como lo fue hasta hace poco) o exclusivo del padre (como fue en Roma). Hoy ha de tenerse en cuenta el interés del grupo familiar ya que es en la familia y por ella que se busca el desarrollo integral de la persona. Este sistema debe ser acogido por nuestra legislación, así como lo establece el Código de familia de Panamá la autoridad de los padres se establece tomando en consideración el interés superior del menor y de la familia (art. 318). De igual modo, ante la ausencia de uno de ellos, la patria potestad deberá ejercerla el cónyuge legitimado para este ejercicio, como es en el caso del menor reconocido solamente por uno de los padres o que tenga un solo padre por fallecimiento del otro.

2.3.2 La patria potestad en la Constitución

La patria potestad cuenta con reconocimiento constitucional, tal como puede advertirse de una lectura al art. 6 de la Constitución peruana vigente, en específico en cuanto refiere que: “Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres”.

La mención de esta figura en la norma constitucional es fundamental, porque ese derecho-deber de los padres de tutelar a sus hijos en su esfera personal y patrimonial se encuentra, así, debidamente amparado como un poder pero, a la vez, como una obligación que debe ser prestada de modo responsable por los padres para con sus hijos, recayendo de igual modo en estos últimos el deber de respetarlos y asistirlos.

Conforme señala Rubio (1999), referente a los diversas normas que establece el artículo 6 de la Carta Magna, “la Constitución rescata dos que son la esencia de la institución los padres tienen el deber y el derecho de alimentar educar y dar seguridad a sus

hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.” (p. 79). Asimismo señala el jurista que todo lo que en el ámbito jurídico es a la vez deber y derecho constituye una atribución discrecional que quiere decir se puede ejercitar según el propio criterio pero no se puede dejar de ejercitar.

Queda claro que la patria potestad no es una institución de derecho privado en el sentido que pueda o no obedecerse por el contrario desde ese punto de vista es de Derecho público debe ejercitarse aunque a discreción Por consiguiente las normas plantean que son los padres los que deben atender a sus hijos y que si otro quiere hacerlo o lo quiere hacer de manera distinta es la decisión de los padres la que primará.

Asimismo, cabe tener en cuenta que el deber de los hijos de respetar a sus padres proviene de absolutamente todas las culturas humanas conocidas además de estar registrada en todos los principios de ética respetables. El Derecho no hace aquí sino inclinarse ante la evidencia y reconocer el principio natural. Estas reglas tienen obligatoriedad en el Derecho Internacional.

Al respecto, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dice:

“Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre artículo XXX.- Toda persona tiene el deber de asistir alimentar educar y amparar a sus hijos menores de edad y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten.”

2.3.3 Patria potestad e interés superior del niño

La Convención sobre los Derechos del Niño es la que resalta sobre la función tuitiva de la patria potestad al indicar que se ejerce en beneficio de los hijos: el principio de que ambos padres

tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo de sus hijos, impone a aquellos que la preocupación fundamental es el interés superior del niño (artículo 18, numeral 1). Por ello, se postula que en el ejercicio conjunto de la patria potestad, ambos padres atiendan al interés de los hijos.

Cabe mencionar que la Convención sobre los Derechos del Niño precisa que “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad (...)”. Asimismo la Declaración de los Derechos del Niño señala en sus principios 7 y 8 que: “el interés superior del niño deber ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres”, pues “el niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro”.

Esta normativa revela la verdadera función de los poderes que se atribuyen a los padres en relación con sus hijos, pues como muestra la evolución histórica de la institución, esos poderes se otorgan para el cumplimiento de los deberes que se imponen a los padres y, por tanto, en beneficio del hijo. Aunque la actual regulación legal no expresa esa función en interés del hijo, la Convención sobre los Derechos del Niño completa el vacío.

El interés del hijo como fin de la potestad paterna preside las relaciones personales como las patrimoniales y es el fundamento, en alguna medida, de la propuesta para la supresión del usufructo paterno.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones se ha pronunciado sobre el interés superior del niño. La sentencia recaída en el expediente N° 02079-2009-PHC/TC señala que es relevante subrayar que corresponderá a los Estados velar porque en cualquier medida adoptada por instituciones públicas o privadas relativas a los niños, así como en cualquier controversia

en la que se vea involucrado, sea imperativo tener como premisa de acción la atención prioritaria al interés superior del niño. Expresa el Tribunal que la Constitución Política de Perú señala en su artículo 4º que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)”. La tutela permanente que con esta disposición se reconoce tiene una base justa en el interés superior del niño y del adolescente, doctrina que se ha admitido en el ámbito jurídico como parte del bloque de constitucionalidad conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, a través del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, precisándose que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo y Ministerio Público, entre otros, se considerará prioritario el principio del interés superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

Por tanto, el fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente que la Constitución otorga radica en la especial situación en que dichos menores de edad se encuentran, es decir, en plena etapa de formación integral, en tanto personas.

Se debe indicar –señala el Tribunal - que el artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes precisa que se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad, y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad. Por tanto, entendemos que cuando los instrumentos internacionales aluden al niño como sujeto de derechos (párrafo final del Fundamento 8), para nuestra legislación nacional comprende tanto a los niños como a los adolescentes, resultando que en nuestro caso las menores favorecidas son niñas. En esta línea, el Tribunal ya ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca del interés superior del niño y ha señalado: “La tutela que ha sido prevista en la Norma

Fundamental es permanente, pero como se ha ido estableciendo, la responsabilidad no sólo es del Estado, pese a que siempre los reclamos son dirigidos a éste, sino de la comunidad toda. Entonces, por más que se reconozca una protección superlativa a los niños y adolescentes (...), ello no es óbice para que este Colegiado acepte y apoye cualquier tipo de actividad que se realice para con ellos”.

En consecuencia, -señala el Tribunal - el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no sólo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente.

Y en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, -refiere el Tribunal - prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos. Es en este sentido que el análisis de una controversia constitucional de los derechos del niño debe realizarse a la luz del interés superior del niño y del adolescente.

Por su parte, el Código Civil, y en forma reiterativa el Código de los Niños y Adolescentes, enumeran los deberes y facultades de la patria potestad; los que se pueden resumir de la siguiente manera: velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, corregirlos moderadamente, representarlos, administrar y usufructuar sus bienes.

En el modo de ejercer esas facultades también se tiene en cuenta la personalidad del hijo a través de la necesidad de considerar sus opiniones, en función de la edad y madurez.

Es importante también resaltar el contenido recíproco de la patria potestad, en cuanto a los deberes de los hijos; a quienes se les impone obedecer a sus padres y respetarles siempre; y, en la medida de sus posibilidades, cuidar a sus ascendientes en su enfermedad y ancianidad (artículo 454 del Código Civil, concordado con el artículo 24 del Código de los Niños y Adolescentes).

Sobre el deber de obediencia, éste se impone solo a los menores de edad sujetos a patria potestad. Con relación a los deberes de respeto y cuidado, en cambio, se imponen a los hijos con independencia de que estén sujetos a la patria potestad, ya que han de tributar respeto y cuidados a sus padres siempre. No son, por tanto, los deberes de respeto y cuidado una manifestación de la patria potestad, sino un efecto permanente de la relación paterno-filial, que aunque tiene un carácter ético acentuado, no deja de tener sanciones civiles y penales.

En el orden civil las faltas graves de respeto y reverencia hacia sus padres cometidas por los hijos, así como abandonarlos encontrándose aquéllos gravemente enfermos o sin poder valerse por sí mismos, se constituyen como justas causas de desheredación cuando reúnan las características marcadas por la

ley (artículo 744 del Código Civil). En el orden penal, es constitutivo de una falta contra las personas, imponiéndose las correspondientes penalidades a los hijos de familia que falten al respeto y sumisión debidos a sus padres (artículo 442 del Código Penal).

El predominante aspecto moral que las instituciones de Derecho de Familia presentan en general, se manifiesta de modo muy acusado en las relaciones paternofiliales, que una vez constatadas legalmente producen para los padres numerosos deberes que tienden a la protección de los hijos mientras dura su minoría de edad. Estos deberes, que afectan a la persona y al patrimonio del menor, no podrían cumplirse eficazmente sin otorgar amplias facultades a los padres sobre la persona y bienes del mismo, denominándose patria potestad al conjunto de facultades que se otorgan a los padres sobre sus hijos menores para el cumplimiento de los deberes que la paternidad les impone.

En el Derecho moderno estas facultades que integran la patria potestad se conceden, por tanto, en función de los deberes que emanan de la misma, siendo así la patria potestad una función tuitiva sobre el menor que se confía a los padres de acuerdo con el derecho natural de los mismos de educarlos y tenerlos en su compañía. Difiere, por este motivo, la patria potestad actual del sentido que tuvo en el primitivo Derecho Romano, en que se concebía como un derecho del padre, que llegaba a tener algunas manifestaciones contrarias a todo sentimiento natural de paternidad, como la posibilidad de venta y aun de muerte del hijo, facultades que sin duda estaban atenuadas por las costumbres y aun por exigencias legales, y que fueron incluso desapareciendo cuando el principio de la agnación, como base de la familia romana, fue sustituido paulatinamente por el de la cognición o vínculo de sangre.

Por ello, la patria potestad es una función reflejo del deber de los padres de educar y mantener a sus hijos y de protegerlos en sus intereses pecuniarios mientras son menores de edad, reconociéndola como institución establecida en beneficio de éstos. En ella están estrechamente conexos el interés del Estado y el de la familia, por lo que la misión encomendada al padre asume un carácter de importancia social, del que deriva la peculiar naturaleza de orden público que revisten las normas sobre patria potestad, cuyo contenido no puede ser objeto de pactos privados, dirigidos a modificar las relaciones, las atribuciones y los efectos y la imposibilidad por parte de los padres de renunciar al poder a ellos conferido por la ley.

2.3.4 Ejercicio unilateral de la patria potestad

El artículo 420 del Código Civil expresa que “En caso de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidación del matrimonio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos. El otro queda, mientras tanto, suspendido en su ejercicio.” Por su parte el artículo 461 expresa que la patria potestad se acaba: 1.- Por la muerte de los padres o del hijo. 2.- Por cesar la incapacidad del hijo conforme al artículo 46. 3.- Por cumplir el hijo dieciocho años de edad.

Asimismo, el artículo 466 del Código Civil expresa que la patria potestad se suspende: “1) Por la interdicción del padre o de la madre originada en causal de naturaleza civil. 2) Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre. 3) Cuando se compruebe que el padre o la madre se hallan impedidos de hecho para ejercerla. 4) En el caso del artículo 340.”

Sobre la muerte de uno de los padres, la norma es expresa al señalar que la patria potestad acaba por la muerte de los padres, entendiéndose que este hecho puede ser por muerte de ambos padres o uno de ellos. Sin embargo, no se encuentra regulado

expresamente sobre el reconocimiento realizado solamente por un padre –generalmente la madre-, pero consideramos que de presentarse el caso es obvio que la patria potestad lo ostenta solamente la madre, por no existir legalmente el padre para los efectos de la patria potestad, por lo tanto, la representación de la madre es directa y no tendría que probar la inexistencia del padre.

En el derecho comparado, el Código Civil argentino es más preciso cuando se trata sobre este hecho. El artículo 264 expresa:

“La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado. Su ejercicio corresponde:

1) En el caso de los hijos matrimoniales, a los cónyuges conjuntamente, en tanto no estén separados o divorciados, o su matrimonio fuese anulado. Se presumirá que los actos realizados por uno de ellos cuenta con el consentimiento del otro, salvo en los supuestos contemplados en el artículo 264 quáter, o cuando mediare expresa oposición.

2) En caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad del matrimonio, al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación.

*3) En caso de muerte de uno de los padres, (subrayado nuestro) *ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la patria potestad, o suspensión de su ejercicio, al otro.**

4) *En el caso de los hijos extramatrimoniales, reconocidos por uno solo de los padres, (subrayado nuestro) a aquel que lo hubiere reconocido.*

5) *En el caso de los hijos extramatrimoniales reconocidos por ambos padres, a ambos, si convivieren y en caso contrario, a aquél que tenga la guarda otorgada en forma convencional o judicial, o reconocida mediante información sumaria.*

6) *A quien fuese declarado judicialmente el padre o madre del hijo, si no hubiese sido voluntariamente reconocido.*

Como podemos apreciar, esta norma es más completa respecto a la normatividad peruana. Sin embargo consideramos que para los efectos de ley en nuestra legislación, se debe de interpretar que en caso del no reconocimiento de uno de los padres, la patria potestad la ejerce solamente el padre quien reconoció al menor, quien generalmente es la madre.

Para el caso materia de investigación, consideramos que existe fundamento jurídico y legal por el cual el menor reconocido solamente por un padre o el menor huérfano por muerte de uno de sus padres, expresamente la patria potestad la ejerce solamente el padre quien lo reconoció, por lo tanto, no debe existir impedimento o restricción para el caso de que el menor deba viajar al extranjero al exigirle que previamente acredite el viaje con permiso notarial. Esta restricción vulnera principios constitucionales ya mencionados anteriormente, sobretodo cuando se trata de un menor de edad. Al respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño en el numeral primero del artículo tercero establece que “(...) *todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*” .

2.4 La necesidad de replanteamiento normativo nacional para el libre tránsito internacional de menores

En el planteamiento del problema de esta investigación, desarrollamos el problema latente que se suscita cotidianamente en el Control Fronterizo “Santa Rosa” referente a los menores de edad, específicamente la situación legal de un menor que no ha sido reconocido por uno de sus padres –generalmente el padre- o el menor si el huérfano, son impedidos de salir del país por no portar la autorización o el permiso notarial correspondiente.

Frente a este problema, consideramos que con la presentación del DNI de uno de los padres y el Acta de Nacimiento o de defunción de uno de los padres, según el caso, el menor debería de poder salir de territorio peruano sin mayores restricciones y sin necesidad de autorización o permiso notarial. Siendo así, notamos la necesidad de modificar el artículo del Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 27337), el cual expresa que *“En caso de fallecimiento de uno de los padres o de estar reconocido el hijo por uno solo de ellos, bastará el consentimiento del padre sobreviviente o del que efectuó el reconocimiento, debiendo constar en el permiso notarial haber tenido a la vista la partida de defunción o la de nacimiento correspondiente.”*

Como puede verse, la norma hace referencia directa al permiso notarial que se debe de tramitar previamente para que el menor señalado pueda salir del país, creando un trámite innecesario y perjudicial para el menor y su familia, trayendo como consecuencia las implicancias jurídicas constitucionales ya desarrollados anteriormente.

Esta problemática es alarmante por presentarse diariamente en esta ciudad fronteriza. En el periodo 2015, conforme a datos obtenidos de la Superintendencia Nacional de Migraciones, el mayor movimiento migratorio de ingreso y salida de ciudadanos peruanos se presenta en el Control Fronterizo “Santa Rosa” de Tacna (Ingreso: 1,432,391, Salida: 1,457,058), seguido por el Puesto de Control Migratorio el Aeropuerto

Internacional “Jorge Chávez” de Lima (Ingreso: 1,350,265, Salida: 1,374,540).

Respecto al mayor movimiento migratorio por edades, los datos obtenidos en la misma fuente, señalan que en el mes de diciembre de 2015, salieron del país hacia Chile:

- 4,433 menores de 0 a 9 años.
- 6,548 de 10 a 19 años⁶.

Estos menores de edad, salieron mayormente por el Control Fronterizo “Santa Rosa” de Tacna.

En síntesis, conforme a los datos obtenidos por la Superintendencia Nacional de Migraciones, el mayor flujo migratorio del país se encuentra en el Control Fronterizo “Santa Rosa” de Tacna, por lo tanto, se hace imperiosa la necesidad de flexibilizar las normas, específicamente para el tránsito de menores de edad ya descritos anteriormente.

Asimismo, se debe tener en cuenta que el principio del interés superior del niño garantiza un desarrollo integral y una vida digna, así como los medios materiales y afectivos que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a niñas y niños, siendo así, los aspectos burocráticos innecesarios no deben de primar en perjuicio del bienestar del menor. Se debe de tener en cuenta que el menor de edad generalmente cuando se traslada al exterior es con su familia al exterior o para reencontrarse con la misma.

Frente a ello, proponemos la siguiente fórmula normativa, el cual busca modificar el artículo 111 del Código de los Niños y los adolescentes:

⁶ Estos datos corresponden a menores y mayores de 18 hasta 19 años de edad.

ANTEPROYECTO DE LEY PARA MODIFICACIÓN DEL
ARTÍCULO 111 DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y
ADOLESCENTES

Exposición Motivos

Fundamentos

Actualmente, el Perú país tiene lazos de amistad y comerciales con diversos países del orbe. Los países limítrofes con nuestro país se desenvuelven en un clima de paz y cooperación, permitiendo el tránsito internacional sin mayores restricciones que las impuestas por la Constitución Política del Perú y las leyes de extranjería. Siendo el propósito de la integración regional el intercambio cultural y comercial entre los países vecinos, resulta necesario flexibilizar el desplazamiento de las personas hacia los países vecinos.

Sin embargo, en nuestro país, a los menores de edad que solamente fueron reconocidos por uno de los padres (generalmente la madre) o al menor que solamente cuenta con un padre por el fallecimiento del otro, el libre tránsito que debería de existir entre los países queda restringido hasta que previamente cumplan con tramitar y presentar una autorización notarial ante las autoridades migratorias. Este hecho causa serios perjuicios a los padres y sus menores hijos, evidenciándose además una clara vulneración de derechos constitucionales como son: el derecho a la igualdad, al libre tránsito y a la protección y unidad familiar.

Resulta necesario además, hacer prevalecer el principio del interés superior del niño el cual garantiza un desarrollo integral y una vida digna, así como los medios materiales y afectivos que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar

posible a niñas y niños, siendo así, los aspectos burocráticos innecesarios no deben de primar en perjuicio del bienestar del menor. Se debe de tener en cuenta que el menor de edad generalmente cuando se traslada al exterior es con su familia al exterior o para reecontrarse con la misma.

Asimismo, se debe de tener en cuenta que los niños, niñas y adolescentes constituyen uno de los sectores más vulnerables de la población. Esta vulnerabilidad exige una especial protección por parte del Estado, la familia y la comunidad, conforme ha quedado establecido en los diversos instrumentos internacionales, entre ellos, la Convención sobre los Derechos del Niño⁷, que reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, es decir, como titulares de derechos y obligaciones. Por lo tanto, restringir sus derechos en cualquiera de sus formas se estaría atentando gravemente contra los derechos del menor.

Además, resulta importante tener como elemento principal el ejercicio de la patria potestad. En caso de fallecimiento de uno de los padres, la patria potestad lo ejerce el padre sobreviviente, previa acreditación del Acta de defunción. Para el caso del menor que solamente fue reconocido por uno de los padres (generalmente la madre) la patria potestad la ejerce exclusivamente la madre, al padre que no reconoció al hijo no le corresponde la patria potestad.

Esta problemática de los impedimentos de viaje a los menores señalados, son cotidianos en los diversos puestos de controles fronterizo y migratorios del país, siendo el Puesto de Control Fronterizo “Santa Rosa” de Tacna el que representa el mayor flujo

⁷ Artículo 8: “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.”

migratorio del país, tanto de adultos y menores de edad,⁸ seguido por el Puesto de Control Migratorio “Jorge Chávez” de Lima.

Frente a esta realidad, surge la necesidad de modificar el segundo párrafo del artículo 111 de la Ley N° 27337 (Código de los Niños y Adolescentes) respecto a los viajes del menor al extranjero, por contraponerse a los derechos constitucionales ya mencionados.

El artículo 111 del Código de los Niños y Adolescentes vigente expresa:

“Artículo 111.- Notarial.-

Para el viaje de niños o adolescentes fuera del país solos o acompañados por uno de sus padres, es obligatoria la autorización de ambos padres con certificación notarial.

En caso de fallecimiento de uno de los padres o de estar reconocido el hijo por uno solo de ellos, bastará el consentimiento del padre sobreviviente o del que efectuó el reconocimiento, debiendo constar en el permiso notarial haber tenido a la vista la partida de defunción o la de nacimiento correspondiente.

En caso de que el viaje se realice dentro del país bastará la autorización de uno de los padres.”

Como puede verse, el segundo párrafo del referido artículo determina que debe existir permiso notarial con consentimiento del padre sobreviviente o del que efectuó el reconocimiento en caso de fallecimiento de uno de los padres o de estar reconocido el hijo por uno solo de ellos. Determinándose que la partida de defunción o la de nacimiento correspondiente son documentos fehacientes que determinan a quien corresponde la patria potestad del menor, estos documentos pueden ser presentados directamente a las autoridades migratorias por lo tanto, resulta innecesario el permiso notarial que se señala en el segundo párrafo del artículo 111 del Código de los Niños y Adolescentes. Por lo

⁸ Conforme a datos de la Superintendencia Nacional de Migraciones del Perú.

tanto, resulta imprescindible la modificación del segundo párrafo del artículo mencionado.

Efecto de la Vigencia de la Norma sobre la Legislación Nacional

La presente iniciativa no alterará el orden Constitucional, solamente plasmará la esencia de la patria potestad del menor que solamente fue reconocido por uno de los padres o quedó huérfano por el fallecimiento de uno de sus padres.

Análisis Costo Beneficio

El anteproyecto de Ley no irroga gastos al tesoro público, por el contrario permitirá ser un mecanismo que facilite el libre desplazamiento de las personas respetando los derechos constitucionales de las personas.

Fórmula Legal

Texto del Anteproyecto

El Congresista de la República que suscribe, propone a la consideración del Congreso de la República, el Proyecto de Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA,

HA DADO LE LEY

SIGUIENTE:

MODIFÍQUESE EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 111° DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES (LEY N° 27337):

ARTICULO PRIMERO.- Modificación del artículo 111° del Código de los Niños y Adolescentes.

Modifíquese el artículo 111° del Código de los Niños y Adolescentes, en los términos siguientes:

“Artículo 111.- Notarial.-

Para el viaje de niños o adolescentes fuera del país solos o acompañados por uno de sus padres, es obligatoria la autorización de ambos padres con certificación notarial.

En caso de fallecimiento de uno de los padres o de estar reconocido el hijo por uno solo de ellos y que viaje junto al niño o adolescente, no será necesaria la autorización notarial, sino sólo acreditar su situación respectiva mediante partida de defunción o la de nacimiento correspondiente. Si se pretende autorizar el viaje del niño o adolescente solo o con un tercero, bastará el consentimiento del padre sobreviviente o del que efectuó el reconocimiento, debiendo constar en el permiso notarial haber tenido a la vista los documentos ya mencionados que correspondan a cada caso.

En caso de que el viaje se realice dentro del país bastará la autorización de uno de los padres.”

ARTICULO SEGUNDO.- Deróguense o déjense sin efecto, todas las disposiciones que se opongan a la presente ley.

Lima,de 2017.

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1 Hipótesis

3.1.1 Hipótesis general

Las implicancias constitucionales que se presentan cuando se restringe el libre tránsito internacional a menores de edad reconocidos solamente por uno de sus padres o huérfanos por fallecimiento de uno de sus padres, al solicitarles previamente autorización o permiso notarial en el Complejo Fronterizo Santa Rosa – Tacna, son la vulneración de los derechos a la igualdad, al libre tránsito, a la protección y unidad de la familia.

3.1.2 Hipótesis específicas

- a) La causa principal de impedimento de salida de menores de edad en el Complejo Fronterizo Santa Rosa – Tacna es por la falta de autorización notarial por ausencia de uno de los padres.
- b) El nivel de incidencia de impedimentos de salida de menores de edad reconocidos solamente por uno de sus padres o de huérfanos por fallecimiento de un padre es alto.
- c) El nivel de incidencia de salidas de menores de edad reconocidos solamente por uno de sus padres o de huérfanos

por fallecimiento de un padre con autorización o permiso notarial es alto.

3.2 Variables

3.2.1 Variable Independiente

3.2.1.1 Denominación de la variable (X)

Restricción del libre tránsito de menores.

3.2.1.2 Indicadores

X_1 : Nivel de incidencia de restricciones de viaje a menores de edad, conforme al Libro de partes diario el control fronterizo Santa Rosa-Perú, del año 2014-2015.

X_2 : Nivel de autorizaciones notariales de autorizaciones de viaje de menores de edad presentados en el control fronterizo Santa Rosa-Perú, del año 2014-2015.

X_3 : Nivel de salidas de menores y de impedidos de salir del Perú, correspondientes a los años 2014 y 2015.

3.2.1.3 Escala de medición: Ordinal.

3.2.2 Variable Dependiente

3.2.2.1 Denominación de la variable (Y)

Vulneración de derechos constitucionales.

3.2.2.2 Indicadores

Y_1 : El Derecho a la igualdad.

Y_2 : El Derecho al libre tránsito.

Y_3 : Derecho de protección y unidad familiar.

3.2.1.3 Escala de medición: Ordinal.

3.3 Tipo de investigación

El presente trabajo de investigación se considera:

- **BÁSICA** porque persigue propósitos teóricos en el sentido de aumentar el acervo de conocimientos de una determinada teoría.
- **DESCRIPTIVA** porque refiere los atributos de las variables de estudio.
- **CORRELACIONAL**, porque estudia las relaciones entre las variables dependiente e independiente.
- **EXPLICATIVO** porque esta investigación busca el por qué de los hechos, estableciendo relaciones de causa-efecto.

3.4 Diseño de la investigación

El presente trabajo de investigación se considera no experimental, porque se trabajó, sin la manipulación de alguna de las variables en estudio, sino que éstas se analizan tal y como suceden en la realidad. Descriptivo, porque refiere los atributos de las variables de estudio.

3.5 Ámbito y tiempo social de la investigación

La investigación se realizó en el ámbito de Tacna y abarca el periodo de investigación correspondiente al año 2014 - 2015.

3.6 Población y muestra

3.6.1 Unidad de estudio

Para la investigación documental las unidades de estudio están constituidas por:

- Textos que contienen conceptos, doctrinas, comentario e informes sobre el derecho de libre tránsito y los menores de edad.
- Constitución Política, Código Civil y jurisprudencias.
- Bibliografía encontrada en Internet.

Para la investigación de campo las unidades de estudio están constituidas por:

- La encuesta aplicada a diversos profesionales detallados en la población y muestra.

3.6.2 Población

La población del presente estudio está constituida por profesionales que laboran en la entidad de Migraciones del Perú – Sede Tacna, siendo en total 107 Inspectores de Migraciones de Tacna, siendo el 95% profesionales del Derecho.

3.6.3 Muestra

La muestra para el presente estudio es del 100% de la población en estudio, es decir, 107 personas.

La fórmula empleada es:

$$n = \frac{NTPQ}{D^2(2-1) + T^2 PQ}$$

DONDE:

- N = Población = 107
- P = Tasa posible de ocurrencia = 99.5
- Q = Tasa posible de no ocurrencia = 0.5
- D = Previsión deseada = 0.05
- T = Nivel de seguridad = 2.6

3.7 Procedimientos, técnicas e instrumentos de recolección de la información

3.7.1 Procedimientos

El proceso que se llevó a cabo para realizar la investigación es el siguiente:

- Se visitó a cada uno de los Inspectores de Migraciones que laboran en la sede de Migraciones de la ciudad de Tacna y solicitarles el permiso correspondiente para realizar las encuestas.
- Con la información obtenida se utilizaron las técnicas del análisis de contenido.
- Asimismo, se utilizó la guía de análisis documental por objetivos.
- Se procesaron los resultados a través del paquete estadístico SPSS 21 y se procedió a la evaluación de los resultados.
- A continuación se procedió al análisis e interpretación de los resultados.
- Presentación del informe final.
- La recolección de la información se realizó en forma personal y de primera fuente para recoger la información

3.7.2 Técnicas e instrumentos

3.7.2. 1 Técnicas de recolección de datos

Para el Análisis documental:

- Para el análisis de las fuentes bibliográficas, se utilizó la técnica del análisis de contenido que nos permitió corroborar el marco teórico con la variable dependiente.
- Para el análisis de los documentos con información de datos obtenidos en la entidad de Migraciones de Tacna, se utilizó también la técnica del análisis de contenido, que nos permitió reducir y sistematizar la información de los documentos obtenidos que determinan el impedimento o autorización de salida del menor.

Para el Trabajo de campo:

Para la recolección de datos del trabajo de campo, se utilizaron las encuestas.

3.7.2.2 Instrumentos

Para el Análisis documental:

- El instrumento que se utilizó para el análisis de las fuentes bibliográficas fueron las fichas bibliográficas.
- Los instrumentos que se utilizaron para el análisis de los documentos con información de datos obtenidos en la entidad de Migraciones de Tacna, fueron las siguientes:
 - Para el análisis de actas de autorizaciones notariales de viajes de menor al extranjero, se utilizó la ficha de observación documental.
 - Para el análisis de datos cuantitativos se utilizó la ficha de procesamiento de datos.

Para el trabajo de campo:

Se utilizó la técnica del cuestionario cerrado, el cual permite obtener la respuesta en forma concreta y que tienda a confirmar las variables en estudio.

CAPÍTULO IV

LOS RESULTADOS

4.1 Descripción del trabajo de campo

4.1.1 Aplicación de instrumentos

El análisis de los datos recopilados, tanto de los documentos y de la encuesta, hemos utilizado como instrumentos una guía de análisis documental y las fichas bibliográficas, asimismo se utilizó el cuestionario respectivamente.

La guía de de análisis documental nos ha permitido conocer en forma estructurada la documentación materia de investigación como son la Constitución política, el Código Civil, Código del Niño y del Adolescente, jurisprudencias civiles y sentencias del TC, que tengan incidencia directa e indirecta sobre los objetivos de la investigación.

Respecto a las encuestas, se ha utilizado el instrumento del cuestionario. El cuestionario es un conjunto de preguntas sobre los hechos o aspectos que interesan en una evaluación, en una

investigación o en cualquier actividad que requiera la búsqueda de información. Se trata de un instrumento fundamental para la obtención de datos. Este instrumento tiene relevancia sociológica, es decir que se ha aplicado para conocer aspectos jurídicos por parte de los encuestados. Se ha utilizado el cuestionario cerrado, es decir, que las alternativas de respuestas han sido precisas. Esta modalidad ha sido aplicado teniendo en cuenta que los encuestados son conocedores del derecho, especialmente sobre el derecho migratorio.

Los resultados están determinados por el análisis documental y de las encuestas. Para su procesamiento, se tuvo en cuenta la estadística descriptiva, porque mediante esta técnica se va a encargarse de la recopilación, presentación, tratamiento y análisis de los datos, con el objeto de resumir, describir las características de un conjunto de datos y se plasman en cuadros y gráficos. Además, se ha utilizado el software especializado en generación de estadísticos SPSS Versión 21 (Paquete Estadístico para las Ciencias Sociales) que es un conjunto de herramientas de tratamientos de datos y análisis estadísticos, que funcionan mediante menú desplegable y cuadro de diálogos que permitieron hacer la mayor parte del trabajo de manera eficaz.

4.1.2 Tiempo y coordinaciones realizadas

El tiempo utilizado para la presente investigación tuvo una duración de cuatro meses (Agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2016), los cuales fueron suficientes para lograr los resultados respectivos.

Para las encuestas, se ha recurrido a diversos profesionales del Derecho, siendo ellos específicamente inspectores de migraciones, siendo el 95% abogados de profesión, para tales efectos, se recurrió a las diversas oficinas de Migraciones que se encuentran en la ciudad de Tacna y en el Complejo Fronterizo de

Santa Rosa. En todos los casos, se les invitó para que puedan responder a las preguntas insertas en el cuestionario, haciéndoles conocer que su utilidad era para conocer sus opiniones y que serían importantes para la elaboración de la presente investigación.

Respecto análisis documental, hemos recurrido a diversas bibliotecas de la ciudad, específicamente de la Universidad Privada de Tacna y Colegio de Abogados de Tacna. Asimismo, hemos recurrido a las diversas páginas web de diversas instituciones (Migraciones, Poder Judicial, Ministerio Público, Universidades, etc.).

4.1.3 Planificación

Para el análisis documental, preliminarmente se vino recopilando la información mientras se tramitaba la presentación del proyecto de investigación. Posteriormente, aprobado el proyecto se inició con la estructuración de las fichas de análisis documental y recabar la información necesaria.

Una vez aprobado el proyecto, se empezó a realizar las coordinaciones para la aplicación de las encuestas entre los inspectores de migraciones de Tacna.

Para el trabajo de campo, aplicando las encuestas se planificó considerar 15 días para cumplir con estos objetivos, los cuales se cumplieron satisfactoriamente.

4.1.4 Ejecución

Habiendo recopilado la información de las encuestas, se procedió al análisis integral respectivo y a su procesamiento estadístico conforme a las variables de estudio.

4.2 Diseño de la presentación de los resultados

Los resultados del trabajo de campo, realizados mediante las encuestas, están presentados en cuadros y gráficos.

Las encuestas se presentan en forma acumulada de todos los inspectores de migraciones.

Los cuadros contienen la frecuencia, porcentaje, porcentaje válido y porcentaje acumulado.

Los datos obtenidos en los cuadros y gráficos, son producto del procesamiento realizado mediante el programa estadístico IBM SPSS Statistics Versión 21.

Respecto a los gráficos, están representados mediante el diagrama de barras y gráficos circulares (tortas), que nos permite reflejar la realidad del análisis de una manera objetiva y práctica.

4.3 Presentación de los resultados

4.3.1 Encuesta a inspectores de migraciones

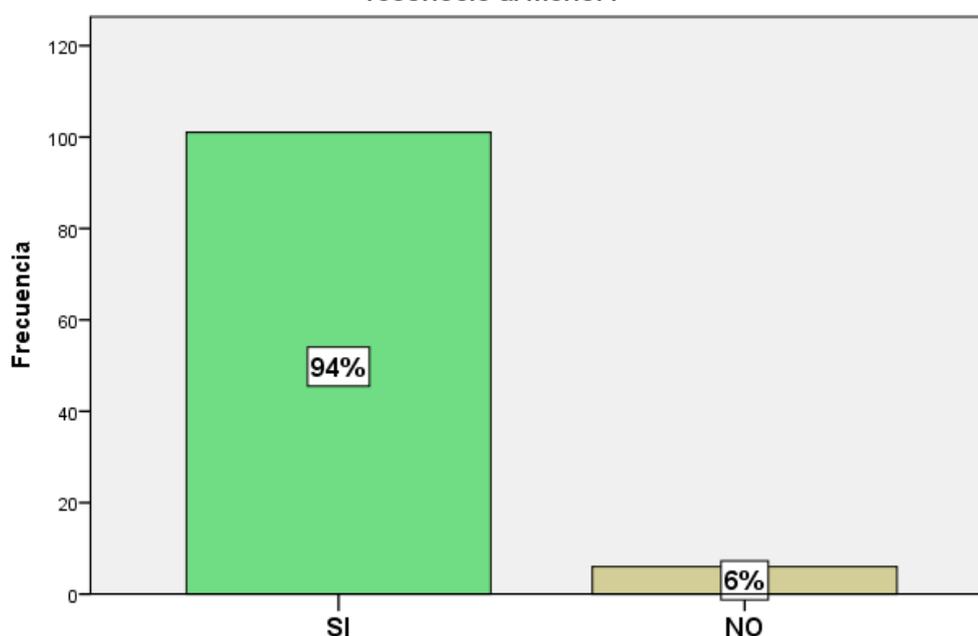
- Cuadro 01 –

En caso de que un menor de edad fuera reconocido solamente por uno de los padres ¿considera que la patria potestad es ejercida solamente por quien reconoció al menor?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
SI	101	94,4	94,4	94,4
Válidos NO	6	5,6	5,6	100,0
Total	107	100,0	100,0	

- Gráfico 01 -

En caso de que un menor de edad fuera reconocido solamente por uno de los padres ¿considera que la patria potestad es ejercida solamente por quien reconoció al menor?



INTERPRETACIÓN:

Del cuadro 01 y gráfico 01, se determina que 94% (101) de los encuestados manifestaron que en caso de que un menor de edad fuera reconocido solamente por uno de los padres, la patria potestad debe ser ejercida solamente por quien reconoció al menor. Mientras que el 6% (6) encuestados manifestaron lo contrario, es decir, que no consideran que la patria potestad es ejercida solamente por quien reconoció al menor, aunque no precisaron a quien le correspondería la patria potestad. Es indudable que mayoritariamente si están de acuerdo que dicho derecho sea ejercido por quien reconoció al menor. En estos casos, es la madre

generalmente quien es la única persona que reconoció al menor y muchas veces no se consigna el nombre del padre o si el nombre del padre está detallado en el acta de nacimiento, no existe el reconocimiento formal del padre, es decir no se encuentra la firma del progenitor.

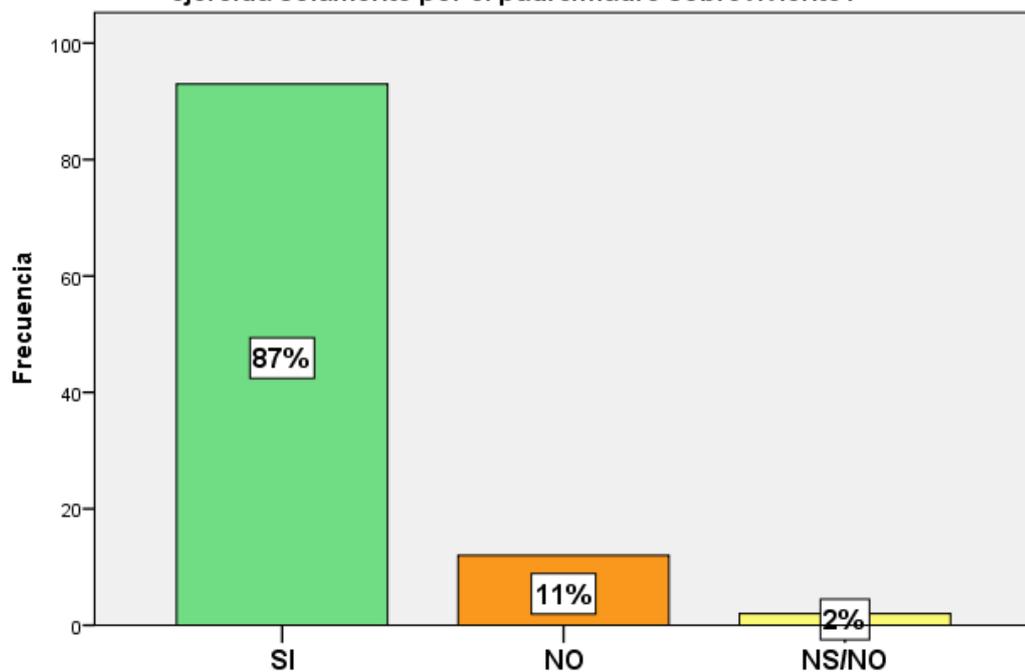
- Cuadro 02 -

En caso de que un menor fuera huérfano ¿considera que la patria potestad es ejercida solamente por el padre/madre sobreviviente?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos SI	93	86,9	86,9	86,9
NO	12	11,2	11,2	98,1
NS/NO	2	1,9	1,9	100,0
Total	107	100,0	100,0	

- Gráfico 02 -

En caso de que un menor fuera huérfano ¿considera que la patria potestad es ejercida solamente por el padre/madre sobreviviente?



INTERPRETACIÓN:

Del cuadro 02 y del gráfico 02 se determina que el 87% (93) de los encuestados manifestaron que en caso de que un menor fuera huérfano si consideran que la patria potestad sea ejercida solamente por el padre o la madre sobreviviente. El 11% (12) manifestó lo contrario a la afirmación, es decir, que la patria potestad no sea ejercida solamente por el padre o la madre sobreviviente y tampoco señalaron a quien correspondería ejercer tal derecho. Mientras que el 2% (2) no se pronunciaron con las respuestas anteriores, por considerar que la pregunta no es muy clara. Tal como en el caso anterior, mayoritariamente estuvieron de acuerdo que en caso de que un menor fuera huérfano si consideran que la patria potestad sea ejercida solamente por el padre o la madre sobreviviente. Al precisar los encuestados mayoritarios, señalaron que era lógico que ante la muerte de uno de los padres la patria potestad debe ser ejercida por el padre sobreviviente y que no había opción legal a que otra persona pueda compartir la patria potestad, salvo en los casos en que fallezcan ambos padres, es el juez quien determina a quien corresponde ejercer tal derecho sobre el menor.

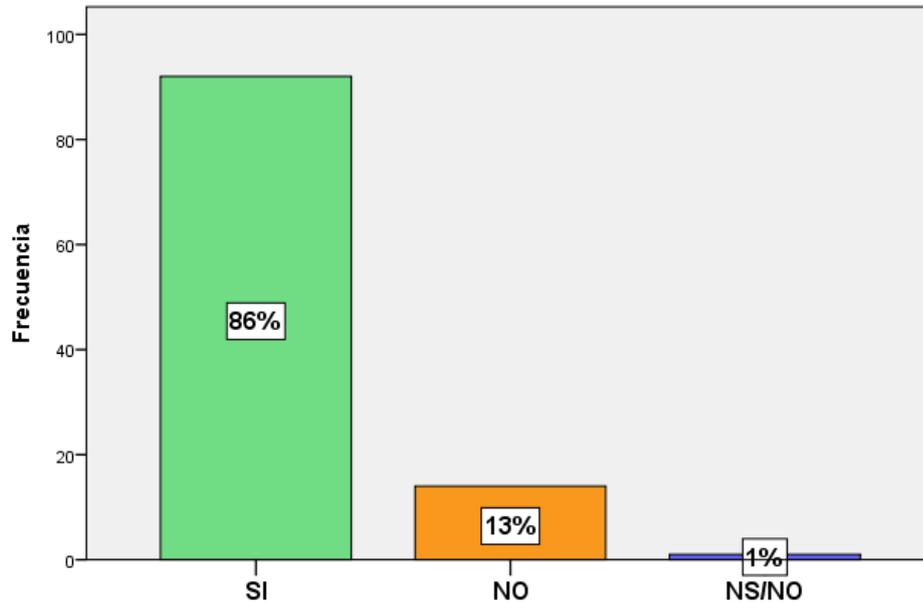
- Cuadro 03 -

Si un menor reconocido por uno de los padres o huérfano pretende viajar a Chile ¿considera innecesario el permiso notarial para presentarlo en el control fronterizo?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos				
SI	92	86,0	86,0	86,0
NO	14	13,1	13,1	99,1
NS/NO	1	,9	,9	100,0
Total	107	100,0	100,0	

- Gráfico 03 -

Si un menor reconocido por uno de los padres o huérfano pretende viajar a Chile
¿considera innecesario el permiso notarial o judicial para presentarlo en el
control fronterizo?



INTERPRETACIÓN:

Del cuadro 03 y gráfico 03 se determina que el 86% (92) de los encuestados consideran innecesario el permiso notarial para presentarlo en el control fronterizo en caso de que un menor haya sido reconocido solamente por uno de los padres (generalmente la madre) o en caso de que sea huérfano. El 13% (14) señalaron que no consideran innecesario el permiso notarial del menor para presentarlo en el control fronterizo. Mientras que el 1% (1) no se pronunció sobre las alternativas anteriores, señalando que la pregunta no es muy clara. Existe un porcentaje mayoritario que consideran innecesario la presentación de los documentos notariales para el caso planteado. Los encuestados mayoritarios, opinaron además que sería suficiente la presentación del D.N.I. o acta de nacimiento original del menor para determinar el reconocimiento; y en caso de fallecimiento de uno de los padres sería suficiente la presentación del acta de defunción del padre ante las

autoridades migratorias (control fronterizo), tal como lo precisaron en la siguiente pregunta.

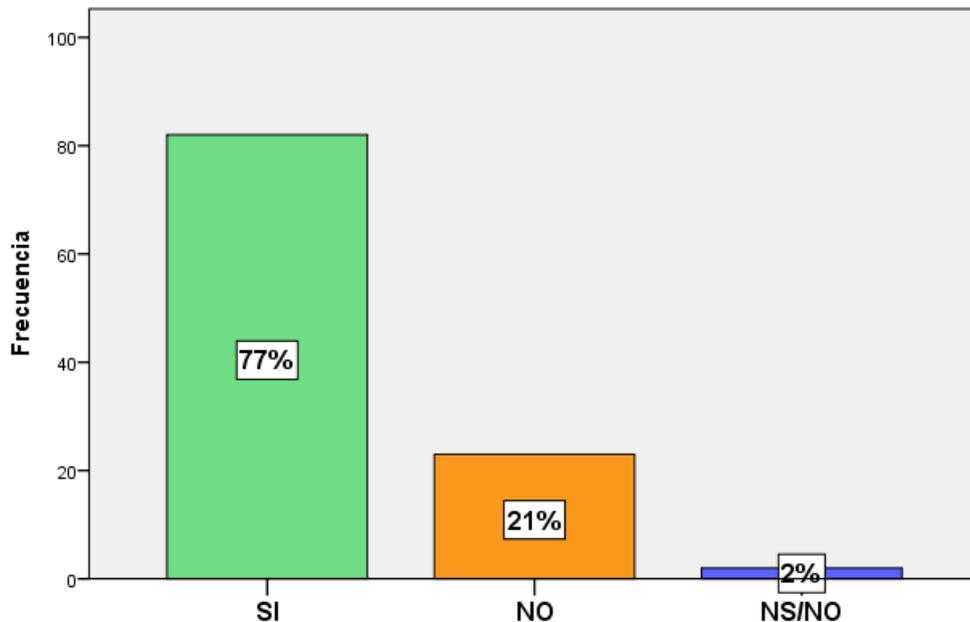
- Cuadro 04 -

Si un menor reconocido por uno de los padres o huérfano pretende viajar a Chile ¿considera suficiente la presentación en el control migratorio del DNI, acta de nacimiento del menor y/o acta de defunción de uno de los padres?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	SI	82	76,6	76,6
	NO	23	21,5	98,1
	NS/NO	2	1,9	100,0
	Total	107	100,0	100,0

- Gráfico 04 -

Si un menor reconocido por uno de los padres o huérfano pretende viajar a Chile ¿considera suficiente la presentación en el control migratorio del DNI, acta de nacimiento del menor y/o acta de defunción de uno de los padres?



INTERPRETACIÓN:

Del cuadro 04 y gráfico 04 se determina que el 77% (82) de los encuestados manifestaron que en caso de un menor reconocido por uno de los padres o huérfano pretende viajar a Chile si sería suficiente la presentación en el control migratorio del DNI, acta de nacimiento del menor y/o acta de defunción de uno de los padres. El 21% (23) señalan que no sería suficiente la presentación en el control migratorio de los documentos detallados. Mientras que el 2% (2) no se pronunciaron por las primeras alternativas, aduciendo que la pregunta no les parecía clara. Es evidente que el porcentaje mayoritario no está de acuerdo con la presentación de los documentos notariales del menor para que pueda salir del país, señalando los encuestados además que bastaría la presentación en el control fronterizo del D.N.I. del menor, su Acta de nacimiento para el caso de que sea reconocido solamente por uno de los padres y el Acta de defunción para el caso del fallecimiento de uno de los padres. Por su parte, el 21% de los encuestados, opinaron además que por tratarse de menores de edad debería de permanecer el control previa presentación del documento notarial respectivo.

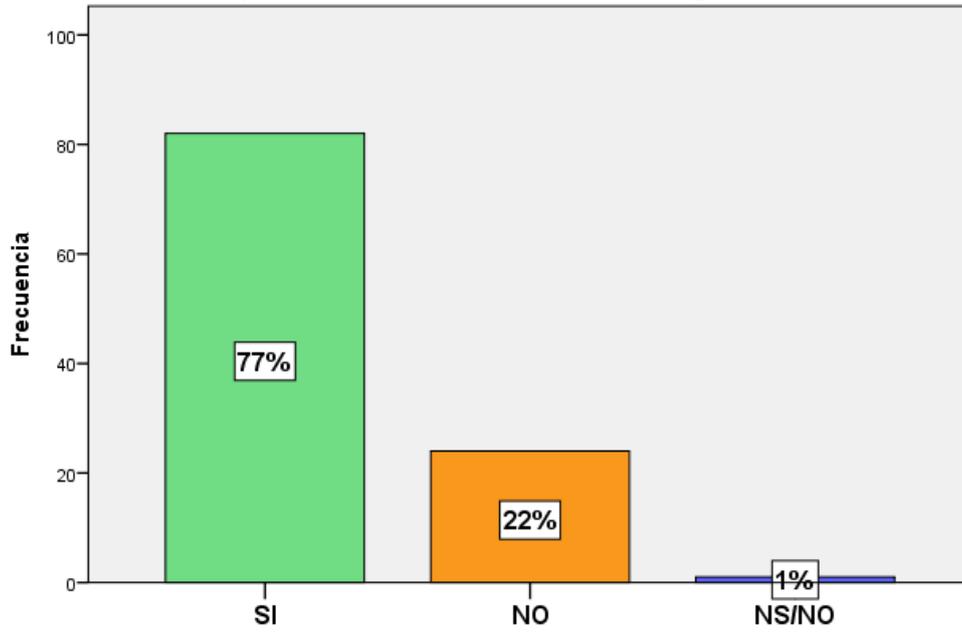
- Cuadro 05 -

¿Considera que la exigencia del permiso notarial para el menor reconocido solamente por uno de los padres o huérfano por fallecimiento de uno de los padres, atenta contra el derecho a la igualdad?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
SI	82	76,6	76,6	76,6
NO	24	22,4	22,4	99,1
NS/NO	1	,9	,9	100,0
Total	107	100,0	100,0	

- Gráfico 05 -

¿Considera que la exigencia del permiso notarial o judicial para el menor reconocido solamente por uno de los padres o huérfano por fallecimiento de uno de los padres, atenta contra el derecho a la igualdad?



INTERPRETACIÓN:

Del cuadro 05 y gráfico 05 se determina que el 77% (82) de encuestados manifestaron que la exigencia del permiso notarial para el menor reconocido solamente por uno de los padres o huérfano por fallecimiento de uno de los padres, atenta contra el derecho a la igualdad; el 22% (24) expresaron que no atenta contra el derecho a la igualdad. Mientras que el 1% (1) no opinó al respecto por considerar que la pregunta no era clara. El porcentaje mayoritario determina que si se atenta contra el derecho a la igualdad, quienes comentaron además cuando eran encuestados que cuando un menor sale del país con sus dos padres, es suficiente la presentación del D.N.I. de cada uno de ellos y de ser el caso, el acta de nacimiento del menor, documentos presentados directamente en el control fronterizo. Mientras que para los huérfanos o reconocidos solamente por uno de los padres (generalmente la madre) les exigen el

documento notarial previo de ser el caso, existiendo claro atentado al derecho a la igualdad.

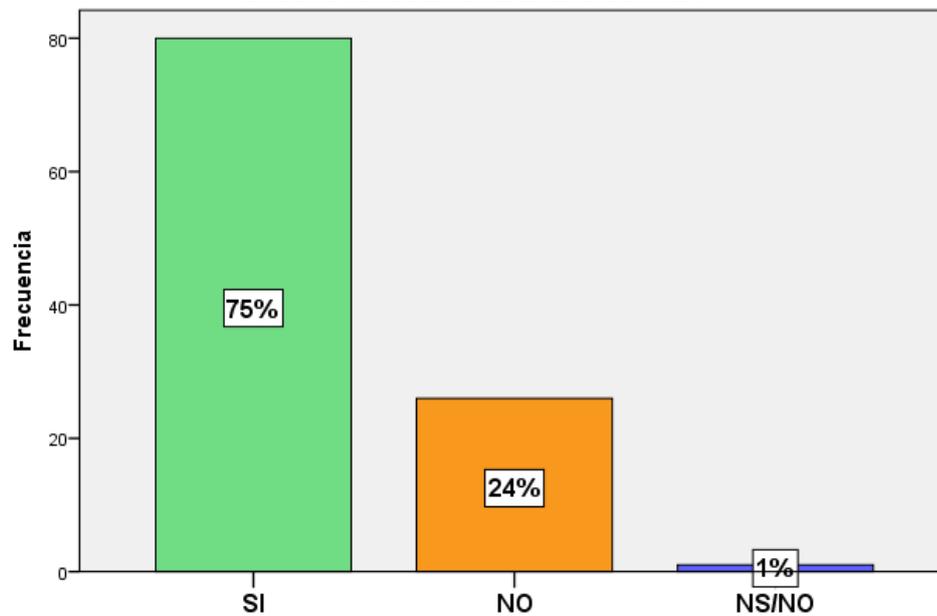
- Cuadro 06 -

¿Considera que la exigencia del permiso notarial para el menor reconocido solamente por uno de los padres o huérfano, atenta contra el derecho constitucional al libre tránsito?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos SI	80	74,8	74,8	74,8
NO	26	24,3	24,3	99,1
NS/NO	1	,9	,9	100,0
Total	107	100,0	100,0	

- Gráfico 06 -

¿Considera que la exigencia del permiso notarial o judicial para el menor reconocido solamente por uno de los padres o huérfano, atenta contra el derecho constitucional al libre tránsito?



INTERPRETACIÓN:

Del cuadro 06 y gráfico 06 se determina que el 75% (80) de encuestados consideran que la exigencia del permiso notarial para el menor reconocido solamente por uno de los padres o huérfano, si atenta contra el derecho constitucional al libre tránsito. Mientras que el 24% (26) señalaron no atenta. Por su parte, el 1% (01) no se pronunció sobre la pregunta, por considerar que no era muy clara. El porcentaje mayoritario revela que al exigirse los documentos notariales no permite un libre desplazamiento de la persona, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, teniendo en cuenta además, que dichos documentos resultan innecesarios y burocráticos, cuando actualmente los documentos de identidad nacional y actas de nacimiento o de defunción pueden ser visualizados directamente por los funcionarios de migraciones en el propio Complejo Fronterizo de “Santa Rosa” y recurriendo además a las nuevas tecnologías que permitan confirmar la existencia de dichos documentos.

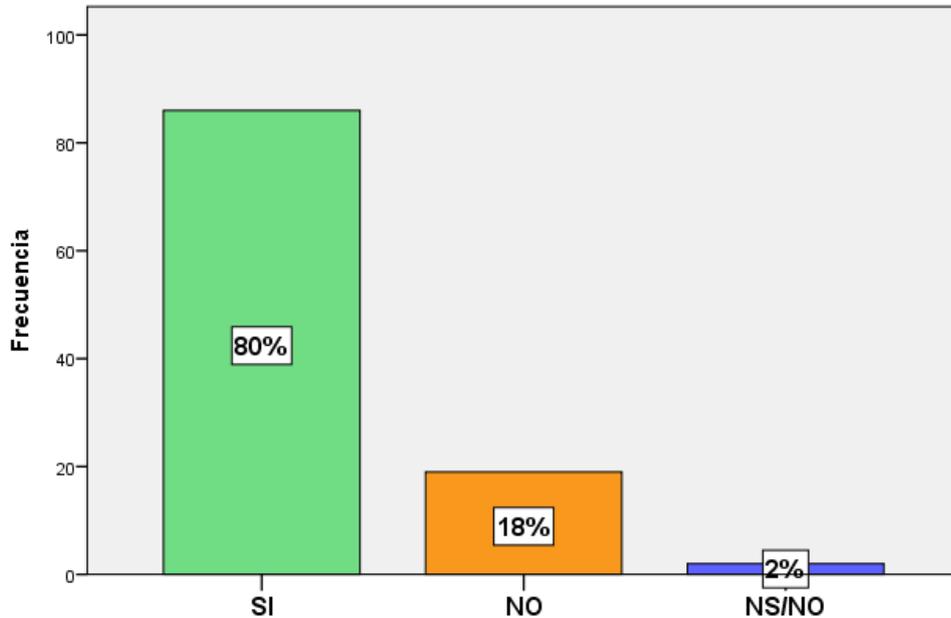
- Cuadro 07 -

En todos los casos señalados, ¿considera que las diferentes restricciones legales nacionales ¿atenta contra el derecho constitucional de protección y unidad de la familia?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	SI	86	80,4	80,4
	NO	19	17,8	98,1
	NS/NO	2	1,9	100,0
	Total	107	100,0	100,0

- Gráfico 07 -

En todos los casos señalados, ¿considera que las diferentes restricciones legales nacionales ¿atenta contra el derecho constitucional de protección y unidad de la familia?



INTERPRETACIÓN:

Del cuadro 07 y gráfico 07 se determina que el 80% (86) de encuestados consideran que las diferentes restricciones legales nacionales si atenta contra el derecho constitucional de protección y unidad de la familia. Mientras que el 18% (19) señalan que no atenta contra ese derecho constitucional. Por su parte el 2% (02) no se pronunciaron sobre las alternativas propuestas, aduciendo que no era muy clara la pregunta. El porcentaje mayoritario durante las encuestas opinaron que reiteradamente se observa que cuando un menor no tiene los documentos exigidos por ley (notarial) muchas veces deja de viajar y no logran reencontrarse con sus familias en el país de Chile, evidenciándose un claro quebrantamiento de la unidad familiar.

4.3.2 Resultado del análisis documental

-Cuadro 08-

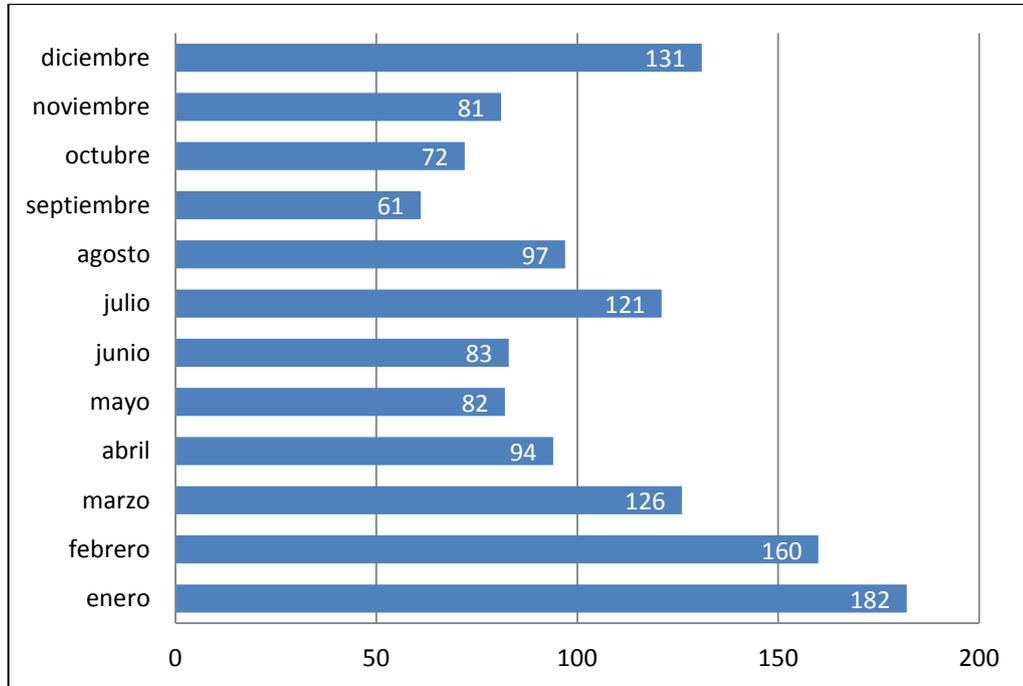
Menores que fueron impedidos de salir del país en el Complejo Fronterizo “Santa Rosa” de Tacna, por falta de autorización notarial. Año 2014

MES	CANTIDAD
Enero	182
Febrero	160
Marzo	126
Abril	94
Mayo	82
Junio	83
Julio	121
Agosto	97
Septiembre	61
Octubre	72
Noviembre	81
Diciembre	131
TOTAL	1,290

FUENTE: Migraciones – Tacna.

- Gráfico 08 -

Menores que fueron impedidos de salir del país. Año 2014



INTERPRETACIÓN:

Del cuadro 08 y gráfico 08 se determina que en el año 2014, 1,290 menores fueron impedidos de salir de nuestro país por el Control Fronterizo de "Santa Rosa". Siendo el de más alta incidencia el mes de enero que hubieron 182 menores que no pudieron seguir viaje a la ciudad de Arica. El mes de menor incidencia es septiembre donde hubo 61 menores impedidos de viajar a la ciudad de Arica. Generalmente fueron impedidos porque viajaban solamente con uno de los padres y sin las autorizaciones respectivas.

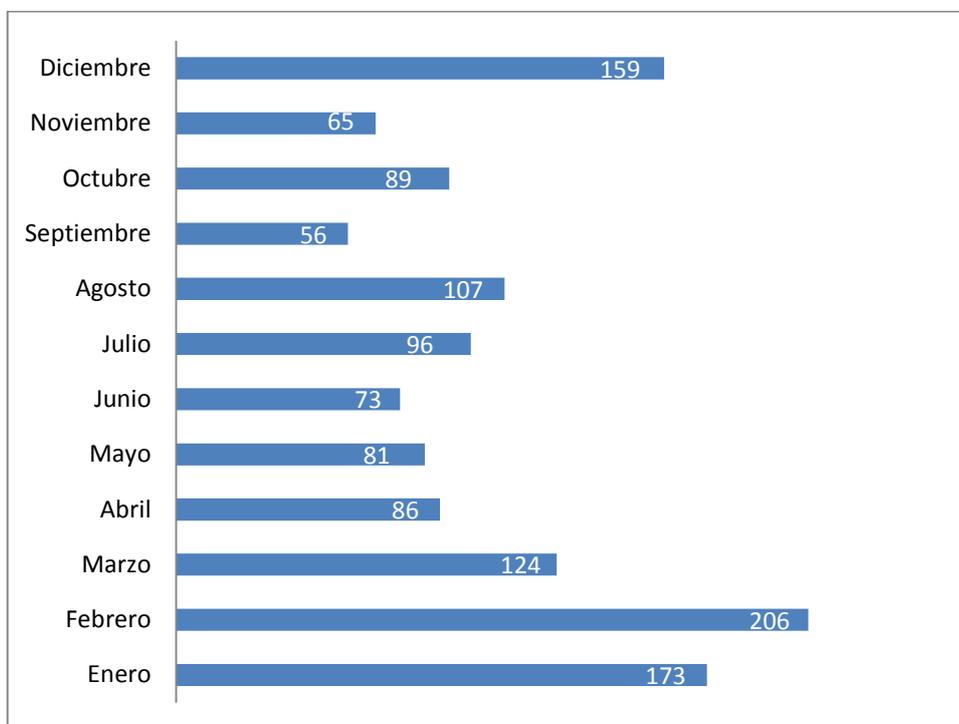
-Cuadro 09-

Menores que fueron impedidos de salir del país en el Complejo Fronterizo “Santa Rosa” de Tacna, por no contar con autorización notarial. Año 2015

MES	CANTIDAD
Enero	173
Febrero	206
Marzo	124
Abril	86
Mayo	81
Junio	73
Julio	96
Agosto	107
Septiembre	56
Octubre	89
Noviembre	65
Diciembre	159
TOTAL	1,315

FUENTE: Migraciones – Tacna.

- Gráfico 09 -



INTERPRETACIÓN:

Del cuadro 09 y gráfico 09 se determina que en el año 2015, 1,315 menores fueron impedidos de salir de nuestro país por el Control Fronterizo de "Santa Rosa". Siendo el de más alta incidencia el mes de febrero que hubieron 206 menores que no pudieron seguir viaje a la ciudad de Arica. El mes de menor incidencia es septiembre donde hubo 56 menores impedidos de viajar a la ciudad de Arica. Generalmente fueron impedidos porque viajaban solamente con uno de los padres y sin las autorizaciones respectivas.

- Cuadro 10 -

Actas de autorizaciones notariales de viaje de menor presentadas en el Complejo Fronterizo "Santa Rosa" de Tacna. Año 2014

AÑO	MES	SITUACIÓN DEL MENOR	Sub Total	TOTAL
2014	Febrero	No reconocido por padre	109	169
		Huérfano	60	
	Diciembre	No reconocido por padre	50	99
		Huérfano	49	

FUENTE DE DATOS: Migraciones – Tacna.

INTERPRETACIÓN:

Del año 2014, se tomaron como muestras dos meses: febrero y diciembre. En el mes de febrero la mayor incidencia de menores que viajaron con autorizaciones notariales corresponde a los menores reconocidos solamente por sus madres y fueron 109 menores. Mientras que los menores huérfanos que viajaron fueron la cantidad de 60. En el mes de diciembre, casi no hubo diferencias cuantitativas entre los no reconocidos por sus padres y los huérfanos. Los primeros fueron la cantidad de 50 menores, mientras que los segundos fueron 49 menores.

- Cuadro 11 -

Actas de autorizaciones notariales de viaje de menor presentadas en el Complejo Fronterizo "Santa Rosa" de Tacna. Año 2015

AÑO	MES	SITUACIÓN DEL MENOR	Sub Total	TOTAL
2015	Abril	No reconocido por padre	74	103
		Huérfano	29	
	Junio	No reconocido por padre	56	77
		Huérfano	21	

FUENTE DE DATOS: Migraciones – Tacna.

INTERPRETACIÓN:

Del año 2015, se tomaron como muestras dos meses: abril y junio. En el mes de abril la mayor incidencia de menores que viajaron con autorizaciones notariales corresponde a los menores reconocidos solamente por sus madres y fueron 74 menores. Mientras que los menores huérfanos que viajaron fueron la cantidad de 29. En el mes de junio, los no reconocidos por sus padres fueron 56 menores y los huérfanos fueron 21 menores.

- Cuadro 12 -

**Nivel de salidas e impedimentos de salidas de menores de edad. Año 2014.
Muestra de dos meses.**

AÑO	MES	SALIDAS DE MENOR (con autorización)	IMPEDIMENTOS DE SALIDA DE MENOR
2014	Febrero	169	160
	Diciembre	99	131

FUENTE DE DATOS: Migraciones – Tacna.

- Cuadro 13 –

**Nivel de salidas e impedimentos de salidas de menores de edad. Año 2015.
Muestra de dos meses.**

AÑO	MES	SALIDAS DE MENOR (con autorización)	IMPEDIMENTOS DE SALIDA DE MENOR
2015	Abril	103	86
	Junio	77	73

FUENTE DE DATOS: Migraciones – Tacna.

INTERPRETACIÓN:

Del cuadro 12 y 13 se determina el nivel de salidas de menores y de impedidos de salir del Perú, correspondientes a los años 2014 y 2015, tomándose como muestra dos meses por cada año.

- Cuadro 14 –

Cuadro de Baremos para determinar los niveles

Rango	Intervalos (viaje mensual de menores)	Categorías
1	De 1 a 30	Bajo
2	De 31 a 51	Regular
3	De 52 a mas	Alto

- 1) Determinación del nivel de salida de menores de edad reconocidos solamente por uno de sus padres o de huérfanos por fallecimiento de uno de sus padres:

La muestra mensual mínima corresponde al mes de junio de 2015 (Cuadro 11), el cual viajaron 77 menores de edad con autorización notarial por ser huérfano o por haber sido reconocido solamente por la madre. Por la cantidad señalada corresponde al rango 3, que tiene la categoría de ALTO.

- 2) Determinación del nivel de impedimentos de salida de menores de edad reconocidos solamente por uno de sus padres o de huérfanos por fallecimiento de un padre:

La muestra mensual mínima corresponde al mes de junio de 2015 (Cuadro 11), el cual fueron impedidos de salir de nuestro país la cantidad de 73 menores de edad. Por la cantidad señalada corresponde al rango 3, que tiene la categoría de ALTO.

4.4 Prueba estadística

La prueba estadística aplicada para esta investigación, es mediante el Chi cuadrado, frente a pruebas no paramétricas que han sido utilizadas con variables ordinales. El estadístico Chi cuadrado es una prueba estadística para evaluar hipótesis acerca de la relación entre dos variables pertenecientes a un Nivel Ordinal y parte del supuesto de que las dos variables NO están relacionadas (hay independencia).

H₀ (Hipótesis nula):

Las implicancias constitucionales que se presentan cuando se restringe el libre tránsito internacional a menores de edad reconocidos solamente por uno de sus padres o huérfanos por fallecimiento de un padre, al solicitarles previamente autorización o permiso notarial en el Complejo Fronterizo Santa Rosa – Tacna, NO es la vulneración del derecho a la igualdad, al libre tránsito, a la protección y unidad de la familia.

H₁ (Hipótesis alternativa):

Las implicancias constitucionales que se presentan cuando se restringe el libre tránsito internacional a menores de edad reconocidos solamente por uno de sus padres o huérfanos por fallecimiento de un padre, al solicitarles previamente autorización o permiso notarial en el Complejo Fronterizo Santa Rosa – Tacna, es la vulneración del derecho a la igualdad, al libre tránsito, a la protección y unidad de la familia.

- Cuadro 15 -

Tabla de contingencia

Recuento		En todos los casos señalados, ¿considera que las diferentes restricciones legales nacionales ¿atenta contra el derecho constitucional de protección y unidad de la familia?			Total
		SI	NO	NS/NO	
¿Considera que la exigencia del permiso notarial para el menor reconocido solamente por uno de los padres o huérfano por fallecimiento de uno de los padres, atenta contra el derecho a la igualdad?	SI	82	0	0	82
	NO	3	19	2	24
	NS/NO	1	0	0	1
	Total	86	19	2	107

- Cuadro 16 -

Pruebas de chi-cuadrado

	Valor	gl	Sig. asintótica (bilateral)
Chi-cuadrado de Pearson	90,359 ^a	4	,000
Razón de verosimilitudes	87,883	4	,000
Asociación lineal por lineal	67,194	1	,000
N de casos válidos	107		

a. 6 casillas (66,7%) tienen una frecuencia esperada inferior a 5. La frecuencia mínima esperada es ,02.

INTERPRETACIÓN:

Siendo el nivel de significancia o p-valor de 0,000 es menor que 0,05 (nivel de significación alfa) entonces SE RECHAZA LA HIPÓTESIS NULA (H_0) y SE ACEPTA LA HIPÓTESIS ALTERNATIVA (H_1). Es decir:

“Las implicancias constitucionales que se presentan cuando se restringe el libre tránsito internacional a menores de edad reconocidos solamente por uno de sus padres o huérfanos por fallecimiento de un padre, al

solicitarles previamente autorización o permiso notarial en el Complejo Fronterizo Santa Rosa – Tacna, es la vulneración del derecho a la igualdad, al libre tránsito, a la protección y unidad de la familia”.

Siendo así, SE CONFIRMA la hipótesis principal de esta investigación.

4.5 Comprobación de hipótesis (discusión)

Para efectos de realizar la presente investigación, nos trazamos como objetivo principal establecer cuáles son las implicancias constitucionales que se presentan cuando se restringe el libre tránsito internacional a menores de edad reconocidos solamente por uno de sus padres o huérfanos por fallecimiento de un padre, al solicitarles previamente autorización o permiso notarial en el Complejo Fronterizo Santa Rosa – Tacna, teniendo en cuenta que el nivel de viajes de menores de edad a la ciudad de Arica es alto y dentro de ellos, muchos son impedidos de viajar al determinarse que no viajan con uno de sus padres o no tienen la autorización notarial respectiva. Es así que para el cumplimiento de nuestro objetivo principal, realizamos un trabajo de campo representado por las encuestas dirigidas a los inspectores de migraciones que laboran en esta región, específicamente en el Complejo Fronterizo “Santa Rosa” de Tacna. Habiendo recopilado y procesado la información, se determina el cumplimiento de nuestro objetivo principal.

Del cuadro N° 05 y N° gráfico 05 se determina que el 77% de encuestados manifestaron que la exigencia del permiso notarial para el menor reconocido solamente por uno de los padres o huérfano por fallecimiento de uno de los padres, atenta contra el derecho a la igualdad. El porcentaje mayoritario determina que si se atenta contra el derecho a la igualdad, quienes comentaron además cuando eran encuestados que cuando un menor sale del país con sus dos padres, es suficiente la presentación del D.N.I. de cada uno de ellos y de ser el caso, el acta de nacimiento del menor, documentos presentados directamente en el control fronterizo. Mientras que para los huérfanos o reconocidos solamente por uno de los padres (generalmente la madre) les exigen el

documento notarial previo de ser el caso, existiendo claro atentado al derecho a la igualdad contemplado en nuestra Constitución Política del Estado. Doctrinariamente Gutierrez & Sosa (2005) sobre este derecho señalan que “la igualdad es un permanente desafío para el Derecho, más aun en un mundo en que las diferencias se revelan y reclaman a cada instante.” (p.81). Jurídicamente el reconocimiento y respeto a la igualdad garantiza el pleno desarrollo de la personalidad del sujeto, pero en ese contexto de diferenciación, aun cuando parezca contradictorio, ha de existir y garantizarse el derecho a la igualdad.

Del cuadro N° 06 y gráfico N° 06 se determina que el 75% de encuestados consideran que la exigencia del permiso notarial para el menor reconocido solamente por uno de los padres o huérfano, si atenta contra el derecho constitucional al libre tránsito. El porcentaje mayoritario revela que al exigirse los documentos notariales no permite un libre desplazamiento de la persona, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, teniendo en cuenta además, que dichos documentos resultan innecesarios y burocráticos, cuando actualmente los documentos de identidad nacional y actas de nacimiento o de defunción pueden ser visualizados directamente por los funcionarios de migraciones en el propio Complejo Fronterizo de “Santa Rosa” y recurriendo además a las nuevas tecnologías que permitan confirmar la existencia de dichos documentos. Sobre este derecho Mesía & Sosa (2005) refieren que “El derecho al libre tránsito y residencia, a pesar de ser en principio una libertad negativa, esto es, una obligación para el Estado de abstenerse frente al albedrío individual, tiene también una dimensión social que demanda acciones positivas del Estado para optimizar la eficacia del derecho” (p.174). Como puede verse, los resultados de la encuesta reflejan las posiciones doctrinarias sobre este derecho.

Del cuadro N° 07 y gráfico N° 07 se determina que el 80% de encuestados consideran que las diferentes restricciones legales nacionales si atenta contra el derecho constitucional de protección y unidad de la familia. Estos hechos determinan que cuando un menor no

tiene los documentos exigidos por ley (notarial) muchas veces deja de viajar y no logran reencontrarse con sus familias en el país de Chile, evidenciándose un claro quebrantamiento de la unidad familiar. El artículo 4 de la Constitución señala que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”. Determinamos que el primer deber constitucional que dimana del artículo 4 para los Poderes públicos es el de proteger jurídicamente a la familia constitucional, evitando precisamente su desamparo como consecuencia de no hacerla objeto de un tratamiento jurídico distinto y más protector que el que se dispense a formas de convivencia al modo doméstico contrarias precisamente al modelo familiar constitucional. El resultado de las encuestas y las posturas doctrinarias, confirman la hipótesis principal.

Asimismo, es destacable el hecho de que los encuestados mayoritariamente señalaron que resulta innecesario la presentación del permiso notarial del menor reconocido por uno de los padres o huérfano, tal como puede determinarse del cuadro N° 03.

Respecto a la primera hipótesis secundaria, la alta incidencia de impedimentos de salida de menores al exterior es por la falta de autorización notarial por ausencia de uno de los padres, siendo este hecho la causa principal del impedimento de viaje del menor. De los cuadros N° 8 y N° 9 se determina la cantidad de menores que no pudieron viajar a la ciudad de Arica en los periodos 2014 y 2015. Estos datos coadyuvan también a la segunda hipótesis secundaria el cual revela que el nivel de incidencia de impedimentos de salida de menores de edad reconocidos solamente por uno de sus padres o de huérfanos por fallecimiento de un padre es alto. Sobre la tercera hipótesis secundaria, los cuadros N° 10 y N° 11 determinan el nivel de salidas de menores de edad reconocidos solamente por uno de sus padres o de huérfanos por fallecimiento de un padre con autorización notarial es alto.

Los meses que sirvieron de muestra se determinó que solamente viajaron tales menores con permiso notarial, no encontrándose autorización judicial de viaje.

También se debe de tener en cuenta lo referente a los antecedentes para esta investigación. Las investigaciones realizadas en las diversas tesis de otros países, contienen posturas que también nosotros planteamos. Yolanda Silva Quiróz en su tesis concluye: “Nadie cuestiona que el Estado en uso de su soberanía intente conformar un régimen de control migratorio más estricto, selectivo y distribuido espacialmente en el territorio y más allá de sus fronteras. Lo que se cuestiona es que el enfoque de los derechos humanos está cada vez más ausente.” El derecho a la igualdad, al libre tránsito, a la protección y unidad familiar también son derechos humanos contemplados en los instrumentos internacionales. Por su parte, Iskra Pavez Soto señala que: “Las niñas y los niños participantes en esta investigación han tenido variadas emociones frente a la migración adulta, pero en general coinciden en señalar la tristeza y añoranza por la lejanía física de sus progenitores. Particularmente si es la madre la que emigra, estos sentimientos se acrecientan, debido a la división sexual del trabajo.(...)”. Tiene relación directa con el quebrantamiento familiar que produce el alejamiento de uno de los padres por motivos laborales o familiares y el impedimento para ese reencuentro afecta directamente a la familia.

Siendo así, consideramos que si se puede confiar en los resultados de esta investigación, por no existir contradicciones respecto al análisis documental y las encuestas realizadas. Por lo tanto, esta tesis es un aporte al derecho que permitirá contribuir a futuras investigaciones sobre el tema.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Conclusiones

PRIMERA: En esta tesis, quedaron establecidas cuáles son las implicancias constitucionales que se presentan cuando se restringe el libre tránsito internacional a menores de edad reconocidos solamente por uno de sus padres o huérfanos por fallecimiento de uno de sus padres, al solicitarles previamente autorización o permiso notarial en el Complejo Fronterizo Santa Rosa – Tacna. Tanto el trabajo de campo mediante las encuestas y el análisis documental permitió el cumplimiento de los objetivos de la investigación.

SEGUNDA: Esta investigación dejó establecido que las implicancias constitucionales que se presentan cuando se restringe el libre tránsito internacional a menores de edad reconocidos solamente por uno de sus padres o huérfanos por fallecimiento de un padre, al solicitarles previamente autorización o permiso notarial en el Complejo Fronterizo Santa Rosa – Tacna, son la vulneración de los derechos a la igualdad, al libre tránsito, a la protección y unidad de la familia.

TERCERA: Conforme al trabajo de campo realizado, se determinó que la causa principal de impedimento de salida de menores de edad en el Complejo Fronterizo Santa Rosa – Tacna es por la falta de autorización notarial por ausencia de uno de los padres. El análisis

documental que se hizo en la entidad de Migraciones – Tacna, determinó esta hipótesis secundaria.

CUARTA: Mediante esta investigación, quedó especificado que el nivel de incidencia de impedimentos de salida de menores de edad reconocidos solamente por uno de sus padres o de huérfanos por fallecimiento de uno de sus padres es alto. El análisis documental determina el cumplimiento de este objetivo.

QUINTA: Esta investigación permitió establecer que el nivel de incidencia de salidas de menores de edad reconocidos solamente por uno de sus padres o de huérfanos por fallecimiento de un padre con autorización o permiso notarial es alto. El análisis documental determina el cumplimiento de este objetivo.

5.2 Recomendaciones

Teniendo en cuenta que la Superintendencia Nacional de Migraciones del Perú tiene como una de sus funciones impedir el ingreso o salida a nacionales y extranjeros que no cumplan con los requisitos, establecidos por la normativa vigente; las recomendaciones están dirigidas a esta institución y que sugerimos a continuación:

PRIMERA: Modificación del artículo 111 de la Ley N° 27337.- Se recomienda la realización de gestiones ante el Congreso de la República para la modificatoria del artículo 111 de la Ley N° 27337 (Código de los Niños y Adolescentes) que regula lo referente a las autorizaciones de viaje menor el cual hace referencia expresa al permiso notarial en caso de fallecimiento de uno de los padres o de estar reconocido el hijo por uno solo de ellos; y considerando que dicha restricción para los menores señalados es atentatoria contra los derechos constitucionales analizados, resulta indispensable la modificación de la referida norma para que no sea obligatoria la presentación del mencionado documento notarial. Para tales efectos, se sugiere la realización de gestiones ante los representantes congresales de Tacna para presentar un anteproyecto de Ley al Congreso de la

República. Para tales efectos, propongo un Anteproyecto elaborado por la investigadora de esta tesis y que se anexa en la presente.

SEGUNDA: Implementación tecnológica.- Se recomienda a las autoridades de Migraciones de esta ciudad, realicen gestiones administrativas ante la Superintendencia Nacional de Migraciones para que puedan gestionar a su vez la implementación tecnológica para los siguientes objetivos: a) Implementación de equipos de seguridad para determinar la validez o falsedad de documentos que se presentan ante el Complejo Fronterizo de Santa Rosa; b) Consolidar la interconexión tecnológica entre las diversas entidades del Estado, entro de ellos con el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) para la confrontación de documentos de personas adultas y menores que se tramitan ante la entidad migratoria; c) La actualización permanente de software del sistema de movimientos migratorios de las personas adultas y menores.

TERCERA: Capacitación.- Resulta indispensable la capacitación permanente al personal de migraciones en los siguientes aspectos: a) Sobre el manejo adecuado y dominio de equipos tecnológicos para el control de personas y análisis de documentos; b) Capacitación de personal para elevar el nivel de efectividad en los servicios migratorios, teniendo como objetivo principal agilizar el tránsito de las personas en el menor tiempo posible y con la menor carga burocrática posible, respetando los derechos de las personas en general.

CUARTA: Difusión.- Resulta indispensable que la entidad migratoria de Tacna difunda por todos los medios posibles y en forma permanente los requisitos que son necesarios para el viaje de menor al extranjero, específicamente al país de Chile; y así los padres tengan pleno conocimiento de estos requisitos y se evite que a los menores de edad se les impida la salida de nuestro país. Se debe de tener en cuenta que el tránsito de menores a la ciudad de Arica es alto y permanente, especialmente los meses de diciembre, enero, febrero, marzo y julio.

QUINTA: Consolidación del Control integrado.- Se recomienda a las autoridades migratorias de Tacna para que coadyuven permanentemente en la consolidación del Control Integrado de los complejos fronterizos de Santa Rosa (Tacna) y Chacalluta (Arica), suscritos por Perú y Chile. Este tipo de control permitirá que los visitantes que cruzan la frontera peruana y chilena, solo deben ser controlados por el puesto fronterizo del país al que se dirigen. En la actualidad, el viajero debe pasar por los controles del país del que sale y al que desea ingresar.

FUENTES DE INFORMACIÓN

BIBLIOGRAFÍA

- BADENI, Gregorio “Tratado de Derecho Constitucional” Tomo II. Editorial La Ley. Edición 2006. Bs. As. – Argentina.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique “La Constitución de 1993. Análisis Comparado” Editora RAO. Edición Julio 1999. Lima – Perú.
- CORNEJO CHAVEZ, Héctor “Derecho Familiar Peruano” Tomo II. Gaceta Jurídica Editores. Edición 1998. Lima – Perú.
- CHIRINOS SOTO, Enrique y Francisco “Constitución de 1993” 4ta. Edición 1997. Lima – Perú.
- ESPEZÚA SALMÓN, Boris “La Protección de la Dignidad Humana (Principio y Derecho Constitucional Exigible)” Editorial ADRUS. Edic. 2008. Arequipa - Perú.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos “Constitución Comentada” Edit. Gaceta Jurídica. Edic. 2005. Lima – Perú.
- FIGUEROA GUTARRA, Edwin “Dimensiones del derecho a la igualdad: avances y retrocesos. ¿entre Escila y Caribdis?” Revista IPSO JURE. Año 4 N° 20. Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Edición 2012. Lambayeque.
- FLORES POLO, Pedro “Diccionario de Términos Jurídicos” Tomo I y II. Editorial AFA. Edición 1984. Lima – Perú.
- GACETA JURÍDICA, “La Constitución Comentada” Tomo II. Editorial Gaceta Jurídica. Edición 2005. Lima – Perú.
- GOZAINI, Osvaldo Alfredo “El Derecho Procesal Constitucional y los Derechos Humanos” Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. Edición 1995. México.
- GURBINKEL de WENDY, Nora. Comentario de artículo. Enciclopedia Jurídica “OMEBA”. Editorial Driskill. B. As. Edición 1984. – Argentina.

- JARA MINUCHE, Carolina, “Constitución Política del Perú de 1993”. Edición 1994. Lima – Perú.
- MESÍAS RAMIREZ, Carlos & SOSA SACIO, Juan Manuel. Comentario de artículos. “La Constitución Comentada” Tomo II. Editorial Gaceta Jurídica. Edición 2005. Lima – Perú.
- ORTECHO VILLENA, Víctor J “Jurisdicción y Procesos Constitucionales” Editorial Rodhas. Edición 1996. Lima – Perú.
- OTÁROLA PEÑARANDA, Alberto “La Constitución Explicada” Editora RAO Edic. Junio 1998. Lima – Perú.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F. “Manual de Derecho de Familia” Gaceta Jurídica Editores. Edición 2001. Lima – Perú.
- PEREZ LUÑO, Antonio “Los Derechos Humanos en la sociedad Tecnológica. En Libertad informática y leyes de protección de datos personales”. Centro de Estudios Constitucionales. Edición 1989. Madrid.
- PEREZ ARROYO, Javier: “La interpretación de la Constitución” Edición 2003. Madrid.
- RUBIO CORREA, Marcial “Estudio de la Constitución Política de 1993” Tomo I. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Edic. Febrero 1999. Lima – Perú.

INFORMATOGRAFÍA:

- ARANGO, Joaquín (2003) “La Explicación Teórica de las migraciones: Luz y Sombra”. Universidad Autónoma del Estado de México. Red Internacional de Migración y Desarrollo. México.
Recuperado de:
http://pendientedemigracion.ucm.es/info/gemi/descargas/articulos/42ARANGO_La_Explicacion_Teorica_Migraciones_Luces_Sombras.pdf
Acceso el 02 de junio de 2016
- BERGANZA, Isabel & CERNA, Mauricio Cerna (2011) Dinámicas migratorias en la frontera Perú-Chile. Arica, Tacna e Iquique. Lima.
Recuperado de:
http://centroderecursos.alboan.org/ebooks/0000/0783/11_BER_DIN.pdf
Acceso el 28 de mayo de 2016.

- CANCELLERIA DE COLOMBIA. Informe: “Si va a salir del país con menores de edad tenga en cuenta las siguientes recomendaciones” Recuperado de:

<http://www.cancilleria.gov.co/en/newsroom/news/2015-03-31/11274>

Acceso el 20 de octubre de 2016.

- EMBAJADA DE VENEZUELA (2016) Información sobre “Autorizaciones de viajes para niños y adolescentes”. Recuperado de:

<http://www.embavenez-uae.org/Consular%20Information/Consular%20Information/AUTORIZACION%20DE%20VIAJE%20A%20MENORES%20DE%20EDAD/REQUISITOS%20PARA%20SOLICITAR%20AUTORIZACION%20DE%20VIAJE%20DE%20MENORES%20DE%20EDAD.pdf>

Acceso el 16 de octubre de 2016.

- HERNÁNDEZ, Moisés (2011) Tesis de Grado para Magíster “La migración peruana en Chile y su influencia en la relación bilateral durante el gobierno de Michelle Bachelet (2006-2010)”. Universidad de Chile. Santiago de Chile.

Recuperado de:

<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/110815>

Acceso el 25 de octubre de 2016.

- HUERTA, Luis Alberto (2005) “El Derecho a la Igualdad”. Revista Pensamiento Constitucional. Vol. 11, Núm. 11. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Recuperado de:

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7686/7932>

Acceso el 28 de octubre de 2016.

- LACOMBA, Joan (2001) “Teorías y Prácticas de la Inmigración. De los modelos explicativos a los relatos y proyectos migratorios” Universidad de Barcelona. España.

Recuperado de:

<http://www.ub.edu/geocrit/sn-94-3.htm>

Acceso el 28 de mayo de 2016.

- MICOLTA, Amparo (2005) “Teorías y conceptos asociados al estudio de las migraciones internacionales”. Trabajo Social No. 7, (páginas 59-76 © Revista del Departamento de Trabajo Social, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia

Recuperado de:

<http://www.fder.edu.uy/contenido/rrii/contenido/licenciatura/documentos/008.pdf>

Acceso el 28 de mayo de 2016.

- Organización Internacional de Migraciones (2006). Glosario sobre Migración. Ginebra. Suiza.

Recuperado de:

http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf

Acceso el 2 de junio de 2016.

- PAVEZ, Iskra (2011). Tesis Doctoral “Migración infantil: rupturas generacionales y de género. Las niñas peruanas en Barcelona y Santiago de Chile”. Universidad Autónoma de Barcelona. España.

Recuperado de:

https://ddd.uab.cat/pub/tesis/2011/hdl_10803_79139/ips1de1.pdf

Acceso el 7 de noviembre de 2016.

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencias del Tribunal Constitucional del Perú, extraídas de la página web: www.tc.gob.pe

Exp. N.º 02835-2010-PA/TC

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/02835-2010-AA.html>

Exp. N.º 00733-2010-PHC/TC

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00733-2010-HC.html>

Exp. N.º 09332-2006-PA/TC

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09332-2006-AA.html>

Exp. N.º 06572-2006-PA/TC

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06572-2006-AA.html>

Exp. N.º 02079-2009-PHC/TC

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/02079-2009-HC.html>

ANEXOS

ANEXO 01

ENCUESTA DIRIGIDA A INSPECTORES DE MIGRACIONES- TACNA

TEMA: LAS RESTRICCIONES DE TRÁNSITO INTERNACIONAL DE MENORES DE EDAD Y SUS IMPLICANCIAS CONSTITUCIONALES. CASO ESPECIAL: CONTROL FRONTERIZO DE "SANTA ROSA" DE TACNA. PERIODO 2014-2015.

Para efectos de conocer la realidad sobre las restricciones de tránsito internacional de un menor de edad, necesitamos de su participación y su información será valiosa para la investigación sobre el tema.

- 1) En caso de que un menor de edad fuera reconocido solamente por uno de los padres (generalmente la madre) ¿considera que la patria potestad es ejercida solamente por quien reconoció al menor?
 - a) SI ()
 - b) NO ()
 - c) NS/NO ()

- 2) En caso de que un menor de edad fuera huérfano por el fallecimiento de uno de los padres ¿considera que la patria potestad es ejercida solamente por el padre/madre sobreviviente?
 - a) SI ()
 - b) NO ()
 - c) NS/NO ()

- 3) Si un menor reconocido solamente por uno de los padres o huérfano por la muerte del padre/madre, pretende viajar al país de Chile con uno de los padres, ¿considera que la ley obliga innecesariamente el permiso notarial correspondiente, para presentarlo posteriormente en el control fronterizo?
 - a) SI ()
 - b) NO ()
 - c) NS/NO ()

- 4) Si un menor reconocido solamente por uno de los padres o huérfano por la muerte del padre/madre pretende viajar al país de Chile acompañado por su padre ¿considera que sería suficiente la presentación en el control migratorio de los D.N.I.s y el Acta de nacimiento del menor y/o el Acta de defunción de uno de los padres?
 - a) SI ()
 - b) NO ()
 - c) NS/NO ()

- 5) ¿Considera que la exigencia del permiso notarial para el menor reconocido solamente por uno de los padres o huérfano por fallecimiento de uno de los padres, atenta contra el derecho constitucional de la igualdad?
 - a) SI ()
 - b) NO ()
 - c) NS/NO ()

- 6) ¿Considera que la exigencia del permiso notarial para el menor reconocido solamente por uno de los padres o huérfano por fallecimiento de uno de los padres, es una restricción legal y atenta contra el derecho constitucional de libre tránsito?
 - a) SI ()
 - b) NO ()
 - c) NS/NO ()

- 7) En todos los casos antes señalados, ¿considera que las diferentes restricciones legales nacionales ¿atenta contra el derecho constitucional de protección y unidad de la familia por parte del Estado?
 - a) SI ()
 - b) NO ()
 - c) NS/NO ()

Tacna, agosto de 2016.
MUCHAS GRACIAS

ANEXO 02
MATRIZ DE CONSISTENCIA

TÍTULO: VULNERACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES POR LAS RESTRICCIONES DE TRÁNSITO INTERNACIONAL A MENORES DE EDAD. CASO ESPECIAL: CONTROL FRONTERIZO “SANTA ROSA” DE TACNA. PERIODO 2014-2015.

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	INDICADORES	METODOLOGÍA
<p>PROBLEMA PRINCIPAL ¿Cuáles son las implicancias constitucionales que se presentan cuando se restringe el libre tránsito internacional a menores de edad reconocidos solamente por uno de sus padres o huérfanos por fallecimiento de uno de sus padres, al solicitarles previamente autorización o permiso notarial en el Complejo Fronterizo Santa Rosa – Tacna?</p>	<p>OBJETIVO GENERAL Establecer cuáles son las implicancias constitucionales que se presentan cuando se restringe el libre tránsito internacional a menores de edad reconocidos solamente por uno de sus padres o huérfanos por fallecimiento de uno de sus padres, al solicitarles previamente autorización o permiso notarial en el Complejo Fronterizo Santa Rosa – Tacna.</p>	<p>HIPÓTESIS GENERAL Las implicancias constitucionales que se presentan cuando se restringe el libre tránsito internacional a menores de edad reconocidos solamente por uno de sus padres o huérfanos por fallecimiento de uno de sus padres, al solicitarles previamente autorización o permiso notarial en el Complejo Fronterizo Santa Rosa – Tacna, son la vulneración de los derechos a la igualdad, al libre tránsito, a la protección y unidad de la familia.</p>	<p>VARIABLE INDEPENDIENTE (X) Restricción del libre tránsito de menores.</p>	<p>X₁: Nivel de incidencia de restricciones, conforme al Libro de partes de autorizaciones de viaje de menores de edad presentados en el control fronterizo Santa Rosa-Perú, del año 2014-2015. X₂: Nivel de autorizaciones notariales de autorizaciones de viaje de menores de edad presentados en el control fronterizo Santa Rosa-Perú, del año 2014-2015. X₃: Nivel de salidas de menores y de impedidos de salir del Perú, correspondientes a los años 2014 y 2015.</p>	<p>TIPO DE INVESTIGACIÓN Básica, descriptiva, correlacional, explicativo.</p> <p>DISEÑO No experimental.</p> <p>POBLACIÓN 107 Inspectores de Migraciones de Tacna.</p> <p>MUESTRA La muestra para el presente estudio es del 100% de la población en estudio.</p> <p>TÉCNICAS La encuesta y el análisis de contenido.</p>
<p>PROBLEMAS SECUNDARIOS d) ¿Cuál es la causa principal de impedimento de salida de menores de edad en el Complejo Fronterizo Santa Rosa – Tacna? e) ¿Cuál es el nivel de incidencia de impedimentos de salida de menores de edad reconocidos solamente por uno de sus padres o de huérfanos por fallecimiento de uno de sus padres? f) ¿Cuál es el nivel de incidencia de salida de menores de edad reconocidos solamente por uno de sus padres o de huérfanos por fallecimiento de uno de sus padres con autorización o permiso notarial?</p>	<p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS a) Determinar cuál es la causa principal de impedimento de salida de menores de edad en el Complejo Fronterizo Santa Rosa – Tacna. b) Especificar cuál es el nivel de incidencia de impedimentos de salida de menores de edad reconocidos solamente por uno de sus padres o de huérfanos por fallecimiento de un padre. c) Establecer cuál es el nivel de incidencia de salida de menores de edad reconocidos solamente por uno de sus padres o de huérfanos por fallecimiento de un padre con autorización o permiso notarial.</p>	<p>HIPÓTESIS ESPECÍFICAS d) La causa principal de impedimento de salida de menores de edad en el Complejo Fronterizo Santa Rosa – Tacna es por la falta de autorización notarial por ausencia de uno de los padres. e) El nivel de incidencia de impedimentos de salida de menores de edad reconocidos solamente por uno de sus padres o de huérfanos por fallecimiento de un padre es alto. f) El nivel de incidencia de salidas de menores de edad reconocidos solamente por uno de sus padres o de huérfanos por fallecimiento de un padre con autorización o permiso notarial es alto.</p>	<p>VARIABLE DEPENDIENTE (Y) Vulneración de derechos constitucionales.</p>	<p>Y₁: El Derecho a la igualdad. Y₂: El Derecho al libre tránsito. Y₃: Derecho de protección y unidad familiar.</p>	<p>INSTRUMENTOS</p> <ul style="list-style-type: none"> • Cuestionario. • Fichas bibliográficas, fichas de observación documental y de procesamiento de datos.