

REVISTA PERUANA DE  
DERECHO CONSTITUCIONAL

# MUJER Y CONSTITUCIÓN

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES  

---

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

## Contenido

CARLOS RAMOS NÚÑEZ <i>Presentación</i> .....	15
<b>Mujer y Constitución</b>	
MARCELA HUAITA ALEGRE <i>La CEDAW como marco de referencia de las sentencias del Tribunal Constitucional peruano</i> .....	23
BEATRIZ RAMÍREZ HUAROTO <i>La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de igualdad y no discriminación: los casos de la Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas</i> .....	55
MOSI MARCELA MEZA FIGUEROA <i>Protección constitucional de la madre en el ámbito laboral</i> .....	77
CARLOS RAMOS NÚÑEZ <i>El sufragio femenino: dudas, convicción y oportunismo</i> .....	101
MARÍA SOLEDAD BELLIDO ÁNGULO <i>Del silencio a la razón: argumentación sobre el sufragio femenino en la Constituyente de 1931</i> .....	111
SUSANA MOSQUERA <i>Mujer y género en el derecho internacional de los derechos humanos</i> .....	147
GLÓRIA POYATOS I. MATAS <i>Sentencia pionera en España que define jurídicamente y aplica la técnica de «juzgar con perspectiva de género»</i> .....	171
MARÍA CONCEPCIÓN TORRES DÍAZ <i>El sustento constitucional de la impartición de justicia desde la perspectiva de género</i> .....	181

## Miscelánea

EDWIN FIGUEROA GUTARRA

*El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿mito o realidad?*

*Enseñanzas del caso Obergefell*..... 215

LUIS R. SÁENZ DÁVALOS

*La doctrina jurisprudencial vinculante*

*y su desarrollo por el Tribunal Constitucional* ..... 239

FRANCISCO CELIS MENDOZA AYMA

*Constitucionalización del proceso inmediato. Principio de proporcionalidad* .... 279

ÓSCAR DÍAZ MUÑOZ

*Laicidad e igualdad religiosa en la Constitución peruana* ..... 299

BERLY LÓPEZ FLORES

*El amparo contra laudos arbitrales* ..... 311

JORGE LUIS LEÓN VÁSQUEZ

*El examen de tres niveles de los derechos fundamentales (drei-schritt-prüfung)* .... 341

RORIC LEÓN PILCO

*El valor de la cosa juzgada constitucional*

*en los procesos constitucionales de tutela de derechos*..... 347

## Jurisprudencia comentada

ALVARO R. CÓRDOVA FLORES

*Caso Edwards vs. Canadá (1929):*

*cuando las mujeres fueron consideradas personas* ..... 375

NADIA IRIARTE PAMO

*Mujer y derecho a la educación.*

*Comentario a la STC 00853-2015-PA/TC*..... 381

SUSANA TÁVARA ESPINOZA

*La situación de los migrantes irregulares.*

*Comentario a la STC 02744-2015-PA/TC*..... 385

## Reseñas

OMAR CAIRO ROLDÁN

*Exposición de motivos del Anteproyecto de Constitución del*

*Estado de 1931*..... 395

JERJES LOAYZA JAVIER	
<i>Género y justicia. Estudios e investigaciones en el Perú e Iberoamérica .....</i>	401
MARÍA CANDELARIA QUISPE PONCE	
<i>Trinidad María Enríquez. Una abogada en los Andes.....</i>	405
ROGER VILCA APAZA	
<i>Las constituciones del Perú.....</i>	409

## La situación de los migrantes irregulares. Comentario a la STC 02744-2015-PA/TC

SUSANA TÁVARA ESPINOZA

Asesora Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

### 1. Materias constitucionalmente relevantes

- 1.1 El derecho a la igualdad y no discriminación.
- 1.2 El debido procedimiento administrativo en el marco del procedimiento migratorio sancionador.
- 1.3 El derecho a la protección de la familia y el interés superior del niño.

### 2. Contexto histórico-político de la decisión

La condición de los migrantes indocumentados o en situación irregular inicialmente se asumió como un fenómeno de corte laboral económico. Sin embargo, el carácter universal e inalienable de los derechos, reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos incentivó que trascienda ampliamente dicho ámbito. Muestra de ello es la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven<sup>1</sup>, en la que reconoce: «[...] todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica [...] [y] a igual protección de la ley [...]». De igual forma la Constitución no es ajena a esta problemática, pues acoge un tratamiento jurídico igualitario en materia de derechos fundamentales entre nacionales y extranjeros. Ello se desprende de la parte introductoria del artículo 2 la cual prescribe: *toda persona tiene derecho a [...]*; y en el inciso 2 agrega: *La igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.*

Ahora bien, del universo de los migrantes distinguimos dos condiciones: aquellos cuya estancia es regular, y aquellos que por respetar las normas de ingreso o excederse del tiempo autorizado, se encuentran en una situación jurídica irregular o indocumentados. La Asamblea General de Naciones Unidas en la Re-

<sup>1</sup> Adoptada por la Asamblea General, como una interpretación conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su resolución 40/144, de fecha 13 de diciembre de 1985.

solución sobre Protección de los migrantes<sup>2</sup> dejó en evidencia que estos últimos tienen una especial condición de vulnerabilidad por enfrentar diversas barreras sociales y económicas, al verse expuestos a ser víctimas de violencia, xenofobia y otras formas de discriminación o trato degradante, y pese a ello evitan contactarse con autoridades por temor a una eventual deportación.

En vista de la hostil relación entre autoridades nacionales y migrantes irregulares, la Asamblea General de las Naciones Unidas, a propósito del Informe del Relator Especial, sobre los derechos humanos de los migrantes, expedido el 2 de abril de 2012, destacó que «[...] la entrada o residencia irregulares nunca deben considerarse delito, ya que no constituyen en sí delitos contra las personas, el patrimonio o la seguridad nacional [...] Tipificar como delito la entrada ilegal en el territorio de un Estado trasciende el interés legítimo de los Estados de controlar y regular la inmigración ilegal y da lugar a detenciones innecesarias». A nivel interno este aspecto fue reconocido en el artículo V del Título Preliminar del Decreto Legislativo 1236, publicado el 26 de septiembre de 2015, que estableció la regulación migratoria en los siguientes términos: «El Estado formula y ejecuta su Política Migratoria bajo el Principio de No Criminalización de la Migración Irregular».

388

Jesús de Mezquita Oliviera interpone demanda de amparo a efectos de inaplicar la Resolución Directoral 00000065-2013-IN-MIGRACIONES, que le impuso la sanción de salida obligatoria del Perú, con impedimento de reingreso. Alegó la vulneración al derecho a la protección a la familia, al interés superior del niño, al matrimonio, al deber y derecho de los padres a alimentar, educar y dar seguridad a los hijos, así como el derecho al debido proceso y de defensa. La procuraduría del Ministerio del Interior dedujo las excepciones de incompetencia y de falta de agotamiento de la vía administrativa, por considerar que la resolución del presente requiere de una amplia instancia probatoria en la que se den a conocer las causas por las que ingresó y permaneció en el país.

Los argumentos utilizados para sustentar la procedencia fueron: i) que no era necesaria la vía administrativa por cuanto esta podría dar lugar a que su derecho se torne irreparable, en consideración al Oficio 240-2013-EGPOL-SUORRI-DIRTEPOL-MDD-DIVSE-DISE, la cual indica que la División de Seguridad del Estado de su jurisdicción lleve a cabo acciones pertinentes y necesarias para la ejecución de la resolución administrativa que sancionó al recurrente; ii) Que el Decreto Legislativo 703 (Ley del Extranjería vigente en tal momento), no establecía un mecanismo impugnatorio para la sanción salida obligatoria y; iii) Que

<sup>2</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución sobre la Protección de los migrantes, A/RES/54/166, 24 de febrero de 2000, Preámbulo.

el propósito de este proceso constitucional es verificar si la Resolución Directoral cuestionada vulnera o no los derechos fundamentales invocados, mas no definir una situación migratoria particular, por ello la ausencia de instancia probatoria no implicaba obstáculo para el análisis constitucional correspondiente.

Los aportes valiosos que hace el Tribunal es primero demarcar la protección constitucional de los migrantes irregulares en nuestro ordenamiento jurídico; y segundo evaluar la vulneración del derecho al debido proceso en el procedimiento migratorio sancionador, si la sanción cumplió o no con respetar las garantías formales y materiales del debido procedimiento administrativo y si se vulneró o no el derecho de protección a la familia del recurrente.

Introductoriamente, el Tribunal considera que si bien los Estados cuentan con un ámbito amplio para el establecimiento y dirección de sus políticas migratorias, y conforme a la Constitución contiene medidas para garantizar la seguridad nacional (artículo 44), la sanidad pública (artículo 2 inciso 11) y el orden público (artículos 118 inciso 4 y 166), el ejercicio de esta potestad no puede soslayar dos premisas esenciales:

- i) La entrada o residencia irregulares no deben considerarse delitos, sino faltas administrativas, por lo que el recurso de una eventual detención administrativa debe ser excepcional, prescrita por ley, necesaria, razonable y proporcional a los objetivos que pretende. Solo se justificará cuando exista un riesgo inminente de que eluda futuros procesos judiciales o procedimientos administrativos o cuando la persona representa un peligro para su propia seguridad o para la seguridad pública; ello durante el menor tiempo posible y a partir de una evaluación individual de cada caso.
- ii) Los derechos humanos de los migrantes, constituyen un límite infranqueable a su potestad migratoria.

Respecto a la supuesta vulneración del derecho al debido procedimiento en el contexto de un procedimiento migratorio sancionador, a fin de demarcar un parámetro el Tribunal tras tomar en consideración su propia jurisprudencia sobre las garantías formales del procedimiento administrativo<sup>3</sup> y posteriormente el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Familia Pacheco

<sup>3</sup> A la notificación del acto administrativo (STC 5658-2006-PA/TC), al acceso al expediente administrativo (STC 3741-2004-PA/TC), a la decisión motivada y fundada en derecho (STC 8495-2006-PA/TC), a la presunción de licitud (STC 2192-2004-AA/TC), al plazo razonable (STC 1966-2005-PHC/TC), a ser investigado por una autoridad competente e imparcial (STC 0071-2002-AA/TC), a impugnar las resoluciones administrativas (STC 3741-2004-PA/TC), a la garantía *ne bis in idem* (STC 2050-2002-AA/TC) y al principio de publicidad de las normas procedimentales (STC 1514-2010-PA/TC).

Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia, en el que se expone las garantías en el supuesto específico de los procedimientos migratorios sancionadores; establece esta lista propia de garantías mínimas exigibles de reconocer a los extranjeros en situación irregular en el marco de un procedimiento migratorio sancionador<sup>4</sup>:

- i) El derecho a ser informado expresa y formalmente de los motivos que dieron lugar a la imposición de la sanción administrativa (multa, salida obligatoria, cancelación de permanencia o residencia, o expulsión) y de los cargos en su contra, si los hubiere.
- ii) A la posibilidad de exponer y acreditar las razones que lo asistan en contra de la sanción administrativa impuesta;
- iii) A la posibilidad de solicitar y recibir asesoría legal, incluso a través de servicio público gratuito de ser aplicable y, de ser el caso, traducción o interpretación, así como asistencia consular, si correspondiere;
- iv) En caso de decisión desfavorable, el derecho a someter su caso a revisión ante una autoridad competente e imparcial, la cual se encuentra obligada a resolver los recursos que correspondan dentro de un plazo razonable. El migrante puede recurrir por derecho propio o a través de un representante;
- v) La eventual expulsión solo podrá efectuarse tras una decisión fundamentada conforme a la ley y debidamente notificada.

390

En el caso concreto, el demandante niega haber sido notificado con la resolución que le impuso la sanción, por lo que alega no ha tenido oportunidad de cuestionarla. En busca de determinar si la sanción resulta lesiva de las garantías anotadas, el Tribunal analiza la regulación del procedimiento administrativo que conllevó a la aplicación de la sanción.

El Decreto Legislativo 703 establecía como sanciones a los extranjeros que infrinjan las disposiciones de la presente Ley y su Reglamento: a) Multa b) Salida Obligatoria, c) Cancelación de la Permanencia o Residencia, d) Expulsión. Sobre la salida obligatoria, aplicada al recurrente, estableció que procederá cuando el extranjero admitido se encuentre en situación migratoria irregular como consecuencia del vencimiento de su permiso de permanencia o residencia y excedido su plazo para la regularización, mientras la expulsión del país procederá (artículo 64 y 65) a quien se le haya dado salida obligatoria o cancelándose su permanencia residencia y no haya abandonado el territorio nacional [en el plazo fijado mediante Resolución de Dirección General del Gobierno del Interior a propuesta de la Dirección de Migraciones y Naturaliza-

<sup>4</sup> Fundamento Jurídico 19.

ción. Explícitamente (en el artículo 67) se reconoce la posibilidad de cuestionar la aplicación de algunas sanciones del referido artículo 60, más entre estas no se encontraba la sanción de salida obligatoria.

En consecuencia, la normativa no advierte las garantías mínimas del debido procedimiento de los migrantes en situación irregular. A pesar de contar con una cláusula de remisión al Reglamento de Extranjería, este nunca fue utilizado por la autoridad competente. Así las cosas, el Tribunal considera vulneradas las garantías formales de su derecho al debido procedimiento, pues la normativa no identificó un *iter* donde se verifiquen las garantías mínimas de extranjeros en este procedimiento; como son la comunicación de la resolución sancionadora al interesado, su debida motivación, la posibilidad de impugnación, u otras que avalen que el sancionado pudo tomar conocimiento del acto administrativo. En suma a ello no se advierte de autos constancia alguna de notificación de la Resolución.

Sobre las garantías materiales del debido procedimiento y la especial trascendencia del derecho a la protección de la familia, los recurrentes cuestionan que la sanción como impedimento de ingreso al territorio nacional sin precisar límite temporal alguno, resulta lesiva de los principios de unidad familiar e interés superior del niño. El Tribunal indica que cualquier decisión de salida obligatoria o expulsión de un extranjero en situación irregular debe ser producto de una valoración conjunta y razonada de las circunstancias particulares de cada migrante. Mientras el derecho de protección a la familia, su forma más esencial de cumplir su mandato es a través de la garantía de unidad familiar, la unidad del lugar más idóneo para proporcionar a sus miembros, en especial a los niños, una adecuada satisfacción de sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas.

El actor tenía a la fecha de resolución del Tribunal una hija menor de ocho años, de iniciales Y.D.M.L., de nacionalidad peruana que tuvo en un primer compromiso, y por otro lado, una relación conyugal con doña Sherley Bocangel Farfán, una mujer también de nacionalidad peruana. Entiende el Colegio que la sanción impuesta produciría una distancia irreparable entre la menor de iniciales Y.D.M.L. y su padre, así como entre doña Sherley Bocangel Farfán y su esposo. Aún cuando la existencia de vínculos familiares no configura *per se* el derecho de permanencia legal y automática en el país, resulta constitucionalmente ilegítimo prescindir de su valoración en la toma de tal decisión.

El Tribunal indica que cualquier decisión relativa a la separación del niño respecto de sus padres o de su familia, a partir del Estado, debe ser excepcional, temporal y justificada en el interés superior del niño. Si bien, la sanción impuesta también fue consecuencia de incumplimiento de normas de extranjería, de autos

se apreció que la demandada no recabó instrumento documental que acredite la existencia de motivos de interés público que tornen imprescindible la salida obligatoria del recurrente.

Finalmente en la parte resolutive, el Tribunal considera que la situación fáctica del caso es parte de una realidad que atañe a más sujetos de los intervinientes en el proceso, por lo que es necesario recurrir a la técnica del estado de cosas inconstitucional a fin de dotar de efecto expansivo general a las consideraciones realizadas en esta ocasión. Requiere así a la Comisión Multisectorial, creada mediante Resolución Suprema 015-2016-PCM, para que de forma coordinada con el Ejecutivo expida un informe técnico que contenga el proyecto normativo del Reglamento del Decreto Legislativo 1236 acorde con las garantías formales y materiales que implican el derecho al debido procedimiento de los migrantes en situación irregular.

Con ello declara fundada la demanda, nula la resolución, un estado de cosas inconstitucional la falta de norma legal o reglamentaria que regule un procedimiento que precise las garantías formales y materiales de los migrantes.

### **3. Análisis**

392

Es justo recalcar que la sentencia bajo análisis aborda la actual problemática con criterios constitucionales precisos y tras dar con la falta de una regulación de garantías mínimas, da la orden de crear una normativa reglamentaria que adopte aquellos criterios.

Hoy, aquello queda superado con el actual Decreto Legislativo 1350, publicado el 7 de enero de 2017, en cuyo artículo 26 se precisa: «Los actos administrativos y su trámite, relativos a materia migratoria, que así lo permita el presente Decreto Legislativo, pueden ser materia de impugnación conforme a lo establecido en la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General; de la misma forma en su artículo 53, inciso 3: MIGRACIONES puede dispensar el impedimento de ingreso al país por casos excepcionales de oficio o a solicitud de parte, mediante decisión motivada. Además cuenta en el artículo 37 con una regulación de la reunificación familiar, según la cual el nacional que tenga vínculo familiar con extranjero o extranjera, puede solicitar ante MIGRACIONES y el Ministerio de Relaciones Exteriores según corresponda, la calidad migratoria de residente de cualquiera de los integrantes de su núcleo familiar». Este cuerpo normativo no solo ha sido influenciado sino, es lo más probable, ha sido sostenido por los fundamentos indicados en la sentencia del Tribunal Constitucional.