

REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

MIGRACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Contenido

CARLOS RAMOS NUÑEZ <i>Presentación</i>	15
Migración y derechos fundamentales	
LUIGI FERRAJOLI <i>Políticas contra los migrantes y crisis de la civilización jurídica</i>	29
FELIPE GONZÁLEZ MORALES <i>Los estándares internacionales sobre derechos humanos de la niñez migrante y la opinión consultiva de la Corte Interamericana</i>	53
GABRIEL GUALANO DE GODOY <i>Comunidade e seus outros - Comunidad y sus otros</i>	77
JAVIER DE LUCAS <i>Sobre migraciones y Constitución: Extranjeros e inmigrantes en la Constitución española de 1978</i>	99
MARÍA CONCEPCIÓN TORRES DÍAZ <i>El derecho de asilo en los casos de trata con fines de explotación sexual: análisis jurisprudencial desde una visión sensible al género</i>	113
ISABEL BERGANZA SETIÉN <i>Las personas venezolanas en Perú: entre la perspectiva de los derechos humanos y la seguridad</i>	165
JOSÉ KOEHLIN <i>Migración venezolana al Perú</i>	189
CARMEN PÉREZ GONZÁLEZ <i>Migraciones y Constitución española</i>	211

Discurso

- GABRIEL GUALANO DE GODOY
*Premio Regional de Sentencias sobre Acceso a la Justicia para Personas
Migrantes y Refugiadas en las Américas.....* 233

Entrevista

- JAVIER ADRIÁN
Entrevista al profesor Manuel Atienza..... 241

Miscelánea

- CLAUDIO NASH ROJAS
*La violencia sexual contra las mujeres ante la Corte Interamericana
de Derechos Humanos. El largo camino desde la invisibilización a
una protección integral.....* 269

- MARTHA CECILIA PAZ
*Propuesta para una nueva jurisprudencia. Colombia frente al caso
Artavia.....* 305

- CARMEN MONTESINOS PADILLA
*Estabilidad presupuestaria, déficit público y medidas anti crisis.
El impacto de la política económica europea en la doctrina del
Tribunal Constitucional español en materia de derechos sociales.....* 335

- JOSÉ VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE
Algunos sentidos de derrotabilidad..... 365

- LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ
*Rol del Tribunal Constitucional peruano
en materia laboral y previsional.....* 393

Jurisprudencia comentada

- OMAR CAIRO ROLDÁN
*La cuestión de confianza y el Tribunal Constitucional.
Comentario a la STC 0006-2018-PI/TC.....* 421

- NADIA IRIARTE PAMO
*Derechos de los migrantes.
Comentario a la STC 02744-2015-PA/TC.....* 431

MARÍA CANDELARIA QUISPE PONCE
La violencia contra las mujeres. Un problema de relevancia constitucional.
Comentario a la STC 05121-2015-PA/TC..... 443

SUSANA TÁVARA ESPINOSA
El criterio jurisprudencial en materia de intereses moratorios en la
jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
Comentario a la STC 04532-2013-PA/TC..... 453

Reseñas

NATALINA STAMILE
La letra de la ley. Historia de las constituciones del Perú..... 461

MARÍA CANDELARIA QUISPE PONCE
Jurisprudencia relevante del Tribunal de Garantías Constitucionales..... 467

CAMILO SUÁREZ LÓPEZ DE CASTILLA
El hábeas corpus en la actualidad. Posibilidades y límites..... 473

DISCURSO

Premio Regional de Sentencias sobre Acceso a la Justicia para personas migrantes y refugiadas en las Américas

A continuación transcribimos el discurso pronunciado por el doctor Gabriel Gualano Godoy, el 19 de enero del 2018, en calidad de jefe de la Unidad de Protección de la Oficina de Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur) en México, con ocasión de la entrega del «Premio Regional de Sentencias de Acceso a la Justicia de Personas Migrantes o Sujetas de Protección Internacional», cuyo primer puesto fue otorgado al Tribunal Constitucional del Perú, por la sentencia recaída en el Expediente N.º 02744-2015-PA/TC. La premiación fue organizada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados; la Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia, A.C.; la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Sin Fronteras, I.A.P.; la Alianza para las Migraciones en Centroamérica y México; y la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos¹.

233

«Suprema Corte de la Nación, Ciudad de México
Dra. Leticia Bonifaz Alfonso, Directora General de Estudios,
Promoción y Desarrollo de los Derechos Humanos de la Suprema
Corte de Justicia de la Nación,
Honorable Magistrada Zulema Mosri Gutiérrez del Tribunal Federal
de Justicia Administrativa,
Dr. Álvaro Botero, Relator sobre los Derechos de los Migrantes de la
Comisión Interamericana de los Derechos Humanos,
Maestro Alan García, en representación de la Oficina en México

¹ Información detallada sobre el premio «Premio Regional de Sentencias de Acceso a la Justicia de Personas Migrantes o Sujetas de Protección Internacional». Disponible en: < <https://goo.gl/wUo4Wx>>.

del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos,
Maestra Nancy Pérez, Directora de Sin Fronteras,
Embajador Julio Garro Gálvez, de Perú, autoridades diplomáticas,
Señoras y señores, es un honor estar con ustedes.

Me aúno a los saludos iniciales a las autoridades presentes, así como al reconocimiento ya expresados en la inauguración por nuestro Representante Mark Manly en nombre del Acnur.

La sentencia recaída en el Expediente N.º 2744-2015-PA/TC, emitida por el Pleno del Tribunal Constitucional del Perú, pronunciada el 8 de noviembre de 2016, ofrece respuestas a problemas comunes en tiempos de globalización, como el desafío del acceso a la justicia por parte de trabajadores migrantes indocumentados y los deberes de los tres poderes de una República en función a los compromisos asumidos en materia constitucional y de derechos humanos, especialmente en relación a la protección a la niñez y los deberes de las autoridades migratorias de la administración pública.

234

Hay en el texto de la sentencia una interesante referencia al trabajo del jurista Ronald Dworkin y su conocida idea de la novela en cadena. Quisiera aprovechar ese acercamiento entre Derecho y Literatura para ofrecer una interpretación sobre el significado de la sentencia ganadora y su propuesta de un «Nuevo uso de la Constitución» como algo que permite romper con una secuencia de injusticias, como las descritas en las conocidas novelas de Mario Vargas Llosa.

Ese gesto de ruptura y cambio, en una temporalidad de urgencia, quizás sea exactamente lo que buscaban plasmar los artistas mexicanos José Clemente Orozco² y Rafael Cauduro, responsables por los murales que ilustran el recinto de la Suprema Corte de la Nación en México.

² José Clemente Orozco pintó en la Suprema Corte de Justicia de la Nación (1941) la obra «Las riquezas nacionales», que consta de cuatro tableros y engloba tres temas centrales. En dos tableros se refiere a la justicia y critica y satiriza su práctica, llena de errores e injusticias. El otro tema que aborda está referido a las riquezas nacionales; los productos de la tierra; y el último tema se refiere a los movimientos sociales obreros.

Franz Kafka describe un contexto que no parece lejano al caso y la paradoja vivida por más de 65 millones de desplazados en todo el mundo

Ante la ley hay un guardián. Un campesino se presenta frente a este guardián, y solicita que le permita entrar en la Ley. Pero el guardián contesta que por ahora no puede dejarlo entrar. El hombre reflexiona y pregunta si más tarde lo dejarán entrar. Tal vez –dice el centinela– pero no por ahora³.

La metáfora kafkiana es muy cercana a lo que escuchamos en nuestras labores humanitarias de los migrantes y refugiados cuando hablan del Derecho y de sus experiencias de «no tener derecho a los derechos».

La historia de los desplazados, como la historia de un padre brasilero, migrante irregular en Perú, en riesgo de ser deportado y separado de su familia, incluso de su hija de 8 años, refleja cómo hoy el malestar en la cultura está íntimamente vinculado al malestar de la hospitalidad. Del radical de la misma palabra derivan dos sentidos opuestos, tanto *hostis*, hostilidad, cuanto *hospes*, hospitalidad. Solamente la tarea hermenéutica crítica puede presentar el sentido oculto por detrás de la palabra y la ambigua realidad de los migrantes y refugiados ante la ley hoy.

235

La pregunta concreta es: ¿qué quieren los Estados: proteger migrantes y refugiados o protegerse de los migrantes y refugiados? Quizás la respuesta de los jueces y la jueza constitucional de Perú a esa pregunta sea una manera clara de medir el nivel de respeto de un Estado a los derechos humanos de las personas forzosamente desplazadas que viven en su territorio y un llamado a juristas de las Américas.

El Pleno del Tribunal Constitucional de Perú es un excelente ejemplo de nuestro continente sobre como, mas allá de la nacionalidad y del estatus migratorio, la igualdad, el proceso justo y el interés superior de la niña son principios fundamentales aplicables al punto de cambiar la historia de una familia extranjera y, ahora también, a punto de marcar la historia del derecho constitucional en Latinoamérica.

³ Franz KAFKA, *Ante la Ley*. Disponible en: < <https://goo.gl/dMW6HU> >.

A su manera, la respuesta del Tribunal Constitucional a una situación kafkiana fue considerar que «la frontera» no puede ser el elemento no democrático de una democracia. Y que es posible una nueva política internacional basada en la hospitalidad. En ese sentido, los instrumentos internacionales invocados en la sentencia del órgano colegiado constitucional fueron muchos.

Al respecto caben destacar la resolución sobre protección de los migrantes A/RES/54/166, de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de febrero de 2000⁴; la Opinión Consultiva 18/03, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, de fecha 17 de septiembre de 2003⁵; la decisión de la CIDH en el caso «Familia Pacheco Tineo»; la Convención sobre los Derechos del Niño y la Opinión Consultiva 21/14 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

236

La emblemática sentencia que tengo el honor de presentar en este honorable recinto demuestra el verdadero compromiso con la protección efectiva de derechos fundamentales de personas en situación de movilidad y vulnerabilidad. Es digno de aplaudir que este fallo, seleccionado de entre 31 participantes, visibiliza la importancia del acceso a la justicia sin discriminación.

Particularmente, sostiene argumentos de derechos humanos tales como que cualquier decisión de separación de un niño de sus padres o familia, por motivos vinculados con la condición migratoria de los mismos, deberá ser excepcional, de carácter temporal y estar justificada siempre en el Interés Superior del Niño.

Asimismo, buscó dotar de efecto expansivo general a la sentencia, al advertir que no existía una norma reglamentaria sobre un procedimiento específico que confiriera garantías previas formales al migrante en situación irregular frente a la eventual imposición de una sanción administrativa en su contra. La sentencia atiende de fondo la problemática planteada y

⁴ Disponible en: <<https://goo.gl/dFcnPS>>.

⁵ Disponible en: <<https://goo.gl/FsUZar>>.

consigue precisar el potencial impacto negativo para personas en situaciones similares, poniendo luz en un «estado de cosas inconstitucional».

La sentencia ganadora requiere expresamente a los poderes Ejecutivo y Legislativo la expedición de un proyecto normativo, evidenciando, con dicha instrucción, el impacto progresista que genera la justicia constitucional en los demás poderes. Concretamente, dentro del Poder Judicial, sienta un precedente único marcando la línea de responsabilidad y elevando el estándar de análisis y calidad en sus resoluciones.

Asimismo, reconoce la facultad del Estado de regular políticas migratorias dentro de su propia jurisdicción, sin embargo, en este ejercicio el Tribunal establece un planteamiento muy importante sobre el principio de no discriminación e igualdad de toda persona, con total independencia de su estatus migratorio.

En todo sentido, con esta sentencia prevalece la necesidad de la reparación integral de la esfera jurídica del agraviado y busca evitar, mediante la propuesta de creación de un marco normativo novedoso, que casos como este se repitan y más personas se encuentren en riesgo de ser expulsados de un país y verse separados de sus familias, imperando en todo momento la observancia de la protección a los migrantes y del debido proceso.

Hay un potencial emancipatorio que el uso del Derecho puede tener en la vida de las personas, concretamente, en la vida de migrantes y refugiados. Cuando esa apertura viene de una actuación de una Corte Constitucional eso puede significar una respuesta de protección no solamente a los ciudadanos, sino también a los no ciudadanos y, en consecuencia, sus efectos informan a todas las demás instancias, convirtiéndose en un modelo para los demás sistemas de justicia de América Latina.

Del país originario de la víctima, una poeta migrante llamada Helena Kolody dijo, «Al Pintar estrellas en la pared, tuvo el cielo al alcance de las manos». Con la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional Peruano, los Ministros Miranda Canales, Urviola Hani, Blume Fortini, Ramos Núñez, Espinosa-Saldaña Barrera, han pintado una nueva forma de ver el derecho de una familia migrante ante la ley. El deseo y coraje

de esa familia, sumado al compromiso y sensibilidad de estos jueces constitucionales permiten que hoy un padre y su hija puedan experimentar el acceso a la Justicia como algo al alcance de sus manos.

¡Bravo!».