



Tratamiento de las personas extranjeras en el Perú. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo



Tratamiento de las personas extranjeras en el Perú. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo

Defensoría del Pueblo
Jr. Ucayali N° 388
Lima 1, Perú
Teléfono: (511) 311-0300
Fax: (511) 426-7889
Twitter: @ladepe
E-mail: defensor@defensoria.gob.pe
Web: www.defensoria.gob.pe
Línea gratuita: 0800-15170

Primera edición: Lima, Perú, marzo de 2015
500 ejemplares
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2015-03524

El presente informe ha sido elaborado por un equipo dirigido por Gisella Vignolo Huamaní, Adjunta para los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad, e integrado por Sonia Cavalié Apac, Percy Castillo Torres y Julio Mancilla Crespo. Colaboraron el comisionado Carlos Fernández Millán y la voluntaria Kristina Catrin Naumann.

La Defensoría del Pueblo agradece el apoyo de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) que hizo posible esta publicación.

ÍNDICE

PRÓLOGO	9
PRESENTACIÓN	11
CAPÍTULO 1	
CASOS DE AFECTACIÓN A LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS CONOCIDOS POR LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO	15
1. Casos ilustrativos sobre afectaciones conocidos por la Defensoría del Pueblo	16
1.1. Negligencia de la autoridad migratoria en el cumplimiento de sus funciones	16
1.2. Inadecuada interpretación de la normativa vigente	17
1.3. Afectación de derechos debido a vacíos normativos	18
1.4. Omisión en el registro de movimiento migratorio	19
1.5. Exigencia de requisitos no previstos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos de Migraciones	20
1.6. Solicitud de requisitos que obran en poder de Migraciones	21
1.7. Indevida aplicación de la potestad sancionadora y vulneración de la unidad familiar	21
1.8. Incumplimiento de sentencias	22
1.9. Inadecuada interpretación de la Ley de Nacionalidad	23
1.10. Deficiencias de coordinación interinstitucional	24
1.11. Dilación en los trámites	24
1.12. Negativa de inscribir en el Registro Central de Extranjería a ciudadanos beneficiados con la Ley N° 30103	25
1.13. Negativa a la recepción de solicitudes	25
2. Datos estadísticos sobre las quejas atendidas	24
CAPÍTULO 2	
MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL Y NACIONAL EN MATERIA MIGRATORIA	33
1. Marco jurídico internacional	33
1.1. La protección de las personas migrantes en el ordenamiento jurídico internacional en general	33
1.2. Instrumentos internacionales de derechos humanos de aplicación específica para las personas migrantes.	35

1.3.	Derecho comunitario	37
1.4.	Acuerdos bilaterales del Perú	39
1.5.	Principales obligaciones internacionales de los Estados	40
2.	Marco jurídico nacional	43
2.1.	Etapas del procesomigratorio en el marco normativo	44
2.1.1.	Antes y durante el ingreso al país	45
2.1.2.	Durante el período de permanencia o residencia	51
2.1.3.	Salida del país	58
3.	De la Superintendencia Nacional de Migraciones	59
3.1.	Situación de la política migratoria interna	65

CAPÍTULO 3

TRATAMIENTO JURÍDICO DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS

1.	Deficiencias en la actual regulación normativa	73
1.1.	Vulneraciones a la igualdad y no discriminación	74
1.2.	Afectación de derechos y principios en el marco de la potestad sancionatoria	76
1.3.	Limitaciones para la regularización	90
1.4.	Algunos aspectos no contemplados en la legislación migratoria	94
2.	Inobservancia o inadecuada aplicación de marco normativo	97
2.1.	Inobservancia de la Ley N° 27444 respecto a requisitos exigidos para trámites administrativos	97
2.2.	Inadecuada interpretación de la Ley de Nacionalidad en los trámites para Obtener la nacionalidad por opción	103
2.3.	Prohibiciones no estipuladas en la Ley de Extranjería: diferencias de trato entre los/las dependientes de ciudadanos/as extranjeros/as de los nacionales	104
2.4.	Aplicación inadecuada de preceptos constitucionales y administrativos	105
2.5.	Desconocimiento de los efectos jurídicos del matrimonio civil	107
2.6.	Infracción al deber de motivación de resoluciones administrativas	109
3.	Deficiencias de coordinación interinstitucional	110

4.	Error en el control migratorio	112
5.	Dilación en el cumplimiento de plazos	112
6.	Incumplimiento de resoluciones judiciales	114
7.	Inobservancia de las normas y principios internacionales sobre atención a niños, niñas y adolescentes	118
8.	Trabajadores migrantes: algunas reflexiones	122
 CONCLUSIONES		 127
RECOMENDACIONES		135
ANEXOS		139

PRÓLOGO

La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) está consagrada al principio de que la migración en forma ordenada y en condiciones humanas beneficia a las personas migrantes y a la sociedad, por ello, promovemos a nivel global un trato digno para esta población y sus familias con la firme convicción de que el diálogo entre los distintos actores involucrados contribuye significativamente a combatir imaginarios cargados de xenofobia y discriminación contra las personas migrantes. Las evidencias vienen demostrando alrededor del mundo, que una migración bien gobernada favorece tanto a los países de destino como a los de origen; en ese sentido, resulta insoslayable reconocer el aporte de los/las migrantes a los procesos de intercambio sociocultural y económico en este mundo globalizado.

Recientemente la migración internacional ha devenido en uno de los fenómenos más recurrentes en la sociedad peruana; alrededor de 3 millones de peruanos radican en el exterior constituyendo el 10% de la población total del Perú. Asimismo, más de 100 mil extranjeros/as residen actualmente en el país. Ante éste último escenario, se plantean diversos retos para las políticas públicas encaminadas a fortalecer el esfuerzo del Estado y facilitar el avance hacia el diseño de una política migratoria integral que se convierta en un instrumento para el desarrollo del país y el bienestar de los/las [in]migrantes.

En el país, la OIM destaca los avances del Estado y sus esfuerzos de articulación para la implementación de una política migratoria, sin embargo, el incremento y complejidad de los flujos migratorios y la antigüedad de algunas normas que se encuentran incluso fuera de los contextos y necesidades actuales, exigen mayores retos al marco normativo e institucional. Así, resulta necesario el redoblar y apoyar el fortalecimiento de acciones del Estado para garantizar una gobernanza migratoria eficaz e inclusiva, que tenga como centro a las personas migrantes, atendiendo sus condiciones y necesidades particulares.

La configuración de lo que se ha denominado en tiempos actuales como “familia transnacional” exige un marco regulatorio en el ámbito de la migración que promueva la protección a la unidad familiar y los derechos de los y las migrantes, en especial de los niños/niñas y adolescentes. El fenómeno migratorio, como proceso consustancial de un mundo global merece una mirada multidimensional y amplia desde la sociedad, los Estados y las distintas organizaciones involucradas en el quehacer de la defensa de los derechos humanos.

Para la OIM, es particularmente grato saludar el presente informe elaborado por la Defensoría del Pueblo referido al *“Tratamiento de las personas extranjeras en el Perú. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo”*. Tal informe recoge

información valiosa de utilidad para los gestores públicos encargados directa e indirectamente de la implementación de políticas en el ámbito migratorio. Estamos seguros que estudios y análisis rigurosos que permitan la comprensión de las cuestiones migratorias contribuirán a fortalecer los esfuerzos del Estado a fin de garantizar la dignidad y el respeto de las personas migrantes y sus familias, como de los compromisos internacionales asumidos por el Perú.

José Iván Dávalos

Jefe de Misión de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM)

Misión en el Perú

PRESENTACIÓN

La migración importa desafíos para los Estados, pero también permite desterrar estereotipos y derribar barreras que separan a los seres humanos en razón de su nacionalidad. La complejidad y los múltiples factores que encierra (económicos, sociales, históricos, demográficos, entre otros), requiere de una profunda reflexión sobre la necesidad de entender que su atención demanda un enfoque multidisciplinario, que supere las políticas unilaterales de seguridad, a fin de promover y reconocer las contribuciones positivas al desarrollo de los países de destino.

Factores como la globalización, situaciones de crisis económicas o humanitarias, el cambio climático, así como las expectativas de nuevas y mejores condiciones de vida, indiscutiblemente seguirán propiciando la movilidad internacional de millones de personas en el mundo, ante lo cual no existirá norma, muro o barrera que impida que ello se siga dando.

Esta realidad obliga a los Estados a prepararse adecuadamente para evitar una respuesta coyuntural, mirada por lo general desde una sola perspectiva, que limita las posibilidades de establecer políticas públicas sostenibles que garanticen una migración ordenada y segura.

Es innegable desconocer que los flujos intensos de migración pueden implicar riesgos para la seguridad nacional. Pero ese desafío debe comprometer a mejorar las políticas internas y de control migratorio, lo que no significa de manera alguna desconocer o restringir derechos, tendencia que se ha ido revertiendo en la región, precisamente, en la búsqueda de políticas que atiendan el tema migratorio de manera integral, multidisciplinaria y desde todos sus ángulos.

Cabe recordar que la soberanía de los Estados permite controlar la entrada y residencia en su territorio de los no nacionales. Dicha potestad debe ser ejercida con observancia de los límites que implica el respeto a los derechos fundamentales de las personas. Esos parámetros se encuentran definidos en los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, entre otros, que buscan garantizar el principio de igualdad y no discriminación de todas las personas.

En el camino hacia esa necesaria reflexión, nuestro país no puede estar ajeno. Tenemos cerca de tres millones de peruanos en el exterior, muchos de los cuales salieron, principalmente, entre 1980 y 1992, escapando de una situación difícil que los obligó a asentarse en otros lugares. Además, existe una inmigración que va en aumento en los últimos años. En el 2014, según información de la Superintendencia Nacional de Migraciones, 21,170 personas extranjeras han prorrogado su permanencia en el Perú. De ellos, 5,881 tienen la calidad de trabajador o trabajadora. En el 2010, el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) daba cuenta que 63,316 personas extranjeras se encontraban residiendo en nuestro país.

El Estado viene desplegando esfuerzos para atender de manera ordenada este fenómeno, a través de la Mesa de Trabajo Intersectorial para la Gestión Migratoria, que preside el Ministerio de Relaciones Exteriores y que integran 21 entidades (ministerios y organismos públicos), así como la Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso de la República, el Parlamento Andino y la Defensoría del Pueblo, en calidad de observadores. En esta labor se ha priorizado la situación de nuestros/as connacionales ante sus constantes demandas que exigen una mayor articulación y presupuestos frente a sus necesidades.

Empero, en lo que se refiere a la política de inmigración, si bien resulta importante contar con una Superintendencia Nacional de Migraciones, aún no se ha constituido el Consejo Directivo que dispone su norma de creación. Asimismo, se mantiene un marco normativo desactualizado, sustentado en una Ley de Extranjería que data de hace 23 años y que no ha sido reglamentada. Junto con ello, enfrentamos otro reto importante, comprender que esta temática no corresponde a una sola entidad y que también requiere una mirada integral y multisectorial.

El Informe de Adjuntía N° 009-2014-DP/ADHPD, tiene como objetivo —a partir del análisis de la Ley de Extranjería y de los casos conocidos por nuestra institución— generar una rigurosa y serena reflexión sobre la necesidad de contar con una política migratoria interna que responda correctamente a estos nuevos desafíos.

Los problemas en el tratamiento de los inmigrantes no solo responden a deficiencias normativas sino también al desconocimiento de los estándares mínimos que exigen los tratados internacionales suscritos por el Perú, así como la observancia irrestricta de los principios de legalidad, razonabilidad, proporcionalidad y coherencia que debe orientar toda actuación del Estado.

En el primer capítulo, se presentan algunos casos ilustrativos que muestran las deficiencias advertidas, así como datos estadísticos, cuyo universo solo pretende caracterizar los problemas que se presentan de manera global. Ello porque, como resulta comprensible, no todas las personas formalizan sus pedidos ante el temor del rechazo en un país distinto al suyo. Esta situación la hemos observado con nuestros propios connacionales, razón por la cual, en el Informe Defensorial N° 146 exhortamos una mejor atención hacia esta población.

En el segundo capítulo, se desarrolla el marco normativo internacional que establecen los estándares mínimos que sirven de parámetros a nuestra legislación. El capítulo tercero analiza las deficiencias advertidas en el tratamiento a las personas inmigrantes por parte de la Superintendencia Nacional de Migraciones, derivados en algunos casos por los vacíos e incoherencias de la propia norma, como en una aplicación indebida que afecta gravemente derechos fundamentales. Así, en el documento se formula un conjunto de recomendaciones destinadas a mejorar la legislación migratoria y a garantizar los derechos de las personas inmigrantes.

Esperamos que este documento aporte en la urgente reforma integral que debe impulsar el Estado en esta temática. Esta necesidad ha sido reconocida por todas las autoridades concernidas, debiéndose promover el reconocimiento de la persona migrante como un ser humano capaz de aportar en el desarrollo de un país, como lo vienen haciendo también muchos de nuestros/as compatriotas, cuyas historias de vida demuestran su fortaleza y perseverancia para lograr un mejor futuro.

No quisiera finalizar estas líneas sin agradecer a los/las funcionarios/as de distintos sectores del Estado, miembros de organizaciones internacionales y de la sociedad civil así como a destacados especialistas y profesionales que participaron en la mesa de trabajo llevada a cabo el 5 de diciembre de 2014, aportando con su experiencia en los contenidos de este documento.

Lima, diciembre de 2014.

Eduardo Vega Luna
Defensor del Pueblo (e)

CAPÍTULO 1

CASOS DE AFECTACIÓN A LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS CONOCIDOS POR LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

En los últimos años hemos podido advertir un mayor movimiento de personas extranjeras en nuestro país. Entre enero y diciembre de 2013, se registró un total de 7'740,084 movimientos migratorios de ciudadanos/as extranjeros/as, de los cuales 3'890,207 corresponden a ingresos y 3'849,877 a salidas. Las cifras mencionadas evidencian un incremento de 10.98% de entradas y 11.97% de salidas, respecto del año 2012.¹

Las personas extranjeras que ingresaron son nacionales de Chile (41.59%), Estados Unidos de Norteamérica (10,68%), Ecuador (5.81%), Colombia (4,11%), Venezuela (3.99%), Argentina (3.95%) y Brasil (3.85%), entre otros (26.01%); siendo los varones (53%) los que registran un porcentaje ligeramente mayor al de las mujeres (47%).

Con relación de las personas extranjeras residentes en el país, la Superintendencia Nacional de Migraciones (en adelante Migraciones)² refiere que en el período comprendido entre el 1° de enero al 18 de noviembre de 2014, un total de 21,170 extranjeros tienen aprobada su prórroga en el país, la mayoría proviene de Colombia (3,252), España (2,264), Estados Unidos de Norteamérica (2,045), Chile (1,227) y Brasil (1,119); tienen como calidad migratoria –principalmente– la de Familiar de residente (9,522), Trabajador (5,881) y Religioso (2,783).

Esta información demuestra la necesidad de enfrentar adecuadamente los desafíos que conlleva la migración internacional, en particular, respecto a los derechos y obligaciones asumidas por el Estado frente a los inmigrantes, dada su situación de vulnerabilidad reconocida en tratados internacionales y normas nacionales.

A continuación presentaremos diversos casos atendidos por nuestra entidad, que grafican la necesidad de impulsar una reforma integral de la política migratoria interna.

1 Superintendencia Nacional de Migraciones. Boletín Anual de Estadísticas Migratorias 2013. Disponible en: www.migraciones.gob.pe

2 Oficio N° 985-2014-MIGRACIONES-TICE, de fecha 18 de noviembre de 2014, remitido por la Señora Soledad Canaza Espejo, Directora General de Tecnologías de Información, Comunicaciones y Estadística de la Superintendencia Nacional de Migraciones.

1. Casos ilustrativos sobre afectaciones conocidos por la Defensoría del Pueblo³

La Defensoría del Pueblo, en los últimos años, con énfasis en el período 2012-2014, ha venido atendiendo diversos casos presentados por personas extranjeras y nacionales, por la presunta afectación a sus derechos por parte de las autoridades de Migraciones, en la atención de alguna solicitud o trámite.

Como se analizará más adelante, la Ley de Extranjería, Decreto Legislativo N° 703, una de las principales normas que regula el ingreso, control, salida y reingreso de las personas extranjeras como el movimiento de los nacionales, no cuenta con un reglamento desde su vigencia, hace cerca de 23 años; razón por la cual, muchos aspectos de la misma son abordados a través de directivas internas o, su interpretación queda a criterio de los/las funcionarios/as que atienden los pedidos que se presentan en dicha entidad.

En esa medida, se vienen presentando situaciones que muestran la necesidad de un cambio normativo, así como la mejora en la atención de los servicios que se brindan en Migraciones. En este último aspecto, dicha institución viene haciendo esfuerzos por disminuir los plazos en la tramitación de las solicitudes, agilizar la expedición de pasaportes, entre otros, aunque se requiere que estos procesos se acompañen de una capacitación permanente a su personal para que se asegure una mejor información y orientación a los/las usuarios/as; como decisiones acordes con los estándares mínimos establecidos en instrumentos internacionales ratificados por el Perú.

1.1. Negligencia de la autoridad migratoria en el cumplimiento de sus funciones (Expediente N° 4641-2014/DP-LIMA)

El 21 de febrero de 2014, la ciudadana cubana A.V.G. nos informó que Migraciones le negó el cambio de su calidad migratoria de Turista a Familiar de Residente por un error generado por la propia entidad.

La citada ciudadana señaló haber ingresado a nuestro país con una visa de Turista expedida por el Consulado peruano en Cuba, que le otorgó un plazo de permanencia de 60 días. No obstante, a su entrada al país (15 de agosto de 2013), el personal del control migratorio del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez consignó en su pasaporte y en su Tarjeta Andina de Migraciones

³ Cabe señalar que algunos de estos casos han sido conocidos por el Despacho del Parlamentario Andino Alberto Adrianzén. Véase anexo N° 16.

(TAM), el plazo de 90 días. Al consultar por la ampliación del plazo otorgado para su estadía, la autoridad migratoria le indicó que era una potestad de su entidad determinar el tiempo de permanencia.

El 30 de septiembre de 2013, la señora A.V.G. contrajo matrimonio con un ciudadano peruano, a quien conoció tiempo atrás y, dentro de los 90 días concedidos por Migraciones, inició el procedimiento de cambio de calidad migratoria, solicitud que le fue denegada señalándose que su pedido había sido formulado fuera del plazo otorgado. Es decir, se le consideró como estadía válida 60 días (plazo que aparece en su visa) y no los 90 días que se le consignó en su pasaporte y Tarjeta Andina de Migraciones.

En una reunión sostenida con la Subgerente de Inmigración y Nacionalización, dicha autoridad reconoció el error del personal de Migraciones y pidió las disculpas del caso. No obstante, señaló que no podían modificar la resolución que le denegó su solicitud, debiendo la ciudadana apelar la decisión.

En una comunicación dirigida a Migraciones, se le reiteró que el error había sido generado por la propia administración, el mismo que irrogaba a la ciudadana cubana un perjuicio económico así como la separación de su cónyuge peruano, solicitándoles que reevaluaran su decisión, atendiendo a las circunstancias en que sucedieron los hechos.

Pese a los argumentos expuestos y las evidencias del error cometido por los/las funcionarios/as de Migraciones, se le rechazó su pedido, viéndose en la imperiosa necesidad de salir del país.⁴

1.2. Inadecuada interpretación de la normativa vigente (Expediente N° 17510-2014/DP-LIMA)

El 20 de julio de 2014, la ciudadana colombiana I.A.G. se acercó a nuestra entidad señalando que pese a cumplir con los requisitos que se le exigen todos los años para su trámite de prórroga de residencia, en esta oportunidad, Migraciones le solicitó desistirse del trámite, sin brindarle una explicación adecuada.

La citada ciudadana indicó haber ingresado al país como Turista en mayo del 2004 y posteriormente obtuvo la condición migratoria de Familiar de

⁴ El 18 de julio de 2014, la ciudadana cubana A.V.G. se marchó del país debiendo su esposo tramitar ante Migraciones una visa de Familiar de Residente. Tres meses después, la afectada regresó al Perú al haber sido aceptado el pedido presentado por su esposo.

Residente, por haber contraído matrimonio con un ciudadano peruano, con quien estuvo casada durante tres años, habiéndose divorciado en el 2007.

En febrero de 2008, contrajo matrimonio con otro ciudadano peruano, cumpliendo con informar a la autoridad migratoria al momento de actualizar sus datos personales en el Registro Central de Extranjería. Luego de ello, continuó prorrogando sin problemas su condición de residente durante seis años hasta que en el 2014 le negaron su solicitud.

- Mediante resolución de la Gerencia de Servicios Migratorios emitida el 11 de agosto de 2014, el pedido de la recurrente fue rechazado, argumentándose que no había acreditado la continuidad del vínculo familiar, el mismo que –ahora lo consideran extinguido– al haberse disuelto su primer matrimonio. Le informaron que si bien había contraído nuevas nupcias con otro ciudadano peruano, esta situación no constituía motivo para prorrogar su residencia, sustentándose en la supuesta “falta de continuidad del vínculo familiar” que se desprendería del Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de Migraciones.

Es importante señalar que la resolución de Migraciones que interpreta erróneamente el TUPA –pues éste no exige que una persona se mantenga casada con la misma pareja para renovar su calidad migratoria– afecta seriamente el derecho a la unidad familiar. Más aún cuando durante seis años se prorrogó la residencia de la señora I.A.G., sin ninguna dificultad y presentando los mismo documentos. Por ello, la citada ciudadana apeló la decisión de la autoridad migratoria. Ello ha conllevado que en la actualidad, la recurrente se encuentre en condición migratoria irregular, con lo que se afecta el ejercicio de sus derechos, pese a su conocido arraigo⁵ y de haber cumplido con las exigencias de la normativa peruana. El caso continua en trámite.

1.3. Afectación de derechos debido a vacíos normativos (Expediente N° 19805-2014/DP-LIMA)

El 21 de agosto de 2014, se recibió el pedido del ciudadano español A.J.C., quien solicitó interceder ante Migraciones para que dicha entidad pueda exonerarlo de la presentación de la declaración jurada de su cónyuge, a fin de tramitar la prórroga de su residencia.

⁵ La señora I.A.G. es la directora de un reconocido Festival Internacional de Cine. Véase: <http://www.limagris.com/ines-agresott-sufre-el-maltrato-de-migraciones-en-peru/>.

El mencionado ciudadano vive en el Perú desde el año 2007 con la calidad migratoria de Familiar de Residente, al estar casado con una ciudadana peruana quien tiene tres hijos peruanos menores de edad, que fueron adoptados por el recurrente. El señor A.J.C. señala que desde el año 2013, se han presentado problemas de violencia familiar con su esposa, motivo por el cual la denunció ante la justicia, habiendo obtenido medidas de protección a su favor y para sus hijos. Esta situación ocasionó que su pareja se niegue a facilitar el mencionado documento, lo que implicaría que no pueda prorrogar su permanencia en el país.

Considerando que el TUPA de Migraciones exige la presentación de la “Declaración Jurada de quien solicitó la visa de residencia”, como uno de los requisitos para solicitar la prórroga, la cual era imposible de ser obtenida, en una comunicación dirigida a Migraciones se le exhortó que en atención a la situación del recurrente se evalúe la posibilidad de exonerarlo de dicho documento.

En la comunicación se puso en evidencia que la presentación de la declaración jurada estaba orientada a probar su vínculo familiar y residencia en el Perú, aspectos que se encuentran acreditados con la partida de matrimonio y las partidas de nacimiento de sus hijos, tiempo de permanencia en el país, entre otros. El caso continúa en trámite.

1.4. Omisión en el registro de movimiento migratorio (Expediente N° 1640-2013/DP-LIMA)

El 7 de agosto de 2013, el ciudadano peruano L.A.D. solicitó nuestra intervención a fin de que Migraciones permitiera a su esposa, de nacionalidad venezolana, realizar el cambio de calidad migratoria de Turista a Familiar de Residente.

El ciudadano refiere que retornó al país en febrero de 2008, procedente de Venezuela, ingresando por el Puesto de Control Fronterizo de Aguas Verdes (Tumbes), presentando ante las autoridades migratorias su Documento Nacional de Identidad (DNI). Posteriormente, el 3 de febrero de 2012, contrajo matrimonio civil con su pareja venezolana.

No obstante, cuando acudieron a Migraciones para realizar el cambio de calidad migratoria de su esposa, su solicitud fue observada porque él no registraba ingreso al país, pese a que cumplió con entregar su DNI al momento de hacer su control migratorio en el 2008. Por esta razón, la autoridad migratoria le indicó que viajara a la frontera para regularizar su situación.

Es así, que el 21 de febrero de 2013, el señor L.A.D., viajó a Tumbes y registró su ingreso, pero las autoridades migratorias volvieron a observar la documentación de su esposa, señalándole que la fecha de su ingreso al Perú, era posterior a la fecha de su matrimonio civil, requiriéndole la presentación del boleto de viaje del año 2008, el mismo que –atendiendo al paso del tiempo– no tenía en su poder.

Luego de las recomendaciones efectuadas, la Gerencia de Servicios Migratorios aceptó reevaluar el pedido, solicitando que el ciudadano presentara documentos fedateados que sustentaran su permanencia en el país, así como una declaración jurada legalizada precisando la fecha de retorno en el 2008. En todo momento se desconoció su partida de matrimonio civil celebrado válidamente.

1.5. Exigencia de requisitos no previstos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos de Migraciones (Expediente N° 22040-2017/DP-LIMA)

En marzo de 2014, la ciudadana de nacionalidad estadounidense M.E.D. solicitó nuestra intervención debido a que Migraciones le informó que no podía tramitar su cambio de calidad migratoria de Familiar de Residente a Inmigrante, alegando que no cumplía con ostentar un excelente record migratorio.⁶

La recurrente manifestó que residía en el país desde hacía siete años y que siempre había cumplido con sus trámites migratorios en los plazos establecidos, a excepción del año 2013, cuando por el cambio de TUPA tomó conocimiento que debía entregar las partidas originales de matrimonio y de sus hijos, lo que le impidió hacerlo en el plazo porque tenía que recabar la partida de nacimiento de uno de sus hijos en Suiza y la de su otro hijo así como su partida de matrimonio en dos ciudades distintas de Estados Unidos.

En comunicación dirigida a la Gerencia de Servicios Migratorios se argumentó que dicha exigencia carecía de sustento, pues la necesidad de contar con un excelente récord migratorio, si bien aparecía en el TUPA, no constituía un requisito de procedimiento establecido en ninguna norma. Además, se recordó que la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444,

6 Según el TUPA de Migraciones, ostentar un excelente record migratorio implica: *“haber efectuado la prórroga de residencia antes de la fecha de vencimiento, no haber incurrido en multas por exceso de permanencia, haber gestionado su carnet de extranjería dentro de los 30 días siguientes de su ingreso al país, haber cumplido compromisos asumidos, y no contraponerse con el D.L. N° 689 si fuera el caso”.*

señala que todo requisito contemplado en el TUPA debía contar con un respaldo legal expreso, lo que no ocurre en este caso.

1.6. Solicitud de requisitos que obran en poder de Migraciones (Expediente N° 11931-2014/DP-LIMA)

En mayo de 2014, se recibió la queja del ciudadano peruano J.C.L.C., apoderado de la niña Z.W., de nacionalidad china, quien señaló que Migraciones se negaba a admitir la partida de nacimiento de la menor expedida en el año 2010, para efectos del trámite de su prórroga de residencia, exigiéndole una partida de nacimiento original con una antigüedad no mayor a seis meses.

El recurrente expresó su malestar pues en el archivo central de Migraciones se cuenta con dicho documento que ha sido presentado en trámites anteriores.

En una comunicación dirigida a Migraciones se le reiteró que la autoridad migratoria no podía exigir documentos que se encontraban en su poder, en atención a trámites que los/las administrados/as han realizado en otras oportunidades, en concordancia con lo señalado en la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

Pese a las exhortaciones realizadas a Migraciones, se nos informó que ellos no podían hacer ninguna excepción, situación ante lo cual los abuelos de la menor tuvieron que tramitarle una nueva partida. Solo así, la afectada pudo conseguir la prórroga de su residencia.

1.7. Indevida aplicación de la potestad sancionadora y vulneración de la unidad familiar (Expediente N° 24168-2014/DP-LIMA)

La ciudadana M.M.A. de nacionalidad argentina señaló que ingresó al país el 15 de julio de 2001, en calidad de Turista en compañía de su conviviente peruano, quedándose desde esa fecha a residir en el país. Producto de su unión procreó un hijo, que cuenta actualmente con 16 años de edad. La señora M.M.A. se vio imposibilitada de regularizar su situación migratoria debido a que no contrajo matrimonio con su pareja y, en el año 2003 su unión se disolvió, asumiendo el cuidado de su hijo. Por este motivo, entabló un proceso de alimentos a su ex conviviente, quien la denunció ante las autoridades peruanas por encontrarse en situación migratoria irregular.

Es así, que con fecha 12 de mayo de 2014, se le notificó la resolución de salida obligatoria con impedimento de ingreso, sin considerar que tiene un hijo peruano y arraigo en el país, decisión contra la que interpuso un proceso de amparo y una medida cautelar ante el Quinto Juzgado Constitucional de Lima.

Considerando que la medida impuesta afecta el derecho a la unidad familiar y vulnera el principio de proporcionalidad de los actos administrativos, nuestra entidad presentó un *amicus curiae* ante el citado juzgado en salvaguarda de los derechos de la ciudadana y de su menor hijo, quien también tendría que abandonar el país pues se encuentra bajo el cuidado de su madre. Recientemente, la medida cautelar ha sido declarada fundada por el juzgado respectivo, ordenando la suspensión de los efectos de la resolución de salida obligatoria e impedimento de ingreso.⁷

Se debe resaltar que en este caso, la autoridad migratoria desconoció el “Acuerdo sobre residencia para nacionales de los estados partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile” y no le informó a la ciudadana argentina que tenía la posibilidad de regularizarse atendiendo a su situación personal, optando por el contrario, con instaurarle un proceso administrativo sancionador imponiéndole la medida más gravosa, como es la salida obligatoria con impedimento de ingreso al país. Actualmente, el caso se encuentra en trámite.

1.8. Incumplimiento de sentencias (Expediente N° 28574-2014/DP-LIMA)

En noviembre de 2013, la ciudadana hondureña L.H.S.E. solicitó la intervención de la Defensoría del Pueblo ante Migraciones debido a que dicha entidad había dispuesto su expulsión del país, sin posibilidad de retorno, pese a estar casada con un peruano.

La recurrente afirmó haber ingresado al país por Puesto de Control Fronterizo de Aguas Verdes (Tumbes) junto con su actual esposo en el año 2012, contrayendo matrimonio civil el 23 de abril del 2013. No obstante, cuando acudió a Migraciones para regularizar su situación migratoria, dicha autoridad le informó que no registraba ingreso al Perú, por lo que, le impusieron una sanción de expulsión con impedimento de ingreso.

Ante la denegatoria de la impugnación presentada por la recurrente esta tuvo que abandonar el país, razón por la cual su esposo presentó una demanda de hábeas corpus a su favor, acción que fue declarada fundada por el Segundo Juzgado Penal de Lima, que ordenó dejar sin efecto la resolución de expulsión e impedimento de ingreso, medida que se encuentra pendiente de cumplimiento.

⁷ Resolución N° 1 del 20 de octubre de 2014, emitida por el Quinto Juzgado Constitucional de Lima (Expediente N° 28542-2014-22-1801-JR-CI-05).

La Defensoría del Pueblo recomendó al Ministerio del Interior acatar de manera inmediata la sentencia en atención a lo previsto en el artículo 22º del Código Procesal Constitucional. Igualmente, recordó que la imposición del impedimento de ingreso al país no se encuentra expresamente prevista en la Ley de Extranjería, siendo más bien un criterio de interpretación adoptado por el ente administrativo. Hasta el cierre del presente informe la sentencia se encuentra pendiente de cumplimiento.

1.9. Inadecuada interpretación de la Ley de Nacionalidad

El 27 de marzo de 2014, la ciudadana española K.R.V, presentó ante Migraciones, su solicitud de inscripción en el Registro de hijo de peruano nacido en el extranjero, la misma que le fue denegada aduciendo que su padre no es peruano de nacimiento.⁸ El 12 de mayo, la citada ciudadana presentó un recurso de reconsideración que –hasta la fecha– no ha sido resuelta por Migraciones.

Sobre el particular, cabe recordar que las normas vigentes solo establecen como requisito para la nacionalización por opción, que el/la solicitante demuestre la filiación con sus progenitores, sin señalar que estos deban ser peruanos/as de nacimiento, según la Ley de Nacionalidad (Ley Nº 26574, artículo 4º inciso 3),⁹ concordado con su reglamento (aprobado por Decreto Supremo Nº 004- 97-IN).¹⁰

Además, debe tenerse presente que los requisitos previstos para la nacionalización por opción –solicitada a la recurrente– son distintos a los establecidos a la nacionalidad por nacimiento, donde sí se exige de forma textual que el padre o madre sea peruano de nacimiento.¹¹

8 La ciudadana K.R.V. es hija de una peruana. En su partida de nacimiento se consignó erróneamente su apellido materno, razón por la cual, debido a iniciar el procedimiento de Nacionalidad por opción, en base al vínculo con su padre nacionalizado peruano.

9 Ley de Nacionalidad. Artículo 4º.- “Pueden ejercer el derecho de opción para adquirir la nacionalidad: (...) 3. Las personas nacidas en el territorio extranjero, hijos de padre o madre peruanos, que a partir de su mayoría de edad, manifiestan su voluntad de serlo ante autoridad competente.

10 Decreto Supremo Nº 004- 97-IN, artículo 16, inciso c: “Pueden ejercer el derecho de opción para adquirir la nacionalidad peruana: (...)

c. Los hijos de padre o madre peruanos nacidos en el extranjero que al llegar a su mayoría de edad, manifieste su voluntad de ser peruanos ante la Dirección de Naturalización de la DIGEMIN-MININTER”.

11 Ley de Nacionalidad. Artículo 2º inciso 3. “Son peruanos por nacimiento: (...)

3. Las personas nacidas en territorio extranjero, hijos de padre o madre peruanos de nacimiento, que sean inscritos durante su minoría de edad en el respectivo Registro del Estado Civil, Sección Nacimientos, de la Oficina Consular del Perú. El derecho otorgado en el numeral 3 es reconocido sólo a los descendientes hasta la tercera generación”.

De otro lado, la resolución que deniega este pedido también desconoce los efectos jurídicos al título de nacionalidad otorgado por el Estado peruano al padre de la ciudadana K.R.V., atendiendo que la Ley N° 26574, les otorga los mismos derechos y deberes que a los/las peruanos/as de nacimiento, salvo mención expresa en la Constitución y leyes de la materia. Por esta razón, al no existir ninguna incompatibilidad con su pedido, se ha solicitado a Migraciones reevaluar esta solicitud, atendiendo a la voluntad expresada por la recurrente, quien además es hija de madre peruana y tiene arraigo en el país.

1.10. Deficiencias de coordinación interinstitucional (Expediente N° 20715-2014/DP-LIMA)

El 28 de agosto de 2014, las autoridades del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez impidieron el ingreso al país de la ciudadana china W.M.L., quien ostentaba una visa de Negocios y venía a reunirse con su menor hijo peruano. Esta decisión obedeció a que la ciudadana registraba una alerta de impedimento de ingreso en la base de datos de Migraciones, en aplicación de una sanción de expulsión impuesta en el año 2011, por ingreso clandestino al país.

El consulado del Perú en Shanghai, China desconocía dicha prohibición razón por la cual le otorgó la visa, más allá del tema de fondo, este caso muestra la necesidad de que Migraciones comparta con el Ministerio de Relaciones Exteriores información actualizada sobre la situación de las personas extranjeras, en lo que respecta a las sanciones de salida obligatoria e impedimento de ingreso al país.

1.11. Dilación en los trámites (Expediente N° 3450-2014/OD-LIMA)

El 7 de febrero de 2014, el ciudadano J.P.A., de nacionalidad cubana, solicitó nuestra intervención ante la demora en atender su solicitud de cambio de calidad migratoria –de Turista a Familiar de Residente–presentada en agosto de 2013.

El recurrente señaló estar casado con una ciudadana peruana y expresó su preocupación debido a que en el tiempo de espera de la decisión de la autoridad migratoria venció su visa de Turista, deviniendo en una situación de irregularidad.

Luego de las gestiones realizadas ante la Gerencia de Servicios Migratorios, mediante resolución de fecha 25 de febrero de 2014 se aprobó su pedido, es decir, luego de seis meses de iniciado el trámite.

1.12. Negativa de inscribir en el Registro Central de Extranjería a ciudadanos beneficiados con la Ley N° 30103¹²

La Ley N° 30103 estableció un procedimiento para regularizar la situación migratoria de los extranjeros que ingresaron al territorio nacional hasta el 31 de diciembre de 2011 de manera legal y cuyo plazo de permanencia se encontraba vencido. Para dicho efecto se otorgó una visa temporal o de residente bajo una determinada calidad migratoria.

La acotada norma tuvo una vigencia de 180 días calendario, plazo que a la fecha ya venció. En ese marco, muchas personas que ingresaron legalmente al país se acogieron a la norma, quedando pendiente su inscripción en el Registro Central de Extranjeros a cargo de Migraciones, trámite para el cual el reglamento de la norma concede un plazo de 30 días calendario.

El problema que se viene presentando es que dicho plazo opera desde la fecha de emisión de la resolución y no a partir de su notificación (artículo 16° de la Ley de Procedimiento Administrativo General). En esa medida, varios/as ciudadanos/as extranjeros/as tienen dificultades para acceder al citado carné porque al momento que toman conocimiento de la resolución, los plazos para Migraciones ya se encuentran vencidos o están próximos a vencer.

Como ejemplo, tenemos el caso del ciudadano cubano S.O.C.B¹³ quien solicitó el cambio de su calidad migratoria el 6 de mayo de 2014. Al no recibir información por correo electrónico, formato que utiliza Migraciones para notificarlo de otros procedimientos, acudió a la sede ubicada en el Cusco, el 9 de octubre de 2014, donde se le indicó que su pedido fue aprobado mediante Resolución de Gerencia N° 17237-2014-GSM, de 12 de septiembre de 2014.

Ante ello, luego de pagar las tasas correspondientes, retornó el 16 de octubre del 2014, indicándole la autoridad migratoria que el plazo para realizar el trámite de inscripción en el Registro de Extranjeros había vencido el 13 de octubre, precisándole que sólo tenía 30 días desde la emisión de la resolución. El caso ha sido puesto en conocimiento de Migraciones.

1.13. Negativa a la recepción de solicitudes

El 24 de octubre del 2014, el ciudadano cubano R.M.T. acudió a la sede central de Migraciones para presentar su solicitud de nacionalización por estar

¹² Publicada el 08 de Noviembre de 2013.

¹³ Expediente N° 2596-2014/DP-LIMA.

casado con una peruana. Sin embargo, la funcionaria que lo atendió se negó a recibir su pedido aduciendo que no tenía registrado su ingreso al país en la fecha en que se celebró el matrimonio. Le indicaron que para recibirle sus documentos debía solucionar primero este problema.

Dicha negativa se dio pese a que el señor R.M.T. ostenta, desde el año 2012, la calidad migratoria de Familiar de Residente, por ser precisamente cónyuge de una nacional.

Considerando que la Ley del Procedimiento Administrativo General establece la obligación de la administración de recibir las solicitudes presentadas por los/las interesados/as, se realizaron coordinaciones con la Gerencia de Servicios Migratorios y la Subgerencia de Inmigraciones y Nacionalización, luego de las cuales la solicitud del ciudadano fue finalmente recibida.

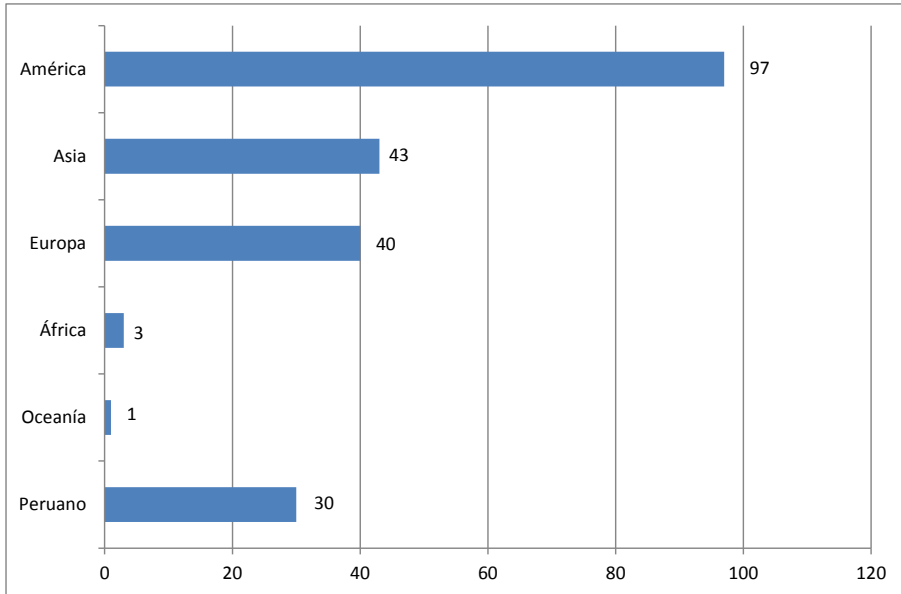
2. Datos estadísticos sobre las quejas atendidas

Entre enero del año 2010 y octubre de 2014, la Defensoría del Pueblo ha registrado 240 quejas, siendo que el 70% de ellas (167) fueron declaradas fundadas o están en trámite. Cabe precisar que a partir del 2013, este número se ha incrementado significativamente, situación que se mantiene durante el 2014.

Las 167 quejas involucran a 214 personas, de las cuales el 54% son varones (116 personas) y el 46% (98) son mujeres. Asimismo, el 11% de personas afectadas eran menores de edad (24).

Los/las afectados/as pertenecen en su mayoría a países del continente americano (97), seguido de Asia (43), Europa (40), África (3) y Oceanía (1). Se han conocido, igualmente, 30 casos de connacionales que presentaron sus quejas por dificultades relacionadas con la obtención de sus documentos de viaje (pasaportes, entre otros).

Gráfico N° 1
Afectados/as según nacionalidad



Fuente y elaboración: Defensoría del Pueblo

De los grupos mencionados, en el ámbito del continente americano las personas afectadas son principalmente de nacionalidad cubana (21), boliviana (19) y colombiana (15). En el caso de Europa, mayormente de nacionalidad española (17), británica (4), alemana (4) y holandesa (4). En Asia, de nacionalidad china (35), mientras que en el África corresponden a los/las nacionales de Camerún (1), Nigeria (1) y Sudáfrica (1). De otra parte, el único afectado de Oceanía era nacional de Australia.

El 28% de las personas afectadas tenía la condición de Turista (59), 17% eran Familiares de Residentes (37), 6% tenía visa de Negocios (12), mientras que el 5% eran Trabajadores (10). Asimismo, el 15% tenía una condición irregular (31) y el 8% no ostentaba ninguna calidad migratoria debido a que estas personas no habían ingresado aún al país (18). Es importante resaltar que 30 de los/las afectados/as son de nacionalidad peruana (14%).

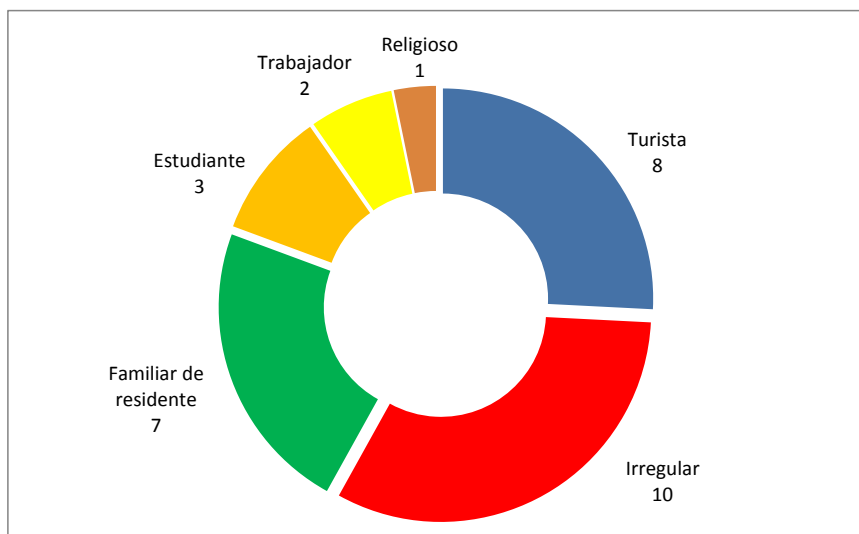
Cuadro N° 1
Condición migratoria de las personas afectadas

Condición migratoria	Número de afectados/as	Porcentaje
Turista	59	28%
Familiar de Residente	37	17%
Negocios	12	6%
Trabajador	10	5%
Inmigrante	5	2%
Inversionista	3	1%
Religioso	3	1%
Estudiante	1	1%
Irregular	31	15%
Ninguna	18	8%
Refugiado	5	2%
Ciudadano/a peruano/a	30	14%
TOTAL	214	100%

Fuente y elaboración: Defensoría del Pueblo

En relación con las 31 personas que aparecen con la condición de irregular, de la información recabada se pudo advertir que muchas ingresaron al país de manera regular, pero por diversas circunstancias –algunas generadas por la propia autoridad migratoria– devinieron en irregularidad. En efecto, del total, siete eran Familiares de Residente, ocho tenían la condición de Turistas, tres eran Estudiantes, dos Trabajadores y uno Religioso.

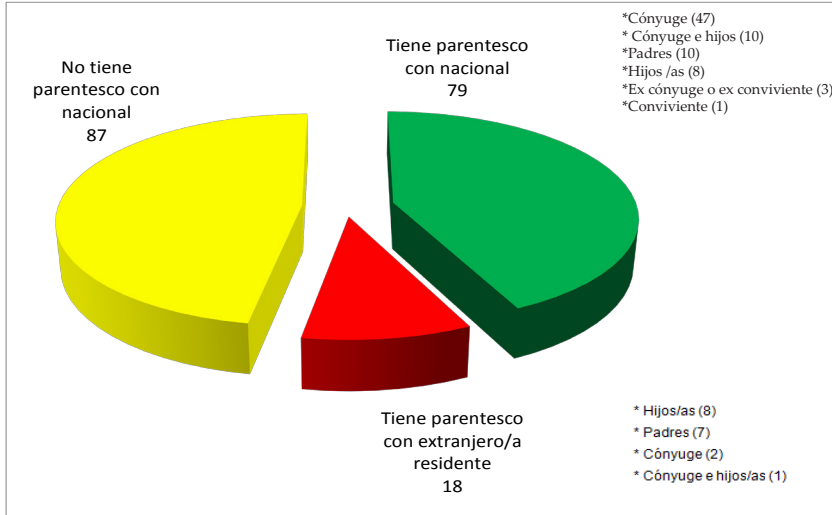
Gráfico N° 2
Condición migratoria anterior de los/las ciudadanos/as irregulares



Fuente y elaboración: Defensoría del Pueblo

Del total de personas afectadas que son extranjeras (184), 43% (79) tiene parentesco con un nacional, el 10% (18) es familiar de una persona extranjera residente en nuestro país. El 47% restante (87) carece de vínculos.

Gráfico N° 3
Vínculo de los/as afectados/as con un/a nacional



Fuente y elaboración: Defensoría del Pueblo

Como se aprecia en el Gráfico N° 3, las personas migrantes que tienen vínculos con un/a nacional o extranjero/a residente en nuestro país en su mayoría son cónyuges e hijos/as, situación que resulta preocupante porque las decisiones migratorias –como se verá en el capítulo 3– en muchos casos tiene consecuencias que afectan a toda la familia.

De otro lado, en el siguiente cuadro se puede observar que las quejas y pedidos de intervención, en su gran mayoría, están dirigidas contra la Sede Central de Migraciones ubicada en Lima (169 casos, 79%), seguidas por la Jefatura de Migraciones de Trujillo (10 casos, 5%), el Puesto de Control Migratorio del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez de Lima (8 casos, 4%), el Puesto de Control Fronterizo de Aguas Verdes en Tumbes (6 casos, 3%), la Jefatura de Migraciones de Piura (5 casos, 2%), entre otros.

Cuadro N° 2
Casos según dependencia quejada

Dependencia quejada	N° de personas afectadas	Porcentaje
Sede Central (Lima)	169	79%
Jefatura de Migraciones de Trujillo	10	5%
PCM Aeropuerto Jorge Chávez*	8	4%
PCF de Aguas Verdes**	6	3%
Jefatura de Migraciones de Piura	5	2%
Jefatura de Migraciones de Puno	3	1%
PCF de Desaguadero**	3	1%
Jefatura de Migraciones de Tumbes	2	1%
Oficina de Pasaportes de Miraflores (Lima)	1	0.5%
Oficina de Pasaportes de Ate (Lima)	1	0.5%
Jefatura de Migraciones de Chiclayo	1	0.5%
Jefatura de Migraciones de Chimbote	1	0.5%
Jefatura de Migraciones de Cusco	1	0.5%
Jefatura de Migraciones de Iquitos	1	0.5%
PCF de Kasani (Puno)**	1	0.5%
PCF de Santa Rosa (Tacna)**	1	0.5%
TOTAL	214	100%

Fuente y elaboración: Defensoría del Pueblo

* PCF: Puesto de Control Fronterizo

**PCM: Puesto de Control Migratorio

Las cifras mencionadas ponen en evidencia la centralización de los trámites en la Sede Central de Migraciones, debido a que las Gerencias de Servicios Migratorios y la de Registro Migratorio son las autoridades competentes para resolver algunos procedimientos establecidos en el TUPA, tales como: cambio de calidad migratoria, modificación de datos en la ficha de inscripción en el Registro Central de Extranjería, duplicado de carnet de extranjería, solicitud de visas, permiso para viajar cuando se encuentra en trámite el cambio de calidad migratoria y los procedimientos de inscripción de hijos/as peruanos/as nacidos/as en el exterior menores de edad, nacionalización por opción y naturalización.

CAPÍTULO 2

MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL Y NACIONAL EN MATERIA MIGRATORIA

Este capítulo dará cuenta del marco jurídico internacional y nacional en materia migratoria, resaltando la importancia de los estándares internacionales que deben servir como parámetros para la protección de los derechos fundamentales de las personas migrantes.

1. Marco jurídico internacional

Las personas migrantes gozan de los derechos y libertades fundamentales reconocidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos, sean éstos de carácter universal o regional. Adicionalmente, tienen derechos específicos derivados de los instrumentos internacionales que abordan la problemática migratoria.

1.1. La protección de las personas migrantes en el ordenamiento jurídico internacional

De primer orden de aplicación son la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁴ y los tratados básicos del Sistema Universal. Estos son: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (1965), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1984), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979) y la Convención sobre los Derechos del Niño (1990).

Del mismo modo, en el ámbito regional, son aplicables la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988), la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (1994), la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura y la Carta

¹⁴ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 217A (III), de 10 de diciembre de 1948. Aprobada por el Perú con Resolución Legislativa N° 13282, del 9 de diciembre de 1959.

Democrática Interamericana (2001).¹⁵

Uno de los aspectos que cabe destacar en los referidos instrumentos internacionales es que los derechos que protegen tienen carácter universal y son inalienables: están garantizados a todas las personas presentes en un Estado y no pueden ser negados legítimamente, sobre la base de su nacionalidad o estatus legal. La carencia de un vínculo de nacionalidad no puede ser una excusa para justificar un trato desigual o lesivo a derechos fundamentales.¹⁶

Estos instrumentos reconocen los derechos a la igualdad y no discriminación en su aplicación, los cuales resultan de especial relevancia para la protección de los derechos de las personas migrantes, al formar parte de las denominadas normas imperativas del derecho internacional, cuyo carácter *jus cogens* impone a los Estados obligaciones *erga omnes* de respetarlas.¹⁷ En esa medida, el elemento nacionalidad se debe considerar como un factor de no discriminación para el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas migrantes.

De la misma manera, el derecho a la vida, la protección frente a la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a la libertad y seguridad personales, la protección contra la esclavitud, servidumbre, trabajo forzoso u obligatorio, y el derecho a un proceso judicial con todas las garantías, constituyen el núcleo duro e inderogable de los derechos que pertenecen a las personas migrantes y no pueden ser suspendidos ni desconocidos por los Estados.

15 Aprobada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, el 11 de setiembre de 2001. El artículo 9° de dicho instrumento reconoce expresamente la necesidad de proteger los derechos de las personas migrantes.

16 Es necesario señalar que los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos trascienden los llamados “derechos de la ciudadanía”, que dependen del vínculo de la nacionalidad que tiene un sujeto con un determinado Estado. Tal como lo señala Antonio Cançado Trindade, *«los derechos humanos son universales e inherentes a todos los seres humanos, mientras que los derechos de ciudadanía varían de país a país y se extienden solo a los que el derecho positivos estatal considera ciudadanos»*. Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Voto Concurrente del Juez Cançado Trindade en la Opinión Consultiva OC-18/03 sobre «Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados», de 17 de setiembre de 2003, párr. 55.

17 Así lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos al señalar que «los efectos del principio fundamental de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los Estados, precisamente por pertenecer dicho principio al dominio del *jus cogens*, revestido de carácter imperativo, que acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares». Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-18/03, op. cit., párr. 110.

1.2. Instrumentos internacionales de derechos humanos de aplicación específica para las personas migrantes

Entre los instrumentos internacionales que abordan de manera específica la protección de los derechos de las personas migrantes se encuentran los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativos a «Los trabajadores migrantes» (Convenio 97) y «Las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes» (Convenio 143).¹⁸ Igualmente, la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven (1985)¹⁹ y la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (CTMF).²⁰

La migración internacional fue inicialmente entendida como un fenómeno de impacto social, de corte laboral económico. De allí que la OIT fue la primera organización internacional en establecer un marco jurídico de protección especial a favor de los/las trabajadores/as migrantes. De este modo, el Convenio 97 consagra el principio de igualdad de trato entre el/la trabajador/a nacional y los/las no nacionales que se encuentren sujetos/as a una relación laboral regular para efectos de una serie de beneficios, como remuneración, afiliación sindical, seguridad social, acceso a la justicia, condiciones de trabajo, entre otros.

Posteriormente, el Convenio 143 incorpora medidas para la promoción de la igualdad de oportunidades entre los/las trabajadores/as migrantes y los/las nacionales. Este instrumento constituye el primer intento de abordar la migración irregular y el empleo ilegal de migrantes, en tanto establece un marco mínimo de protección aplicable a cualquier migrante, con independencia de su estatus migratorio.

La primera iniciativa para establecer un documento que señale los derechos específicos de las personas migrantes, sin alusión a su condición laboral,

18 Además de estos Convenios, la OIT ha emitido dos importantes recomendaciones relacionadas con la problemática de los/las trabajadores/as migrantes: i) la Recomendación 86, orientada a garantizar adecuadas condiciones de vida y de trabajo a los/las trabajadores/as migrantes, entre ellas prestaciones de seguridad social; asimismo, la recomendación incluye un modelo de acuerdo bilateral sobre migraciones temporales y permanentes y ii) la Recomendación 151 que se refiere expresamente a la obligación de los Estados de adoptar políticas destinadas a suprimir las migraciones clandestinas y el empleo ilegal de los/las trabajadores/as migrantes.

19 Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 40/144, del 13 de diciembre de 1985.

20 Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 45/158, del 18 de diciembre de 1990 y, aprobada por el Perú el 10 de setiembre de 2005.

fue la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven anteriormente mencionada, que entre otros aspectos, aborda el reconocimiento de los derechos a la propiedad y la transferencia de ganancias, así como el acceso a servicios de salud.

Se considera que la CTMF es el instrumento de derecho internacional más completo en materia de protección de los derechos de las personas migrantes. Su ámbito de aplicación comprende a las personas que trabajan y a sus familias. Este tratado garantiza derechos vinculados con el proceso migratorio, como acceder a la asistencia de su consulado en caso de detención (artículo 16º), la protección contra la destrucción o confiscación de documentos de identidad (artículo 21), la protección contra la expulsión colectiva (artículo 22º), la obligación de los/las empleadores/as de cumplir con disposiciones jurídicas y contractuales, y de ofrecer igualdad de trato y de otras condiciones laborales a trabajadores indocumentados (artículo 25º), el derecho al pago de los salarios y otras prestaciones, incluso en caso de expulsión (artículo 22º).

Asimismo, la CTMF define las obligaciones de los países de origen, tránsito o destino, entre ellas el deber de cooperación de los Estados para alcanzar condiciones satisfactorias, equitativas y dignas para atender el retorno ordenado de los/las trabajadores/as que decidan regresar así como para prevenir y erradicar las migraciones irregulares y el empleo de migrantes en situación irregular.

Este instrumento internacional crea un Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias (en adelante, el Comité), órgano de expertos/as independientes que supervisa la aplicación del CTMF y que tiene competencia para recibir y examinar las comunicaciones sobre la vulneración por parte de un Estado de los derechos reconocidos en ella.

En el primer semestre del 2014, el Estado peruano ha cumplido con presentar el Informe inicial sobre las medidas legislativas, judiciales y administrativas que se han adoptado para dar efecto a las disposiciones de la CTMF.²¹ No obstante, nuestro país no ha reconocido la competencia del Comité, ni tampoco ha ratificado los Convenios 97 y 143 de la OIT.

21 Información obtenida del portal web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Disponible en: http://observatoriorederechoshumanos.pe/jmla25/biblioteca-virtual2/peru-organismos-internacionales2/onu2/cat_view/13-peru-ante-organismos-internacionales/179-naciones-unidas/221-comite-de-proteccion-de-los-derechos-de-todos-los-trabajadores-migratorios-y-de-sus-familiares Consulta realizada el 29 de setiembre de 2014..

Cabe señalar que además de los instrumentos mencionados existen otros destinados a la protección de grupos de migrantes en especial situación de vulnerabilidad, como las víctimas de trata de personas, personas objeto de tráfico ilícito de migrantes, así como los/as refugiados/as y solicitantes de asilo.²²

1.3. Derecho comunitario

En el ámbito comunitario existen diversos acuerdos de carácter multilateral adoptados por los Estados con el fin de mejorar determinados aspectos de la migración, como son los suscritos en la subregión sudamericana en el marco de la Comunidad Andina (CAN)²³ o en el Mercado Común del Sur (Mercosur).²⁴

a. Comunidad Andina

La CAN adoptó diversas decisiones que forman parte de su ordenamiento jurídico que buscan favorecer los procesos migratorios de los/as nacionales de los países miembros. Las citadas decisiones son de cumplimiento obligatorio y de directa aplicación en los Estados que la integran, conforme lo establecen los artículos 1º y 3º del Tratado que crea la Corte de Justicia de la Comunidad Andina.²⁵

22 Algunos de los tratados que regulan estas materias son: El Protocolo de la Convención de las Naciones Unidas contra el crimen organizado transnacional para prevenir, suprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (2002); el Protocolo de la Convención de Naciones Unidas contra el crimen organizado transnacional contra el tráfico de migrantes por mar, aire y tierra (2002); la Convención para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena (1949); el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (1967); la Convención para reducir los casos de Apatridia (1961) y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951), entre otros.

23 La CAN está conformada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú y, participan Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay como países asociados. El proceso andino se inició con la suscripción del Acuerdo de Cartagena el 26 de mayo de 1969, siendo uno de sus objetivos alcanzar un desarrollo integral, más equilibrado y autónomo mediante la integración andina, suramericana y latinoamericana.

24 Fue creado en 1991 con el Tratado de Asunción. Está conformado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, en tanto que, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela son Estados asociados. Uno de sus propósitos es promover el libre intercambio y movimiento de bienes, personas y capital entre los países que lo integran, avanzando a una mayor integración política y cultural entre los países que lo integran.

25 Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Artículo 1.- El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina comprende: (...) c) Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina (...). Artículo 3. Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.

Entre las decisiones adoptadas por la CAN a favor de las personas migrantes andinas destacan:

- **Decisión N° 397.** Crea la Tarjeta Andina de Migración (TAM) como documento para facilitar y simplificar el control migratorio, al mismo tiempo que contribuye al conocimiento de las características del flujo migratorio.
- **Decisión N° 459.** Busca facilitar la libre circulación de personas, bienes, capitales y servicios, a través de los pasos de frontera, mediante el trabajo comunitario en materias de infraestructura, aduanas, migraciones, así como la armonización de las normativas y legislaciones de los países miembros.
- **Decisión N° 503.** Reconoce los documentos de identidad para la salida e ingreso a los países de la Comunidad con fines de turismo, así como para todos los efectos civiles y migratorios, incluyendo trámites judiciales y administrativos.
- **Decisión N° 545.** Crea el Instrumento Andino de Migración Laboral. Ese documento contempla normas para la progresiva y gradual circulación y permanencia de nacionales andinos en la Subregión con fines laborales, bajo relación de dependencia. Asimismo, reconoce el principio de igualdad de trato y de oportunidades a todos/as los/as trabajadores/as migrantes andinos en el espacio comunitario (artículo 10°).

b. Mercado Común del Sur

En los últimos años el tema migratorio y la necesidad de proteger los derechos humanos de las personas en movilidad han recibido una atención importante dentro del Mercosur. En varios acuerdos se han establecido procesos de fortalecimiento de la integración regional, como la libre circulación de los ciudadanos del bloque y la promoción de la regularidad migratoria. Los acuerdos siguientes son los de mayor importancia para los/as ciudadanos/as de los países del Mercosur:

- **Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del Mercosur, Bolivia y Chile (2002).** Este acuerdo establece la residencia temporaria por dos años y/o permanente para todas las personas que poseen la nacionalidad de los países miembros y asociados del Mercosur

y sus familiares, con independencia de su condición migratoria.²⁶ El procedimiento implica la exención del pago de multas u otras sanciones a las personas en situación migratoria irregular. Además, reconoce la igualdad de derechos civiles, sociales, culturales y económicos a las personas inmigrantes con los nacionales, en particular el derecho a trabajar.

- **Acuerdo sobre documentos de viaje de los Estados partes del Mercosur y Estados asociados** (N° 18/08), así como el Acuerdo Modificatorio N° 14/11. Reconoce la validez de algunos documentos de identificación personal como documento de viaje para el tránsito de nacionales y/o residentes regulares de los Estados Partes y Asociados por el territorio de los mismos. Entre ellos: los documentos nacionales de identidad y los carnés de extranjería de las personas extranjeras²⁷ residentes en los países miembros y asociados.

1.4. Acuerdos bilaterales del Perú

En los últimos años, nuestro país ha firmado acuerdos bilaterales con Argentina, Ecuador, Brasil y Chile, con el ánimo de facilitar la migración y el tránsito internacional de los nacionales que emigran y de las personas extranjeras que ingresan al país

- **Convenio de Migración entre las Repúblicas del Perú y Argentina** (1998). Otorga la residencia temporaria para nacionales en situación regular e irregular de ambos países incluyendo un período de regularización migratoria. Asimismo, reconoce el principio de igualdad.
- **Protocolo Adicional al Convenio entre las Repúblicas del Perú y Argentina** (2002). Modifica varios artículos del Convenio estableciendo un nuevo período de regularización migratoria, la simplificación de los trámites y la ampliación de los beneficios, entre ellos, el incremento de la residencia temporal a 3 años y la obtención de la residencia permanente.
- **Acuerdo entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Federativa de Brasil sobre facilidades para el ingreso y**

26 En el Anexo N° 9 se detalla los requisitos para obtener la Residencia Temporaria y Permanente en el marco del Acuerdo sobre Residencia del Mercosur.

27 El Carné de Extranjería como documento de viaje está permitido en Brasil, Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

tránsito de sus nacionales en sus territorios (2004). Facilita el tránsito de personas con fines de turismo o de negocios, no autorizando el ejercicio de actividad, profesión u ocupación que tenga carácter remunerativo o fines de lucro.

- **Acuerdo para el Ingreso y Tránsito de Nacionales Peruanos y Chilenos en Calidad de Turistas con Documento de Identidad** (2005). Reconoce la validez de los documentos de identidad para el ingreso y tránsito de ambos países, con fines de turismo. Con respecto al plazo de vigencia de la calidad de turista, se establece el período de permanencia de hasta 90 días, prorrogables por otros 90 días (plazo máximo).
- **Estatuto Migratorio Permanente Ecuatoriano- Peruano** (2008). Establece los períodos de visas temporales para desarrollar actividades con fines lícitos sin necesidad de visa y el proceso de regularización migratoria para nacionales de ambos países durante un plazo de 180 días.

1.5. Principales obligaciones internacionales de los Estados frente a las personas extranjeras

De las normas internacionales de protección de los derechos de las personas migrantes referidas anteriormente se desprende una serie de obligaciones para los Estados, las cuales varían dependiendo del rol que estos asuman en el proceso migratorio. En correspondencia con dichas obligaciones, la persona migrante tiene derechos que son exigibles a cada uno de los Estados involucrados en el proceso migratorio. Así tenemos:

- **El derecho a recibir información durante el proceso migratorio (artículos 33º, 37º y 65º de la CTMF)**

Contar con información en todas las etapas del proceso migratorio es de particular relevancia para las personas migrantes, toda vez que su seguridad y el ejercicio de sus derechos dependerán de que éstas cuenten con información adecuada, relevante y objetiva, evitando la posibilidad de una inducción a error o de situaciones de mayor vulnerabilidad, como ser víctimas de redes de trata u objeto de tráfico ilícito de migrantes.

La CTMF prescribe que los/as trabajadores/as migrantes, al margen de su estatus, deben recibir información sobre sus derechos y los requisitos para su admisión y obligaciones, con arreglo a ley, a la práctica del Estado de destino, de modo tal que puedan cumplir con las formalidades administrativas o de otra índole para obtener empleo en ese país.

Las Relatorías Especiales de la ONU para los derechos de las personas migrantes²⁸ evidencian que una de las formas de prevenir la migración irregular es brindando información suficiente sobre las oportunidades y riesgos en el proceso migratorio. Por su parte, el Grupo Mundial para la Migraciones ha señalado que la falta de información puede conllevar que las personas migrantes vulneren las normas y regulaciones de estancia. Además, la falta de una debida preparación antes de su partida, hace que su estadía en el país de destino se torne más difícil.²⁹

- **Derecho a recibir protección y asistencia consular (artículos 16º, 23º y 65º de la CTMF)**

La CTMF garantiza el derecho de los/as trabajadores/as migrantes y sus familiares a recibir atención consular, señalando como un deber de los Estados proporcionar servicios consulares adecuados y que atiendan sus necesidades sociales, culturales y económicas.

También reconoce el derecho de recurrir a la protección y asistencia de las autoridades consulares o diplomáticas del Estado de origen, siempre que sus derechos sean menoscabados, en particular en casos de expulsión. Una persona migrante detenida tiene derecho de comunicarse con las autoridades consulares de su país de origen, y con su autorización, solicitar que éstas sean informadas sobre los motivos de su detención.

Por su parte, la Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares (1963), reconoce que la protección consular tiene como objetivo garantizar los derechos e intereses de sus connacionales en el extranjero, así como la atención de sus necesidades.

- **Derecho a la protección de la unidad familiar (artículo 44º de la CTMF)**

La protección de la unidad familiar está reconocida en instrumentos internacionales y regionales de protección de derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 16.3º), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23.1º), la Convención

28 Naciones Unidas. "Informe sobre los derechos humanos de los migrantes presentado por la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos". Documento A/58/275, del 14 de noviembre del 2003, párr. 17

29 Global Migration Group. International Migration and Human Rights, Challenges and Opportunities on the Threshold of the 60th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights. Octubre, 2008.

Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17º) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo VI), aplicándose a todos los seres humanos sin importar su condición.

De manera específica, el artículo 44º de la CTMF establece el derecho a la protección de la familia, reconociendo que esta constituye el grupo básico y fundamental de la sociedad, debiéndose facilitar la reunificación familiar. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que el derecho a la protección de la familia implica no sólo obligaciones negativas, como la no intromisión en la vida familiar, sino que conlleva deberes positivos para el Estado, de favorecer de manera más amplia el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.³⁰

Respecto a la separación de la familia por un proceso de expulsión, la Corte IDH señala de manera enfática que: “una de las interferencias estatales más graves es la que tiene por resultado la división de una familia. [...] inclusive las separaciones legales del niño de su familia biológica solo proceden si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales, en lo posible, temporales.”³¹

- **Derecho a la protección contra la expulsión colectiva y/o arbitraria (artículos 22º y 56º de la CTMF)**

Las expulsiones colectivas y/o arbitrarias implican que el Estado involucrado no examina la situación particular de cada individuo, ni les da el acceso a una asistencia letrada competente, por lo tanto no puede evaluar si la persona está en situación de mayor vulnerabilidad o se encuentra bajo el riesgo de daños graves en atención al principio de no devolución.

Este derecho está reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 22.6º y 22.9º) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 13º). Por su parte, la CTMF establece que cada caso de expulsión debe adoptar una decisión individual definida en la legislación nacional del Estado, a cargo de la autoridad respectiva. Señala, asimismo, que todas las personas sometidas a ese proceso pueden presentar alegaciones contra la expulsión y reclamar indemnización si la misma habiendo sido ejecutada es revocada. La apelación de la expulsión y el derecho a la revisión

30 Corte IDH. “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”. Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párrafo 66.

31 Corte IDH. Caso Forneron e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de abril de 2012 Serie C N° 242, párrafo 116.

del caso por la autoridad competente sólo pueden dejar de aplicarse por «razones imperiosas de seguridad nacional».

Junto con el reconocimiento de estos derechos, la CTMF señala el deber de los Estados de tener en cuenta el tiempo de residencia de las personas en el Estado y consideraciones de carácter humanitario.

- **Derecho a la adopción de medidas que promueven la regularidad migratoria (artículo 68º y 69º de la CTMF)**

Las personas en condición irregular se enfrentan a muchos riesgos que incluyen la exclusión de derechos y servicios básicos por la falta de documentación, condiciones de explotación en el empleo o el peligro de ser víctimas de trata de personas, entre otros.

La CTMF recomienda a los Estados la adopción de medidas adecuadas para prevenir y disminuir la migración irregular. Entre otros aspectos, señala que los Estados deben tomar medidas apropiadas para que la irregularidad migratoria de los/las trabajadores/as migrantes y sus familiares no persista considerando «las circunstancias de su entrada, la duración de la estancia en los Estados de empleo y otras consideraciones pertinentes, en particular las relacionadas con su situación familiar». Además, enfatiza la necesidad de la cooperación entre los Estados para impedir los movimientos y el empleo de personas en situación irregular así como imponer sanciones a quienes los promuevan.

2. Marco jurídico nacional

La Ley de Extranjería y la Ley de Nacionalidad, son las principales normas en que se sustenta la política migratoria interna:

- **Ley de Extranjería, Decreto Legislativo N° 703,**³² modificado por Decreto Legislativo N° 1043.³³ Constituye el principal instrumento que regula el ingreso, permanencia, residencia, salida, reingreso y control de extranjeros/as en el territorio nacional, así como el establecimiento de sanciones en caso de incumplimiento. Pese a su antigüedad (1991), esta norma no ha sido reglamentada, razón por la cual el TUPA³⁴

³² Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 14 de noviembre de 1991.

³³ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 26 de junio de 2008.

³⁴ El TUPA fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-2012-IN, publicado en el Diario Oficial

de Migraciones y sus directivas internas, establecen los trámites, procedimientos y servicios a cargo de dicha entidad.

Esta norma reconoce en su artículo 55^o, que las personas extranjeras tienen los mismos derechos y obligaciones que los/las nacionales, con las excepciones previstas en la Constitución y la Ley, siempre que estas tengan una permanencia o residencia legal en el país.³⁵ De igual forma, señala sus obligaciones, entre otras, el pago de las tasas y cumplimiento de procedimientos establecidos en la norma, la inscripción en el Registro de Migraciones, entre otras.

- **Ley de Nacionalidad, Ley N° 26574**³⁶ y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 004-97-IN.³⁷ Regula las condiciones y requisitos para la adquisición de la nacionalidad peruana por nacimiento, naturalización y opción. Además, especifica las implicancias de la doble nacionalidad, pérdida y recuperación de la nacionalidad peruana. Los trámites y costos se encuentran previstos en el TUPA de Migraciones.

Al lado de las mencionadas normas existen otras que regulan algunos aspectos de la temática migratoria, entre las cuales figuran: la Ley del Refugiado (Ley N° 27891), la Ley contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes (Ley N° 28950), la Ley de Asilo, (Ley N° 27840) y la Ley para la contratación de los trabajadores extranjeros (Decreto Ley N° 689). Igualmente, algunas directivas internas de Migraciones relacionadas a sanciones, control migratorio y algunos procedimientos establecidos en la Ley de Extranjería y el TUPA.³⁸

2.1. Etapas del proceso migratorio en el marco normativo

Cabe indicar que la legislación migratoria nacional establece los procedimientos a seguir por la persona migrante, en cada etapa del proceso migratorio: i) antes y durante el ingreso al país, ii) durante el período de permanencia o residencia y, iii) durante la salida del país.

El Peruano el 23 de diciembre de 2012. En el año 2014, fue actualizado en lo que se refiere a los porcentajes fijados para las tasas en relación con el valor de la unidad impositiva tributaria para el año 2014.

35 La Constitución Política establece como regla general la igualdad de condiciones entre peruanos/as y extranjeros/as, aunque dispone excepciones para los segundos referidas con la adquisición de propiedad o posesión dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras. Tampoco podrán elegir o ser elegidos en las elecciones presidenciales, entre otros.

36 Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 11 de enero de 1996.

37 Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 28 de mayo de 1997.

38 Véase el Anexo N° 1 del presente informe.

2.1.1. Antes y durante el ingreso al país

a. Visas y calidades migratorias

La Ley de Extranjería establece que la visa es la autorización que otorga el Estado peruano a las personas extranjeras para ingresar al país con una determinada calidad migratoria. Estas visas pueden ser entregadas en las secciones consulares peruanas en el exterior, lugares de control migratorio así como en las dependencias de Migraciones.

La norma concede a las autoridades de control migratorio la potestad de modificar o anular las visas, aunque estas se hubieran otorgado, si no se ajustan a las normas establecidas en la Ley de Extranjería o por razones de seguridad nacional.

Existen dos tipos de visa: temporal o residente, las mismas que se otorgan en relación a la calidad migratoria habilitante. Los artículos 33º y 34º de la citada Ley establecen los plazos de permanencia y residencia en función a la calidad migratoria solicitada.

Cuadro N° 3
Plazos de permanencia y residencia en el país según
tipo de visa y calidad migratoria

Calidades migratorias	Visa temporal	Visa de residente
Diplomática, Consular, Oficial, Cooperante, Intercambio, Periodista, Asilo Político y Refugio	Hasta 90 días calendarios, prorrogable.	Hasta el término que fije el Ministerio de Relaciones Exteriores.
Turista, Negocios y Negocios ABTC	Hasta 183 días calendarios improrrogables.	No aplica
Artista	Hasta 90 días prorrogables por dos veces hasta 30 días, cada prórroga dentro de un año calendario.	No aplica
Tripulantes	Hasta por 48 horas, prorrogables hasta por 15 días calendario.	No aplica
Religioso, Trabajador, Estudiante, Independiente	Hasta 90 días calendarios, prorrogables hasta un año.	Por un año renovable.
Trabajador Designado	Hasta 90 días calendarios, prorrogables hasta un año.	No aplica
Familiar Oficial y Familiar Residente	No aplica	Por un año renovable.
Inmigrante y Rentista ¹	No aplica	Plazo de residencia indefinido.

Fuente: Ley de Extranjería

Elaboración: Defensoría del Pueblo

La calidad migratoria está determinada por dos aspectos: i) la actividad lícita autorizada a realizar en el país o ii) el vínculo filial que tenga una persona extranjera con un/a connacional o extranjero/a residente.³⁹ Actualmente hay 22 calidades migratorias que se encuentran estipuladas en el artículo 11º de la Ley de Extranjería.

El Ministerio de Relaciones Exteriores y la Superintendencia Nacional de Migraciones, son las entidades encargadas de autorizar las visas y calidades migratorias, en el marco de sus competencias, tal como se aprecia en el cuadro siguiente.

Cuadro N° 4
Calidades migratorias y entidad competente
para su otorgamiento

Superintendencia Nacional de Migraciones	Ministerio de Relaciones Exteriores
- Artista - Religioso - Tripulante - Estudiante - Trabajador - Trabajador Designado - Independiente - Rentista - Familiar Residente - Inmigrante	- Diplomática - Oficial - Consular - Cooperante - Intercambio - Periodista - Familiar Oficial - Asilado político - Refugiado - Turista - Negocio y Negocios ABTC

Fuente: Ley de Extranjería

Elaboración: Defensoría del Pueblo

La norma determina prohibiciones para cada calidad migratoria. Así por ejemplo, el Turista no puede desarrollar actividades remuneradas; las personas con calidad de Negocios pueden firmar contratos, pero no podrán percibir renta de fuente peruana, al igual que el/la extranjero/a que tenga la calidad de Estudiante, excepto si la misma proviene de prácticas profesionales o trabajos en períodos vacacionales, previamente autorizados.

³⁹ Por ejemplo, en el primer caso se encontrarían las personas extranjeras que solicitan las visas de trabajador designado, profesional, inversionista, trabajador, entre otros; la segunda, se refiere a los turistas y rentistas; mientras que en la tercera se encontrarían las calidades migratorias de Familiar Oficial y Familiar Residente.

A continuación se analizará con mayor detalle las calidades migratorias de Familiar de Residente, Trabajador, Estudiante e Inmigrante, que son las que comúnmente solicitan las personas extranjeras en nuestro país, según el Informe “Perú. Estadísticas de la migración internacional de peruanos e inmigración de extranjeros 1990 – 2012, publicado en el año 2013.⁴⁰

- **Familiar Residente.** Esta calidad migratoria corresponde a las personas extranjeras que forman parte de la unidad migratoria a la que se refiere el artículo 4° de la Ley de Extranjería y, que ingresan al país en calidad de dependientes de un/a ciudadano/a peruano/a o un/a extranjero/a mayor de edad, titular de una visa de Residente.

Cabe indicar que según lo dispuesto en la misma norma, toda persona extranjera constituye una unidad migratoria y su calidad migratoria se extiende a los miembros de su familia: cónyuge, hijos/as menores de 18 años, hijas solteras, padres y dependientes.

- **Trabajador.** Es aquella persona que ingresa al país con el fin de realizar actividades laborales en virtud de un contrato previamente aprobado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.
- **Estudiante.** Es la persona que ingresa al país con fines de estudio en instituciones o centros educativos reconocidos por el Estado. También alcanza a los/as estudiantes extranjeros/as que ingresaron al país acreditados por universidades o centros educativos superiores para realizar prácticas profesionales o trabajos no remunerados en periodos vacacionales.
- **Inmigrante.** Esta calidad migratoria se otorga a la persona extranjera que ingresa al país con el ánimo de residir y desarrollar sus actividades en forma permanente.

Según el TUPA de Migraciones, antes o durante el ingreso al país se puede solicitar visa temporal o de residente para las tres primeras calidades migratorias. La calidad de Inmigrante se adquiere solo a través del procedimiento de cambio de calidad migratoria y siempre que se encuentre en el territorio peruano.

40 Esta publicación fue elaborada por el Instituto Nacional de Estadísticas e Informática – INEI, contando con la colaboración de la Superintendencia Nacional de Migraciones y la Organización Internacional para las Migraciones –OIM. Pág. 78.

Los requisitos para acceder a las calidades migratorias de Familiar Residente, Trabajador y Estudiante, ya sea con Visa Temporal o Residente, están establecidos en el Procedimiento N° 6 del TUPA.

Es importante señalar que para acreditar la calidad de dependiente e integrante de la unidad migratoria, el TUPA establece como uno de los requisitos la presentación de un documento que acredite el vínculo de la persona extranjera, con el/la connacional o con el/la extranjero/a residente que busca la reunificación o reagrupación familiar, así como la suscripción de una «Carta de garantía económica».⁴¹

b. Lugares habilitados de ingreso al país

El artículo 23º de la Ley de Extranjería dispone que el ingreso de las personas extranjeras al país puede realizarse por los aeropuertos internacionales, puertos mayores y puestos de control fronterizo autorizados, los mismos que podrán ser cerrados de manera temporal o indefinida cuando se presenten circunstancias que ameriten dicha medida o por disposición de la autoridad competente.

Para llevar a cabo el control, Migraciones tiene bajo su jurisdicción 15 Puestos de Control Migratorio, 11 Puestos de Control Fronterizo⁴² y un Centro Binacional de Atención Fronteriza (CEBAF).

Conviene señalar que los Puestos de Control Migratorio están ubicados en los aeropuertos y puertos destinados al arribo y salida de aeronaves o embarcaciones provenientes del extranjero. Los Puestos de Control Fronterizo son instalaciones ubicadas en el paso de frontera donde se realizan las acciones de control para la salida e ingreso al país. Por su parte, el CEBAF es el conjunto de instalaciones ubicadas en el territorio de uno o más países colindantes, aledaño a un paso de frontera, donde se realiza el control integrado del flujo de personas, equipajes, mercancías y vehículos.⁴³

41 Véase el Anexo N° 5 del presente informe.

42 Anteriormente existían 12 puestos de control fronterizo, entre ellos Aguas Verdes en Tumbes, el mismo que fue cerrado por la Superintendencia Nacional de Migraciones el 24 de enero de 2014.

43 Esta información aparece en el portal web de la Comunidad Andina. Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=123&tipo=TE&title=centros-binacionales-de-atencion-en-frontera-cebaf>. Consulta realizada el 17 de octubre de 2014.

En el cuadro siguiente se aprecia la distribución geográfica de los lugares habilitados donde se realiza el control migratorio de las personas en movilidad, nacionales y extranjeras, durante la entrada y salida por las fronteras del país.

Cuadro N° 5
Puestos de control de Migraciones a nivel nacional

Puestos de control	Ubicación
Puestos de Control Migratorio (15)	• En Arequipa: Aeropuerto Internacional Alfredo Rodríguez y Puerto de Matarani. • En Cusco: Aeropuerto Internacional Alejandro Velasco Astete. • En Lambayeque: Aeropuerto Internacional José Quiñonez • En Callao: Aeropuerto Internacional Jorge Chávez y Puerto del Callao. • En Loreto: Aeropuerto Internacional Francisco Secada y Puerto Mayor. • En Piura: Puertos de Paita y Talara. • En Puno: Aeropuerto Internacional Inca Manco Capac y Puertos de Juli y Puno. • En Tacna: Ferrocarril Tacna – Arica y Aeropuerto Internacional Carlos Ciriani
Puestos de Control Fronterizo (11)	• En Cajamarca: La Balsa (Jaén). • En Loreto: Cabo Pantoja y Santa Rosa. • En Madre de Dios: Iñapari. • En Piura: El Alamo, Espíndola y La Tina. • En Puno: Desaguadero y Kasani. • En Tacna: Santa Rosa • En Ucayali: Purús
Centro Binacional de Atención Fronteriza (1)	• En Tumbes: CEBAF

Fuente: Superintendencia Nacional de Migraciones

Elaboración: Defensoría del Pueblo

Cabe señalar que en el período septiembre 2013 y octubre 2014, la Defensoría del Pueblo visitó siete Puestos de Control Fronterizo (PCF)⁴⁴ ubicados en Piura (La Tina, El Alamo y Espíndola); Puno (Desaguadero y Kasani) y Tacna (Santa Rosa) así como el CEBAF de Tumbes, que son los puestos de control fronterizo terrestre más usados por personas peruanas y extranjeras según la propia Migraciones.⁴⁵

De estas visitas se ha podido advertir que de los puestos de control visitados, dos se encuentran en buenas condiciones (PCF de Santa Rosa y CEBAF Tumbes), tres en condiciones regulares (PCF de Desaguadero, Kasani y Espíndola) y dos en malas condiciones de infraestructura y servicios (PCF de

44 En el 2013, también se visitó el PCF de Aguas Verdes en Tumbes, el mismo que ha sido cerrado desde el 24 de enero de 2014.

45 Véase al respecto, los reportes de movimientos migratorios de ingreso y salida de ciudadanos peruanos y extranjeros según puestos de control, disponible en la página web de Migraciones: <http://www.migraciones.gob.pe/index.php/estadisticas-extranjeros>.

El Alamor y La Tina). Si bien la mayoría atienden las 24 horas, dos de ellos ubicados en Puno, tienen horarios de atención de doce horas, el mismo que obedece al establecimiento de un horario similar por parte de las autoridades migratorias del país vecino.

Cuatro de los siete puestos de control visitados señalaron tener acceso a la base de datos de Migraciones para el cumplimiento de sus funciones,⁴⁶ aunque se presentan algunos problemas debido a la lentitud del sistema. Tres de ellos, PCF de Alamor, Espíndola y La Tina no cuentan con acceso a este sistema, lo que obliga a los/las funcionarios/as a realizar su labor en forma manual. Además, salvo el PCF de La Tina, los otros dos no cuentan con computadoras.

En cinco de los siete puestos visitados (Santa Rosa, Desaguadero, Kasani, La Tina y el CEBAF Tumbes) las autoridades policiales cuentan con acceso al sistema de requisitorias, entre otros, para la verificación de posibles mandatos de captura, impedimentos de salida del país de las personas que cruzan la frontera u otras restricciones. En los restantes (El Alamor y Espíndola) no se cuenta con dicho sistema.

c. De las prohibiciones e impedimentos de ingreso

El artículo 29 de la Ley de Extranjería prohíbe el ingreso de las personas extranjeras que han sido expulsadas del país por mandato judicial o por incumplimiento de la ley, mientras la autoridad pertinente no haya revocado dicha decisión. Similar disposición se establece respecto de las personas prófugas de la justicia. Por su parte, el artículo 30º de la norma contempla el impedimento de ingreso de las personas que han sido expulsadas de otros países, registren antecedentes penales o policiales, o se encuentren procesadas en el extranjero. Asimismo, de aquellas que pongan en peligro la salud pública, carezcan de recursos económicos o no cumplan con los requisitos establecidos en la Ley.

Sobre este tema, conviene mencionar que en febrero de 2013, se publicó el Decreto Supremo N° 001-2013-IN,⁴⁷ que establece disposiciones reglamentarias para la regulación del flujo migratorio de extranjeros. Esta norma reitera las prohibiciones señaladas, pero adicionalmente faculta a la autoridad migratoria a impedir el ingreso al país de personas extranjeras, aún si cuentan con visa o

46 Puestos de Control Fronterizo de Santa Rosa, Desaguadero, Kasani y CEBAF Tumbes.

47 Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 27 de febrero de 2013. Esta norma no se aplica a las personas perseguidas o condenadas por motivos políticos en el extranjero que soliciten asilo o refugio.

no la requieran, cuando “supongan una situación de peligro o amenaza para la seguridad nacional, el orden público, el orden interno, la protección de los derechos y libertades de otras personas, prevención de infracciones penales o las relaciones internacionales del Perú o de otros Estados, sobre la base de las obligaciones internacionales suscritas sobre la materia, o en cumplimiento del Principio de Reciprocidad”.

El mencionado dispositivo dispone que la Policía Nacional del Perú sea la responsable de centralizar y proporcionar la información, así como brindar el apoyo necesario a la autoridad migratoria para el cumplimiento de la norma. Del mismo modo, señala el deber de Migraciones de comunicar mensualmente al Ministerio de Relaciones Exteriores la relación de personas cuyo ingreso fue rechazado, pese a contar con una visa.

La norma establece también la obligación de las empresas transportadoras de reembarcar, bajo su responsabilidad, a las personas cuyo ingreso no fuera permitido por no contar con su documentación en regla o por incurrir en alguno de los supuestos establecidos en el mencionado decreto supremo.

2.1.2. Durante el período de permanencia o residencia

a. Cambio de calidad migratoria y visas

La Ley de Extranjería contempla que toda persona extranjera admitida al país con una determinada calidad migratoria podrá solicitar el cambio de la misma dentro del territorio peruano, ante el Ministerio de Relaciones Exteriores o la Superintendencia Nacional de Migraciones, respectivamente, dependiendo de la calidad a la que quiere realizar su cambio y, siempre que cumpla con los requisitos establecidos en las normas establecidas.⁴⁸

Por ejemplo, las personas con status Diplomático, Consular, Oficial, Periodista, Cooperante, Intercambio, Asilado o Refugiado podrán cambiar su calidad migratoria ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, siempre que la nueva calidad solicitada figure entre aquellas cuyo otorgamiento es de competencia de dicho sector. En caso que esas calidades hayan cesado o la persona extranjera cumpla con las condiciones de alguna calidad migratoria de competencia de Migraciones,⁴⁹ el procedimiento se realiza ante dicha

48 Reglamento Consular, aprobado por Decreto Supremo N° 076-2005-RE, del 5 de octubre de 2005 y, modificado por Decreto Supremo N° 091-2011-RE, del 22 de julio de 2011, o TUPA de Migraciones.

49 Artista, Religioso, Tripulante, Estudiante, Trabajador, Trabajador Designado, Independiente, Rentista, Familiar Residente e Inmigrante.

institución, cumpliendo los requisitos señalados en el TUPA y, de ser el caso, la normativa específica existente sobre la materia.⁵⁰

Se debe tener presente que algunas calidades migratorias requieren la realización de un trámite previo ante Migraciones. Tal es el caso de las personas con calidad de Turista, Estudiante y Religioso, quienes al no estar habilitadas para realizar determinadas actividades necesitan la autorización de Migraciones para trabajar (Estudiante y Religioso para realizar el trámite de cambio de calidad migratoria a Trabajador), o para firmar contratos (Turista y Estudiante para realizar el trámite de cambio de calidad migratoria a Trabajador).⁵¹

Si bien la Ley de Extranjería dispone que el Reglamento establezca las condiciones y requisitos para el cambio de calidad migratoria y visas, así como para las prórrogas de permanencia y residencia; al no existir hasta la fecha dicha norma, los requisitos y procedimientos se detallan en el TUPA de Migraciones.

Entre otros requisitos se exige para adquirir la calidad migratoria de Inmigrante,⁵² una renta anual equivalente a 10 UIT (S/. 38,000.00 nuevos soles), es decir, la persona extranjera debe percibir mensualmente una suma no menor a tres mil nuevos soles (S/.3,166.66 nuevos soles), durante dos años para poder solicitar dicho cambio.

Otro aspecto relacionado a dicha calidad migratoria, es que el TUPA de Migraciones señala a manera de nota que la persona que presenta esta solicitud, además de cumplir con los requisitos que se le exigen, debe contar con “un excelente record migratorio”, el mismo que no tiene sustento legal, situación que vulneraría los principios de legalidad y razonabilidad.⁵³

De otro lado, es de señalar que la Ley de Extranjería también establece la posibilidad de cambiar el tipo de visa otorgada, cuando el tiempo de permanencia en el país de una persona extranjera sea mayor o menor al plazo de tiempo inicialmente

50 Por ejemplo la persona extranjera que solicita el cambio de calidad migratoria a trabajador, además del TUPA de Migraciones debe observar las disposiciones de la Ley para la contratación de trabajadores extranjeros, Decreto Legislativo N° 689, así como su reglamento (Decreto Supremo N° 014-92-TR, modificado por Decreto Supremo N° 023-2001-TR).

51 Los trámites para la obtención del Permiso para trabajar y para firmar contratos se encuentran detallados en los Servicios N° 14 y N° 15 del TUPA de Migraciones. Véase el Anexo N° 8 del presente informe.

52 Procedimiento N° 9 del TUPA de Migraciones. Véase el Anexo N° 2 del presente informe.

53 Véase Capítulo 3 del presente informe.

concedido, la misma que se aplica para algunas calidades migratorias.⁵⁴

Toda persona admitida con una visa de residencia tiene la obligación de inscribirse en Migraciones, trámite que también se aplica cuando la persona extranjera ha obtenido el cambio de su calidad migratoria, con el fin de recabar su Carnet de Extranjería (CE).⁵⁵ Una vez que se obtenga la calidad migratoria o visa de residente, se debe realizar el pago de la Tasa Anual de Extranjería (TAE),⁵⁶ cuyo costo es de US\$ 20.00 anuales, aceptándose algunas excepciones para determinadas personas.⁵⁷

b. Prórroga de Permanencia y Residencia

Si la persona extranjera quiere permanecer en el país por más tiempo del otorgado en la visa, debe efectuar –en el plazo de vigencia de la misma– el procedimiento de Prórroga de Permanencia (para las personas que cuentan con Visa Temporal) o Prórroga de Residencia (para las personas con Visa Permanente) conforme se establece en el TUPA.⁵⁸ Cabe precisar que ese trámite no es requerido para las personas que ostenten las calidades

54 Las calidades migratorias que dispone el TUPA para el Procedimiento N° 10 “Cambio de Clase de Visa” son Refugiado y Asilado, Religioso, Estudiante, Trabajador, Inversionista y Profesional.

55 Documento de identidad que otorga el Estado peruano a la persona extranjera, a fin de que pueda desarrollar actividades propias de su calidad migratoria en el país. En el reverso del CE se lleva el registro de la Prórroga de Residencia y pago de Tasa Anual de Extranjería que se realiza cada año, a través del uso de hologramas, como constancia de la situación migratoria regular de su titular y del pago en el Banco de la Nación.

56 Este pago debe realizarse durante el primer trimestre de cada año. De no hacerlo en dicha fecha, se cobra una multa equivalente al 100% por cada trimestre de atraso.

57 El artículo 3° del Decreto Supremo N° 206-83-EFC y la Directiva Interna N° 001-2013-IN-MIGRACIONES-DIN que establece el “Procedimiento y requisitos para la exoneración de la Tasa Anual de Extranjería” dispone que se encuentran exceptuados de dicho pago: “i) los Cónsules y los Agentes Consulares Honorarios; ii) los empleados de Misiones Diplomáticas extranjeras acreditadas en el Perú; iii) los profesionales y técnicos contratados por el Sector Público Nacional y los miembros de entidades que cooperen con el Gobierno Central en obras de desarrollo, salud pública, educación y bienestar social; iv) los miembros de órdenes religiosas que se dediquen gratuitamente a actividades educativas o asistencia social, v) los extranjeros becados por sus Gobiernos o por el Gobierno del Perú, vi) los extranjeros casados con peruanos/as, vii) los que tienen calidad de asilados políticos o refugiados, viii) los menores de 18 años, ix) los extranjeros inmigrantes que comprueben ingresos mensuales menores a los sueldos y salarios mínimos vitales señalados por el Ministerio de Trabajo, y x) los extranjeros con calidad migratoria de Rentista. Cabe indicar que, en virtud del mencionado decreto supremo, las personas comprendidas en los ocho primeros supuestos se encuentran también exoneradas del pago de la tasa para la inscripción en el registro central de extranjería, el cambio de calidad migratoria, la prórroga de residencia y para la obtención del duplicado del carné de extranjería.”

58 Procedimientos N° 7 y N° 8 del TUPA de Migraciones. Véase los Anexos N° 3 y N° 4 del presente informe.

migratorias de Inmigrante y Rentista, que por su naturaleza se conceden por plazo indeterminado.

En caso la persona extranjera no cumpla con efectuar la prórroga de permanencia en el tiempo establecido debe pagar una multa de US \$ 1.00 (un dólar americano) por cada día de exceso de permanencia, contado a partir del vencimiento de su visa y hasta la fecha de su salida efectiva del país. Solo en caso que dicha situación haya sido originada por caso fortuito o fuerza mayor, la persona extranjera podrá solicitar la exoneración del pago de la multa de conformidad con lo señalado por el Decreto Supremo N° 013-2003-IN.

Sobre el mismo tema, la Directiva Interna N° 005-2014-MIGRACIONES-AJ, sobre “Normas y Procedimientos para la aplicación de las sanciones migratorias a los extranjeros que infringen la Ley de Extranjería y su modificatoria”⁵⁹ (en adelante Directiva de Sanciones), señala que el pago de la multa por exceso de permanencia se realizará en los Puestos de Control Migratorio y Fronterizo. Precisa, además, que dicho pago no autoriza a la persona extranjera a regularizar su situación migratoria.

De otro lado, en el caso que la persona no cumpla con realizar los trámites correspondientes a la prórroga de residencia en el plazo establecido, deberá pagar una multa equivalente al 100% de la tasa fijada por cada trimestre en exceso, para regularizar su situación migratoria, conforme a lo señalado en el artículo 1° inciso g) del Decreto Supremo N° 206-83-EFC y la Directiva de Sanciones.

c. Pérdida de Residencia

La norma contempla que las personas extranjeras residentes puedan salir y reingresar al país con su misma calidad migratoria y visa, siempre y cuando cumplan con los requisitos y plazos señalados en el TUPA. Es decir, que se encuentren con residencia legal vigente y hayan realizado los procedimientos de prórroga y otros vinculados en el plazo correspondiente, así como el pago de las tasas respectivas.

Las personas que tienen la calidad migratoria de Religioso, Estudiante, Trabajador, Independiente, Familiar Oficial, Familiar Residente y Rentista perderán su condición de regularidad si su ausencia del país excediera

⁵⁹ Aprobada mediante Resolución de Superintendencia N° 2-2014-MIGRACIONES, el 11 de junio de 2014.

de 183 días calendarios consecutivos o acumulados dentro de un período cualquiera de doce (12) meses, salvo razones de fuerza mayor, laborales o de salud debidamente comprobadas, en cuyo caso el plazo de ausencia se puede extender hasta los doce (12) meses, previa autorización de Migraciones.

En atención a ello, el TUPA ha previsto el trámite de “Permiso especial para permanecer fuera del país más de 183 días sin la pérdida de residencia”,⁶⁰ el mismo que tiene un costo de S/.175.10 (equivalente a 4.61% UIT) por derecho a trámite y un plazo de 30 días hábiles para ser resuelto.

d. Nacionalización

La Ley de Nacionalidad (Ley N° 26574) establece quienes son peruanos/as por nacimiento.⁶¹ Asimismo, determina quienes pueden adquirir la nacionalidad peruana por naturalización⁶² o por opción,⁶³ cuyos requisitos y procedimientos están plasmados en el Reglamento de la citada norma y son desarrollados en el TUPA de Migraciones.⁶⁴

• Hijos/as de peruanos/as nacidos/as en el exterior

Sobre este punto, es importante mencionar que la inscripción de los/las hijos/as de connacionales nacidos/as en el exterior se realiza ante el Consulado peruano respectivo del país de destino. En el caso que los padres no hayan

60 Contemplado en el Procedimiento N° 11 del TUPA de Migraciones. Véase el Anexo N° 7 del presente informe.

61 El artículo 2° de la Ley de Nacionalidad establece que son peruanos por nacimiento: i) Las personas nacidas en el territorio de la República; ii) Los menores de edad en estado de abandono, que residen en el territorio de la República, hijos de padres desconocidos, y iii) Las personas nacidas en territorio extranjero, hijos de padre o madre peruanos de nacimiento, que sean inscritos durante su minoría de edad en el respectivo Registro del Estado Civil, Sección Nacimientos, de la Oficina Consular del Perú.

62 El artículo 3° de la Ley de Nacionalidad establece que son peruanos por naturalización: i) Las personas extranjeras que expresan su voluntad de serlo y que cumplen con los siguientes requisitos: a) residir legalmente en el territorio de la República por lo menos dos años consecutivos; b) ejercer regularmente profesión, arte, oficio o actividad empresarial y c) carecer de antecedentes penales, tener buena conducta y solvencia moral; y ii) Las personas extranjeras residentes en el territorio de la República a las que, por servicios distinguidos a la Nación peruana, a propuesta del Poder Ejecutivo, el Congreso de la República les confiere este honor mediante Resolución Legislativa.

63 Por su parte, el artículo 4° de la Ley señala que pueden ejercer el derecho de opción para adquirir la nacionalidad: i) Las personas nacidas fuera del territorio de la República, hijos de padres extranjeros, que residen en el Perú desde los cinco años y que al momento de alcanzar la mayoría de edad, según las leyes peruanas, manifiestan su voluntad de serlo ante la autoridad competente; ii) La persona extranjera unida en matrimonio con peruano o peruana y residente, en esta condición, en el territorio de la República por lo menos dos años, que exprese su voluntad de serlo ante la autoridad competente. El cónyuge naturalizado por matrimonio no pierde la nacionalidad peruana en caso de divorcio o fallecimiento del cónyuge; y iii) Las personas nacidas en el territorio extranjero, hijos de padre o madre peruanos, que a partir de su mayoría de edad, manifiestan su voluntad de serlo ante autoridad competente.

64 Véase el Anexo N° 10 del presente informe.

realizado dicha inscripción y deciden retornar al país, pueden registrar a su hijo/a ante Migraciones, siempre que sea menor de edad.

Si el/la hijo/a cumplió la mayoría de edad y no fue registrado/a en el Consulado ni en Migraciones, puede optar por la nacionalidad peruana, siempre y cuando haya ingresado/a al país de manera regular y mantenga una residencia legal vigente.⁶⁵ Por ejemplo, si un joven de 19 años de padres peruanos, nacido en Canadá, viene al Perú con su pasaporte canadiense, en calidad de Turista y luego cambia su calidad migratoria que le permita mantener dos años de residencia legal en el país, puede optar por la nacionalidad peruana.

Una situación distinta se presenta con el/la hijo/a del connacional, cuyo nacimiento tampoco fue registrado en el consulado ni en Migraciones, pero ingresó al país siendo menor de edad, en calidad de Turista y sus padres no regularizaron su situación migratoria. En este supuesto cuando la persona alcanza la mayoría de edad se encuentra en una situación de irregularidad, siendo necesario para optar por la nacionalidad peruana, la salida y reingreso al país, previo pago de multa.

- **Extranjero/a casado/a con peruano/a**

El procedimiento N° 15 del TUPA establece los requisitos que deben cumplir las personas extranjeras casadas con peruanos/as para la adquisición de la nacionalidad, trámite que se realiza de manera personal y exige la presencia del/ de la cónyuge peruano/a.

Cabe destacar que además de la partida de matrimonio y la carta de garantía se exige que la persona pase por una evaluación escrita,⁶⁶ requisito que no se encuentra contemplado en la Ley de Nacionalidad ni en su Reglamento.

- **Obtención de la nacionalidad peruana por naturalización**

Independientemente de los aspectos señalados anteriormente, cualquier persona extranjera mayor de edad, que cuente con residencia legal mínima

65 Conforme al procedimiento N° 13 del TUPA de Migraciones, véase Anexo N° 10 del presente informe.

66 La evaluación escrita de los/las extranjeros/as que solicitan la adquisición de la nacionalidad por matrimonio con peruano/a se encuentra contemplada en la Directiva Interna N° 037-2013-MIGRACIONES que señala las “Normas y procedimiento para la evaluación de extranjeros residentes en el Perú que solicitan la nacionalización de peruano/a por matrimonio”. Esta directiva establece que la evaluación escrita comprende conocimientos básicos en temas generales de historia y geografía del Perú, educación cívica y cultura general, así como temas de actualidad. En el Anexo N° 11 se puede apreciar el balotario de preguntas para el examen escrito.

de dos años consecutivos, ejerza regularmente alguna actividad lícita y/o sea rentista, que goce de buena conducta y demuestre solvencia económica, puede adquirir la nacionalidad por naturalización. La persona interesada debe demostrar solvencia económica mínima de 10% UIT de renta anual neta, requisito que no se encuentra contemplado en el Reglamento de la Ley de Nacionalidad.

e. Sanciones migratorias

En los artículos 60° al 64° de la Ley de Extranjería se establecen las sanciones para los/las extranjeros/as que infrinjan la citada norma: i) multa, ii) salida obligatoria, iii) cancelación de la permanencia o residencia y iv) expulsión.

La multa se aplica cuando la persona extranjera incumple con los pagos señalados en el TUPA o cuando no realiza la prórroga de permanencia o residencia en el plazo respectivo. En la mencionada directiva se precisa que en ningún caso se exigirá el pago de la multa por exceso de permanencia o residencia para emitir las resoluciones o ejecutar las demás sanciones establecidas en la ley.

La salida obligatoria se aplicará cuando la persona extranjera se encuentre en situación migratoria irregular como consecuencia del vencimiento de su permanencia o residencia y excedido del plazo para la regularización establecida en el Reglamento de la ley. Esta sanción conlleva al impedimento de ingreso al país.

La cancelación de permanencia o residencia, procederá cuando la persona extranjera: a) realice actos contra la Seguridad del Estado, el Orden Público Interior, la Defensa Nacional; b) no disponga de los recursos económicos que permitan solventar los gastos de permanencia o residencia en el país; o c) falsee información en los documentos o informes suministrados para adquirir determinada calidad migratoria.⁶⁷

Finalmente, la expulsión del país corresponde por el ingreso clandestino o fraudulento al territorio nacional, por mandato judicial, por incumplimiento de las sanciones de salida obligatoria o cancelación de permanencia o

⁶⁷ El 3 de diciembre de 2014, el Poder Ejecutivo presentó un Proyecto de Ley que modifica el artículo 63° de la Ley de Extranjería, referida a la sanción de cancelación de permanencia o residencia, añadiendo las siguientes causales: i) actos contra la seguridad ciudadana, ii) por incurrir en infracciones administrativas graves y muy graves en materia ambiental, iii) por incumplir o contravenir normas en materia de salud pública, iv) por atentar contra el patrimonio cultural del país y v) por realizar actividades contrarias a la finalidad de la calidad migratoria obtenida.

residencia, así como al obtener libertad la persona extranjera que haya cumplido una condena dispuesta por un tribunal peruano. Solo para este último supuesto, la Ley N° 30219⁶⁸ incorporó el impedimento de ingreso al país como medida adicional a la expulsión por un período de 10 años.

Según la Ley de Extranjería, la salida obligatoria se materializa mediante resolución de la Superintendencia Nacional de Migraciones; mientras que la cancelación de residencia o permanencia y expulsión por Resolución Ministerial. Cabe precisar, que en aplicación de la Directiva de Sanciones ahora todas las sanciones se hacen efectivas mediante Resolución de Superintendencia, imponiéndose – además– la prohibición de ingreso al país –de manera indefinida–, salvo a los/as beneficiados/as con la Ley N° 30219.⁶⁹

2.1.3. Salida del país

Las personas extranjeras pueden salir del país bajo dos modalidades: voluntariamente, cuando consideren que su estadía en el país ha concluido, o en el marco de una sanción migratoria anteriormente señalada. En este apartado nos ocuparemos de la primera modalidad.

La salida voluntaria del país puede enmarcar dos supuestos. En el primero, la persona extranjera residente puede salir y reingresar al país con su misma calidad migratoria y visa vigente (artículo 42 de la ley),⁷⁰ mientras que en el segundo, puede darse el caso que el/la extranjero/a quiera abandonar el país porque su proyecto migratorio ya concluyó, supuesto en el cual debe tramitar la cancelación de su residencia para la emisión de la ficha de salida definitiva (Servicio N° 19 del TUPA), a fin de cancelar su residencia en el Perú y estar habilitado a retornar en cualquier momento.

Cabe señalar que antes de la emisión de la Directiva de Sanciones, las personas residentes en situación migratoria irregular como consecuencia de situaciones ajenas a su voluntad –por ejemplo, demoras en los trámites de

68 Ley que regula el beneficio especial de salida del país de extranjeros que cumplen pena privativa de libertad. Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 8 de julio de 2014.

69 Este tema será abordado con detalle en el capítulo 3 del presente Informe.

70 Conforme a lo establecido en el Servicio N° 5 del TUPA “Control migratorio de salida de extranjeros”, también se solicitará el Certificado de Rentas y Retenciones emitida por el pagador de la renta, el empleador o los representantes legales de estos, según corresponda, con excepción de los/as menores de edad y las personas con calidades migratorias de Estudiante, Religioso, Inmigrante, Diplomáticos, Consulares y Oficiales. Esta información también aparece en el portal web de Migraciones. Disponible en: <http://www.migraciones.gob.pe/index.php/aviso-ciudadano-extranjero-residente-en-el-peru/>. Consulta realizada el 17 de octubre de 2014.

prórroga por imposibilidad de conseguir algún requisito—, tenían que iniciar el trámite señalado en el Servicio N° 19, a fin de cancelar su residencia, luego salir y reingresar al país para volver iniciar el procedimiento respectivo de solicitud de visa. A partir del presente año, la citada directiva habilita a la persona extranjera que no efectuó oportunamente la prórroga de residencia a iniciar el mencionado trámite, previo pago de la multa correspondiente.

3. De la Superintendencia Nacional de Migraciones

La Ley de Extranjería encarga al Ministerio de Relaciones Exteriores la política de emigración, vinculada a la atención de los/las peruanos/as residentes en el exterior, mientras que la política de inmigración está a cargo del Ministerio del Interior, a través de Migraciones.

Precisamente, en el marco de la reforma del Estado, mediante Decreto Legislativo N° 1130,⁷¹ en diciembre del 2012 se creó la Superintendencia Nacional de Migraciones (Migraciones), como un Organismo Técnico Especializado adscrito al Ministerio del Interior, con personería jurídica de derecho público interno, autonomía administrativa, funcional y económica,⁷² que basa su actuación en los principios reconocidos en el artículo 4° de la norma:

- a. **Principio de calidad en los servicios:** presta servicios de calidad y responde de manera oportuna y adecuada a las necesidades de los/las usuarios/as.
- b. **Principio de seguridad jurídica:** la autoridad administrativa brinda seguridad jurídica en los actos administrativos de su competencia.
- c. **Principio de trato justo e igualitario:** la atención a los administrados se brinda con imparcialidad, asegurando la igualdad y la no discriminación por razones de género, edad, raza, ideología, religión, nivel económico, o de otra índole.

⁷¹ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 7 de diciembre de 2012.

⁷² La Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158, establece en su artículo 33° que “los Organismos Técnicos Especializados se crean, por excepción, cuando exista la necesidad de: Planificar y supervisar, o ejecutar y controlar políticas de Estado de largo plazo, de carácter multisectorial o intergubernamental que requieren un alto grado de independencia funcional. Establecer instancias funcionalmente independientes que otorgan o reconocen derechos de los particulares, para el ingreso a mercados o el desarrollo de actividades económicas; que resulten oponibles a otros sujetos de los sectores Público o Privado (...).”

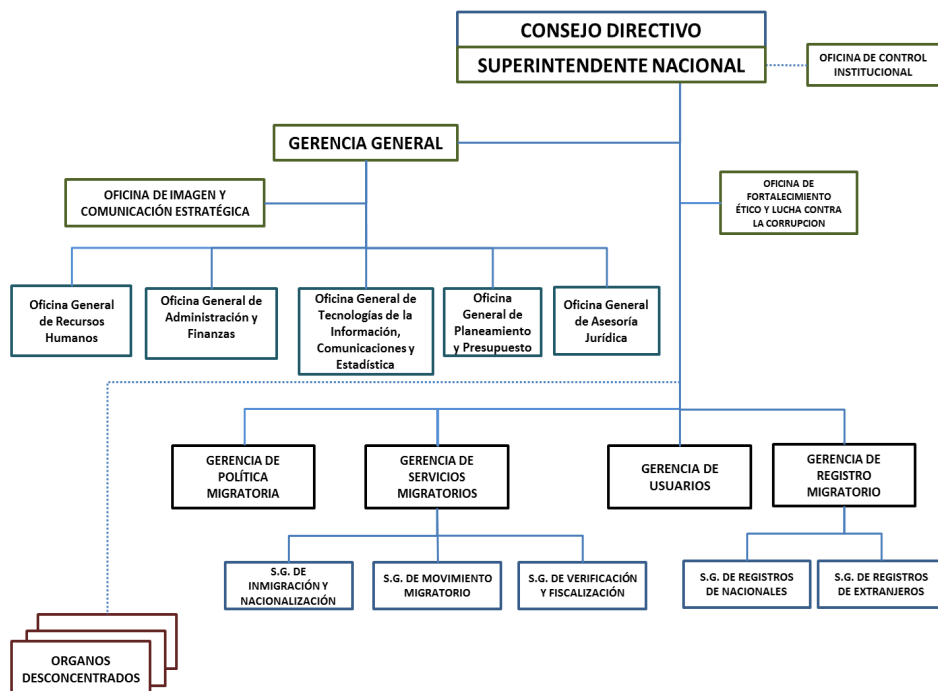
Posteriormente, mediante Decreto Supremo N° 005-2013-IN, publicado en el Diario oficial El Peruano, el 4 de abril de 2013, se aprobó el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de Migraciones. Esta norma establece que Migraciones tiene competencia en materia de política migratoria interna y participa en la política de seguridad interna y fronteriza. En su artículo 3º inciso b) precisa que la política sectorial debe ejecutarla de conformidad con los tratados internacionales, promoviendo la integración de las personas migrantes a la sociedad peruana.

Por lo tanto, Migraciones no se constituye como un simple ente administrativo que debe aplicar automáticamente las normas, sino que tiene la obligación de establecer una política pública coherente e integral en materia migratoria interna.

En el siguiente organigrama se aprecia su organización, conformada por tres Órganos de Alta Dirección,⁷³ un Órgano de Control Institucional, dos Órganos de Asesoría, tres Órganos de Apoyo, cuatro Órganos de Línea y Órganos Desconcentrados.

⁷³ Conformados por el Consejo Directivo, el Superintendente Nacional y la Gerencia General.

Gráfico N° 4
Organigrama de Migraciones



Fuente y elaboración: Superintendencia Nacional de Migraciones

El artículo 33º de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158, establece que los Organismos Técnicos Especializados están dirigidos por un Consejo Directivo, que se sujeta a los lineamientos técnicos del sector correspondiente, con el cual coordinan sus objetivos y estrategias. Además, esta norma señala que la característica de estos organismos especializados radica en que deben planificar, supervisar, ejecutar y controlar las políticas con un enfoque multisectorial

De conformidad con el Decreto Legislativo N° 1130, este Consejo está conformado por cuatro miembros que son designados por resolución suprema y lo componen: dos representantes del Ministerio del Interior, siendo uno de ellos el Superintendente, que preside el Consejo; un/a representante del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo y un/a representante del Ministerio de Relaciones Exteriores.

De acuerdo con la información recopilada hasta la fecha no se ha completado la designación de todos/as los/as representantes,⁷⁴ razón por la cual dicho Consejo no se ha instalado ni ha iniciado sus funciones.⁷⁵ Este hecho resulta especialmente relevante en la medida que de conformidad con el artículo 12° de la norma, este órgano es el encargado de: i) proponer la política migratoria interna; ii) establecer y aprobar los lineamientos y la política general de la institución; iii) aprobar el proyecto de Reglamento de Organización y Funciones, el Texto Único de Procedimientos Administrativos y los instrumentos de gestión de la entidad.

La ausencia de los miembros restantes impide la instalación del Consejo y por ende su funcionamiento. Esta realidad origina que el manejo de Migraciones recaiga -de forma absoluta- en su titular, que viene aprobando un conjunto de normas y directivas internas sin contar con la opinión de este Consejo, tal como lo exige el Decreto Legislativo N° 1130. Este hecho denota que – en la actualidad– las decisiones en materia de política migratoria interna, respondan únicamente al criterio que adopta dicho sector, sin un enfoque integral y coherente, lo que desnaturaliza su calidad de organismo técnico especializado.

Precisamente, en la necesidad de contar con una mirada multisectorial, sería pertinente que se pueda evaluar la inclusión de otros sectores en el Consejo Directivo, tales como el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, por encontrarse estrechamente vinculados al tema migratorio.

De otro lado, es importante destacar que tampoco se han creado las Intendencias y Jefaturas Zonales previstas en el ROF de Migraciones, manteniendo sus funciones las oficinas desconcentradas que existen.⁷⁶ Estos órganos son los responsables, en el ámbito de su competencia territorial, de ejecutar las acciones relativas al control migratorio, pasaportes, inmigración y nacionalización. Donde no existan órganos desconcentrados, Migraciones a través de sus órganos de línea⁷⁷ desarrolla directamente funciones ejecutivas

74 Mediante Resolución Suprema N° 054-2014-RE del 30 de marzo de 2014 se designó al Embajador José Eduardo Chávarri García, Director General de Comunidades Peruanas en el Exterior y Asuntos Consulares, como representante del Ministerio de Relaciones Exteriores ante el Consejo Directivo.

75 Oficio N° 395-2014-MIGRACIONES-GG, del 14 de noviembre de 2014, remitido por la Gerenta General de Migraciones.

76 Migraciones mantiene oficinas desconcentradas en: Arequipa, Chiclayo, Chimbote, Cusco, Huancaayo, Ilo, Iquitos, Lima, Piura, Pucallpa, Puerto Maldonado, Puno, Tacna, Trujillo y Tumbes.

77 Los cuatro órganos de línea son: i) Gerencia de Política Migratoria, encargada de diseñar y elaborar propuestas de políticas de seguridad nacional vinculada al control migratorio del tránsito de

a nivel nacional.

En relación a este aspecto, consideramos necesario que se implemente a la brevedad posible las Intendencias y Jefaturas Zonales, en la medida que pueden contribuir a brindar un servicio descentralizado y la concentración de las decisiones en Lima, tal como se aprecia en el cuadro siguiente.

Cuadro N° 6
Trámites ante Migraciones según instancia a cargo de su resolución

N°	Procedimiento	Entidad donde se presentan los documentos	Dependencia que resuelve
1.	Expedición de salvoconducto de viaje	Sede Central de Migraciones	Sede Central de Migraciones.
2.	Solicitud de visa	Sede Central de Migraciones y órganos desconcentrados.	Sede Central de Migraciones
3.	Cambio de clase de visa		
4.	Cambio de calidad migratoria		
5.	Permiso especial para permanecer fuera del país más de 183 días sin pérdida de residencia.		
6.	Nacionalización de hijos de peruanos nacidos en el extranjero menores de edad		
7.	Nacionalización de hijos de peruanos nacidos en el extranjero mayores de edad		
8.	Nacionalización de hijos de peruanos nacidos en el extranjero residentes en Perú desde los cinco años, mayores de edad.		
9.	Nacionalización de peruano por matrimonio		
10.	Renuncia a la nacionalidad peruana		
11.	Certificación de copia fotostática de pasaporte.		
12.	Duplicado de Tarjeta Andina de Migración (TAM)		
13.	Certificado de visa.		
14.	Cambio de consulado para recepción de visado.		
15.	Permiso especial de viaje estando pendiente inscripción en registro de extranjería y cambio de calidad migratoria (con excepción del trámite de cambio de calidad migratoria de inmigrante).		

personas; así como planes para la implementación de políticas migratorias internas; ii) Gerencia de Usuarios, responsable de la supervisión, calidad y monitoreo de la atención, iii) Gerencia de Registro Migratorio, encargada de expedir y anular pasaportes peruanos, libretas de tripulante terrestre y salvoconductos para extranjeros que no tienen representación diplomática en el país, entre otros y, iv) Gerencia de Servicios Migratorios, responsable del control de ingreso, permanencia, reingreso y salida de personas peruanas y extranjeras. Asimismo, conduce los procedimientos de sanciones.

Nº	Procedimiento	Entidad donde se presentan los documentos	Dependencia que resuelve
16.	Permiso para trabajar (estudiantes y religiosos)	Sede Central de Migraciones y órganos desconcentrados.	Sede Central de Migraciones
17.	Inscripción en el registro de extranjería y emisión del carnet de extranjería		
18.	Modificación de datos de ficha de inscripción en registro de extranjería		
19.	Duplicado de carnet de extranjería		
20.	Duplicado de registros de inscripción y títulos de nacionalidad peruana		
21.	Actualización o rectificación de datos en registros de inscripción o títulos de naturalización y doble nacionalidad.		
22.	Copia certificada de registros de inscripción y títulos de nacionalidad peruana.		
23.	Constancia de registros de inscripción y de títulos de nacionalidad peruana.		
24.	Expedición y renovación de Libreta de tripulante terrestre.	Sede Central de Migraciones y órganos desconcentrados.	Sede Central de Migraciones y órganos desconcentrados.
25.	Expedición y revalidación de pasaporte		
26.	Prórroga de permanencia		
27.	Prórroga de residencia		
28.	Rectificación en el registro de movimiento migratorio.		
29.	Anulación del registro de movimiento migratorio y el sello impreso en el pasaporte en caso de pérdida		
30.	Traslado de sello de ingreso a documento de viaje nuevo (para extranjeros)		
31.	Permiso especial para firmar contratos (turista y estudiante)		
32.	Cancelación de residencia y emisión de ficha de salida definitiva.		
33.	Traslado de sellos (de residentes e inmigrantes)		
34.	Certificación de copia fotostática de carnet de extranjería		
35.	Certificado de movimiento migratorio		
36.	Certificado de pasaporte		
37.	Certificado de inscripción en registro central de extranjería		
38.	Copias certificadas de documentos contenidos en expedientes ante Migraciones		

Fuente: TUPA de Migraciones

Elaboración: Defensoría del Pueblo

De los procedimientos que existen actualmente en el TUPA de Migraciones, la sede central resuelve el 61% (23), mientras que el 39% restante puede ser atendido por las oficinas desconcentradas.

Además de lo señalado, la descentralización de la atención debería conllevar el establecimiento de criterios uniformes de actuación a fin de evitar respuestas

contradictorias a las personas extranjeras en trámites similares por parte de las oficinas desconcentradas.

3.1. Situación de la política migratoria interna

Dado que no existe una política migratoria interna claramente definida, al margen de una breve mención en el Plan Nacional de Seguridad Ciudadana 2013-2018⁷⁸ y las decisiones que viene asumiendo el sector interior, es necesario aportar algunos criterios básicos para su futura construcción.

Conviene tener presente que esta tarea no puede ser pospuesta de forma indefinida, atendiendo que el Decreto Legislativo N° 1130, que creó la Superintendencia Nacional de Migraciones estableció la necesidad de actualizar la normativa migratoria en un plazo de 180 días;⁷⁹ igualmente, mediante Resolución Ministerial N° 123-2013-PCM, de fecha 17 de mayo del 2013, el Poder Ejecutivo creó el Grupo de Trabajo Multisectorial encargado de estudiar, analizar y formular la propuesta de reforma de la Ley de Extranjería, encabezado por la Presidencia del Consejo de Ministros y, conformado por representantes de los Ministerios de Relaciones Exteriores, Justicia y Derechos Humanos, Trabajo y Promoción del Empleo, Comercio Exterior y Turismo, cuya Secretaría Técnica recayó en la Superintendencia Nacional de Migraciones.

Es decir, el Estado ha reconocido de manera expresa, que se requiere una reforma integral en materia de política migratoria interna, sin embargo, hasta la fecha estas propuestas no se han concretado en modificaciones normativas o proyectos de Ley. De otro lado, es importante señalar que resulta necesario contar con los lineamientos básicos que orienten la política migratoria, labor que compete al Consejo Directivo, a fin de llevar adelante el proceso de reforma y actualización del marco normativo vigente.

- **Necesidad de fijar el enfoque**

En materia de política pública migratoria es posible distinguir con nitidez dos enfoques claramente diferenciados: i) el enfoque de seguridad, que se basa en la seguridad nacional y en la soberanía absoluta del Estado para realizar el control de ingreso y permanencia de personas extranjeras, generando políticas migratorias restrictivas, que identifican la migración irregular como

⁷⁸ Aprobado por Decreto Supremo N° 012-2013-IN como Política Nacional del Estado peruano el 28 de julio de 2013.

⁷⁹ Séptima Disposición Complementaria Transitoria de la citada norma.

posible fuente de alteración del orden público o de actos delictivos y ponen énfasis en los procedimientos sancionadores; y ii) el enfoque de derechos humanos, que invoca las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos, implicando el deber de “no violar derechos, sino promoverlos y garantizarlos”,⁸⁰ estableciendo los estándares que establecen límites al ejercicio del poder regulatorio del Estado. Además, aduce la concepción amplia de los derechos humanos en favor de las personas extranjeras y, la garantía del debido proceso frente a los procesos migratorios en materia de admisión al territorio, retención y expulsión.⁸¹

Si bien los Estados siguen asumiendo el papel principal en el diseño y aplicación de políticas migratorias, carecen de potestades absolutas sobre el tema debido principalmente a los procesos de integración regional y cambios del mundo globalizado. Debe comprenderse plenamente que los compromisos internacionales adoptados complementan la legislación nacional, desarrollando garantías y principios de derechos humanos que protegen a las personas extranjeras, destacando entre ellos la no-discriminación, el respeto al debido proceso, la reunificación familiar, entre otros.

El hecho que la política migratoria interna sea desarrollada por el Ministerio del Interior, a través de la Superintendencia Nacional de Migraciones, ha conllevado que se privilegie una política restrictiva de derechos, basada únicamente en el enfoque de seguridad nacional, que se ha venido consolidando en los últimos años, mediante la emisión de directivas internas y protocolos de actuación, que contienen cláusulas que afectan derechos y garantías constitucionales. Además, se desconocen tratados internacionales en materia de derechos humanos y migración, así como convenios bilaterales o multilaterales que promueven la regularización migratoria.

No se puede negar que todo Estado tiene la potestad de establecer su política migratoria interna; sin embargo, ello no puede conllevar a desconocer y restringir derechos fundamentales de cualquier persona en mérito a su nacionalidad.

De otro lado, resultaría peligroso asumir que el respeto a derechos resta

80 Garretón, Roberto. Derechos Humanos y Políticas Públicas. Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos en el MERCOSUR. Disponible en: http://www.observatoriomercosur.org.uy/libro/derechos_humanos_y_politicas_publicas_1.php. Consulta realizada el 24/10/2014.

81 Terminiello, Juan Pablo. Migración y derechos humanos. Reflexiones acerca de la protección de los derechos humanos frente a los retos contemporáneos de la migración internacional. Agenda Internacional, Año XIX, N°30, 2012, p. 51

eficacia a las estrategias de seguridad, cuando se trata de enfoques perfectamente compatibles. Por el contrario, es necesario que se identifiquen claramente los peligros y riesgos que involucra la gestión migratoria, a fin de prevenir aquellos actos o conductas que conlleven la comisión de ilícitos penales vinculados con la movilidad humana, como la trata de personas, el tráfico ilícito de migrantes, entre otros.

Debe tenerse presente que las normas de extranjería no constituyen una vía idónea para reducir la inseguridad ciudadana, dado que la lucha contra la criminalidad se encara –en su ámbito represivo– por medio de las leyes penales. La comisión de delitos por parte de ciudadanos/as extranjeros/as debe ameritar una drástica reacción de las autoridades pertinentes (Policía Nacional, Ministerio Público, Poder Judicial, Procuradurías Públicas, etc.) quienes tienen la obligación de castigar las inconductas de acuerdo a lo establecido en el Código Penal.

Conviene tener presente que a toda persona extranjera sentenciada por la comisión de un delito les corresponde de forma adicional la pena de expulsión del país:

“Artículo 30.- Pena restrictiva de libertad

La pena restrictiva de libertad es la de expulsión del país, tratándose de extranjeros. Se aplica después de cumplida la pena privativa de libertad.”

En esa medida, pretender combatir la inseguridad ciudadana a partir de las sanciones administrativas previstas en la Ley de Extranjería, no resultaría una medida adecuada, pues ante la comisión de ilícitos penales corresponde una sanción penal. Las políticas de seguridad tampoco podrían basarse en criterios de nacionalidad, pues ello puede conllevar a prácticas vulneratorias de derechos y, a promover actitudes xenofóbicas que no contribuyen a la integración de las personas migrantes, esfuerzo al que viene apostando el Estado en el marco de su política exterior, traducida en los recientes convenios y acuerdos suscritos en la materia.⁸²

⁸² Precisamente el 17 de octubre de 2014, en la ciudad de Lima, en el marco de la XIV Conferencia Suramericana sobre Migraciones (CSM), cuyo tema central fue “Migración e inclusión: Un reto para la integración suramericana”, se suscribió la Declaración de Lima. En dicho documento, el Perú junto con las Delegaciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Surinam, Venezuela y Uruguay, reconocieron que la inclusión social de la persona migrante es uno de los principales pilares del proceso de integración regional, siendo para ello necesario la promoción de acceso a derechos, en igualdad de condiciones que los/las nacionales.

- **Necesidad de articulación intersectorial**

La construcción de una política migratoria interna adecuada y eficaz, requiere un amplio diálogo que involucre a diversos sectores del Estado así como a la sociedad. Junto con ello, es indudable que procure la coordinación intersectorial y permanente entre todos los actores involucrados, es decir, no es una tarea que corresponda únicamente al sector Interior o de Relaciones Exteriores. Los retos de la migración nos obligan a promover un trabajo multidisciplinario que atienda este fenómeno en todas sus etapas.

Así lo ha entendido el Estado peruano, al momento de crear la Mesa de Trabajo Intersectorial para la Gestión Migratoria (MTIGM),⁸³ como organismo encargado de proponer los lineamientos de la política de gestión integral migratoria y promover el fortalecimiento y la actualización de la normativa en esta materia, entre otras funciones. La MTIGM reúne a diversos sectores y entidades del Estado⁸⁴ y cuenta con el acompañamiento, en calidad de observadores, de la Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso de la República, el Parlamento Andino y la Defensoría del Pueblo, así como representantes de la sociedad civil y de la Organización Internacional para las Migraciones.

La MTIGM entiende que la migración es compleja y debe ser atendida en sus diferentes etapas, poniendo atención a las necesidades de sus actores: peruanos/as migrantes y retornantes, así como sus familiares, y las personas extranjeras que se encuentren en el país. Esta situación demuestra que el fenómeno migratorio no puede ser abordado desde una sola mirada o con dos actores, siendo importante que esta Mesa se fortalezca y legitime como un mecanismo privilegiado de coordinación intersectorial para afrontar los retos y desafíos que conlleva sentar las bases de una verdadera reforma en la política migratoria interna.

83 Creada mediante Decreto Supremo N° 067-2011-PCM, del 27 de julio de 2011.

84 La MTIGM está conformada por representantes de la Presidencia del Consejo de Ministros y de los Ministerios de Trabajo y Promoción del Empleo, Educación, Interior, Mujer y Poblaciones Vulnerables, Justicia y Derechos Humanos, Relaciones Exteriores, Producción y Salud, así como del Ministerio Público, la Superintendencia Nacional de Migraciones, la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria, el Instituto Nacional Penitenciario, el Seguro Social de Salud, el Seguro Integral de Salud, la Oficina Nacional de Normalización Previsional, Fondo MIVIVIENDA, el Instituto Nacional de Estadística e Informática, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, la Superintendencia Nacional de Banca y Seguros y la Asamblea Nacional de Rectores.

- **Coherencia en las políticas de emigración e inmigración**

A nivel de Estado no resulta posible sostener un discurso que invoque una mayor integración internacional (por medio del Fondo de Cooperación Económica Asia-Pacífico, APEC, Comunidad Andina, Mercado Común del Sur y la Conferencia Suramericana) y a la vez, desconocer o restringir los derechos de las personas extranjeras en el país. En el mismo sentido no resulta conveniente que mientras se exige mayor protección para los/las migrantes peruanos/as, se adopten decisiones que conlleven la expulsión de extranjeros/as por cuestiones administrativas y no por la comisión de ilícitos penales.

La coherencia de políticas obliga a que las líneas de acción producidas en todos los niveles de gobierno no se contradigan entre sí o se conviertan en freno para el desarrollo de otras. Este principio conlleva también la necesidad de coordinación e información compartida entre los sectores que abordan políticas de emigración e inmigración.

No debemos olvidar que en la actualidad el Perú tiene aproximadamente 3 millones de peruanos/as en el exterior, que residen principalmente en Estados Unidos de Norteamérica, España, Argentina, Italia, Chile y Japón. De esta población, el 50% se encuentra en situación migratoria irregular, pese a los esfuerzos que viene desplegando el Ministerio de Relaciones Exteriores, en la suscripción de convenios bilaterales o multilaterales que promuevan la regularización de nuestros/as connacionales, a fin de que puedan reinserirse en los países de destino y acceder al ejercicio de sus derechos.

Es conocido que los mayores problemas que enfrentan los/las peruanos/as migrantes, así como, las personas extranjeras en el país, abarcan desde la falta de acceso a servicios básicos, altos niveles de informalidad laboral y condiciones abusivas de empleo, hasta condiciones carcelarias inadecuadas, explotación, discriminación y xenofobia, entre otros. Aparece como su eje temático la precarización de sus derechos, que dibuja un escenario de vulnerabilidad y exposición al peligro, el cual se presenta con mayor o menor intensidad de cara al status migratorio que se ostente, sea este de irregularidad o no.

Por ello, compatibilizar los esfuerzos de todos los sectores del Estado, constituye un gran desafío que exige la reformulación de políticas laborales, educativas, de salud, seguridad social, entre otras, que permitan atender las necesidades de la población migrante de manera adecuada.

- **Visión holística de la inmigración: Desafíos pendientes**

La realidad que origina la migración no puede enfrentarse con políticas orientadas a cerrar fronteras, perseguir o perpetuar estereotipos contra el migrante como el único camino viable. Se requiere de respuestas de corto, mediano y largo plazo a fin de atender este fenómeno, para que sea plenamente comprendido, tanto en sus causas como en sus efectos por parte de los Estados –sociedades y gobiernos–, lo que a su vez necesita, de acciones y compromisos de distinto tipo.

La migración es indudablemente un proceso que tiene lugar en contextos afectados por condiciones y tendencias económicas, demográficas, políticas, históricas, socioculturales, las cuales deben ser consideradas en la formulación de cualquier política, arreglo o programa migratorio.

En el ámbito legal, resulta claro que no basta con reformar los contenidos de la Ley de Extranjería, sino que se deberá analizar nuestro marco jurídico en aspectos civiles, laborales, administrativos y penales, entre otros. Por ejemplo, para el viaje de menores de edad solos/as o acompañados/as por uno de sus padres, el Código de los Niños y Adolescentes⁸⁵ exige la presentación de la autorización notarial de ambos padres, sin tener en cuenta que un porcentaje significativo de familias son monoparentales o donde solo uno de los padres se encuentra a cargo de la tenencia de sus hijos/as, no siendo razonable que a un/a padre o madre soltero/a que acompañe a su hijo/a, se le exija su propia autorización notarial antes de viajar. Este tema ya viene siendo analizado por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.

Junto con ello no podemos desconocer que también enfrentamos nuevos retos, en los últimos años se ha incrementado el número de extranjeros/as, viéndose al Perú como un país de destino.

Si bien en el presente documento hemos centrado el análisis, a partir de las quejas conocidas por nuestra entidad, no podemos dejar de reflexionar sobre otros aspectos que están vinculados con esta temática y que también requieren una atención.

85 Artículo 111º.- 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.

En los últimos años, el Perú viene siendo un país de tránsito y/o de destino de personas que se desplazan forzosamente a consecuencia de conflictos armados, desastres naturales, violencia generalizada o basada en género, crisis humanitaria, trata de personas, entre otras. Así por ejemplo en nuestro país hemos podido advertir de manera creciente la presencia de personas haitianas y solicitantes de refugio.

Estas situaciones exigen respuestas inmediatas, coordinadas multisectorialmente, a fin de que respondan a una política integral y articulada, con un enfoque de derechos, que busque proteger a la persona migrante en situación de vulnerabilidad.

CAPÍTULO 3

TRATAMIENTO JURÍDICO DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS

El análisis del marco normativo nacional y los casos registrados por la Defensoría del Pueblo referidos a la temática migratoria, permiten advertir la existencia de diversos problemas que afectan especialmente a las personas extranjeras que acuden a Migraciones para realizar algún trámite.

Estos problemas se originan en diversos aspectos, vinculados con: i) deficiencias de la actual regulación migratoria, ii) inobservancia o inadecuada aplicación del marco normativo existente, iii) deficiencias de coordinación interinstitucional, iv) error en el control migratorio, v) dilación en el cumplimiento de plazos, vi) incumplimiento de resoluciones judiciales y vii) inobservancia de las normas y principios sobre atención a niños, niñas y adolescentes.

La problemática advertida muestra la necesidad de modificar y actualizar el marco normativo vigente, en particular la Ley de Extranjería así como las directivas internas que regulan aspectos vinculados con esta temática, a fin de contribuir a garantizar una política pública integral, multidisciplinaria y coherente por parte del Estado.

1. Deficiencias en la actual regulación normativa

La Ley de Extranjería presenta serias incompatibilidades con tratados internacionales en materia de derechos humanos que el Estado ha suscrito y ratificado y, con el marco constitucional y legal vigente.

Como se ha señalado, esta norma no cuenta hasta la fecha con un reglamento lo que ha conllevado a que se emitan normas de diversa naturaleza y jerarquía, buscando precisar o desarrollar su contenido. Esta dispersión impide que en muchos casos las personas migrantes puedan conocer con plenitud sus derechos y las obligaciones establecidas en la normativa nacional.

Asimismo, resulta evidente que esta norma requiere ser actualizada con las tendencias y los nuevos desafíos que enfrenta la movilidad humana⁸⁶ a nivel regional y mundial.

86 Concepto reciente y más amplio, que comprende las diversas causas y perfiles de las personas que se movilizan tales como migrantes, solicitantes de refugio y asilo, apátridas, víctimas de trata y otros grupos vulnerables.

1.1. Vulneraciones a la igualdad y no discriminación

La legislación migratoria dispensa un trato diferenciado a las personas en función al estado civil y sexo sin la existencia de razones objetivas que la justifiquen. Así se puede advertir la exclusión de los/las convivientes y de los hijos varones mayores de edad del concepto de unidad familiar.

- **Exclusión de los/las convivientes**

El artículo 4° de la Ley de Extranjería establece que todo/a extranjero/a constituye una “unidad migratoria”, calidad que se extiende a los miembros de su familia, constituida por su cónyuge, hijos/as menores de 18 años, hijas solteras, padres y dependientes. Es decir, excluye a los/las convivientes. Por ello, la autoridad migratoria exige para los procedimientos de visa o cambio de calidad migratoria de Familiar de Residente, la presentación de la partida de matrimonio. Así la norma, impide que los/las convivientes puedan acceder a los derechos establecidos en la ley para las personas casadas.

Si bien nuestra Constitución brinda protección especial a la familia y al matrimonio, no es menos cierto que también reconoce las uniones de hecho al señalar que “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable” (artículo 5°).

Partiendo de este reconocimiento, el Tribunal Constitucional ha señalado que “el instituto de la familia no debe relacionarse necesariamente con el matrimonio”⁸⁷ más aún cuando tanto la norma Constitucional como el Código Civil recogen en sus disposiciones la unión de hecho, estableciendo la exigencia de ciertos requisitos para que esta última pueda gozar, en lo que le corresponda y sea aplicable, de los derechos del matrimonio.

Así por ejemplo, en materia pensionaria el Tribunal Constitucional ha precisado que:

“el reconocimiento de [la] Unión de Hecho da a lugar la comunidad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, pero además [los miembros de] la pareja se comportan como cónyuges asumiendo finalidades, obligaciones y deberes semejantes a los del matrimonio (...); en tal razón le corresponde la pensión de viudez, además de considerar que las pensiones tienen la calidad

87 STC N° 06572-2006-PA/TC, fundamento 8.

de bienes que integran la sociedad de gananciales porque sirven para el sustento de la familia (...)".⁸⁸

Complementa la obligación de reconocer iguales posibilidades a los/las convivientes lo dispuesto en artículo 4° de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, el cual señala como "familiares" del trabajador migratorio a quienes "mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio."

Del tenor de esta norma, se desprende que tanto nuestra legislación como los/las operadores jurídicos se encuentran obligados a reconocer a las personas convivientes –calificadas como tales según la norma civil– iguales prerrogativas migratorias que a las casadas, siendo ello un mandato que no puede ser desconocido debido al carácter vinculante directo que posee el mencionado instrumento internacional, dada su naturaleza de Tratado de Derechos Humanos ratificado por el Perú.⁸⁹

Cabe señalar que en el Estatuto Migratorio Permanente Ecuatoriano-Peruano,⁹⁰ se reconoce a los/las convivientes como beneficiarios/as de las visas que se expiden en el marco del citado convenio.

A nivel de la legislación comparada, podemos mencionar, que la Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (Ley Orgánica 4/2000)⁹¹ y la Ley de Migraciones de Uruguay (Ley N° 18.250)⁹², contemplan expresamente a los/las convivientes como beneficiarios/as en los procesos de reunificación o reagrupación familiar.

88 STC N° 09708-2006-PA/TC, fundamento 6.

89 La eficacia directa de los Tratados de Derechos Humanos ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional, al señalar que "el mandato imperativo derivado de la interpretación en derechos humanos implica, entonces, que toda la actividad pública debe considerar la aplicación directa de normas consagradas en tratados internacionales de derechos humanos, así como en la jurisprudencia de las instancias internacionales a las que el Perú se encuentra suscrito". **STC N° 2798-04-HC/TC, fundamento 8.**

90 Estatuto Migratorio Permanente Ecuatoriano-Peruano. Artículo 17: "Las visas que se expidan de acuerdo con las disposiciones del presente Estatuto se harán extensivas, en calidad de beneficiarios, al cónyuge, o a quien permanezca en unión de hecho legalmente reconocida conforme a la legislación interna del país receptor, y a los hijos menores de 18 años, a los hijos discapacitados de cualquier edad y a los ascendientes en primer grado."

91 Ley Orgánica 4/2000. Artículo 17° inciso 4: "La persona que mantenga con el extranjero residente una relación de afectividad análoga a la conyugal se equipará al cónyuge a todos los efectos previstos en este capítulo, siempre que dicha relación esté debidamente acreditada y reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España"

92 Ley N° 18.250. Artículo 10: "El Estado uruguayo garantizará el derecho de las personas migrantes a la reunificación familiar con padres, cónyuges, concubinos, hijos solteros menores o mayores con discapacidad, de acuerdo al artículo 40 de la Constitución de la República".

- **Exclusión de los hijos solteros mayores de edad**

Como se ha señalado anteriormente, el concepto de unidad migratoria estipulado en el artículo 4° de la Ley de Extranjería, excluye también a los hijos solteros varones, sin ninguna justificación objetiva, lo que implica un trato diferenciado en función al sexo de los hijos. Esto se evidencia en el hecho que el TUPA de Migraciones solo prevé el cambio de calidad migratoria a “Familiar de Residente” para las hijas solteras.⁹³

Este trato resulta contrario al principio-derecho de igualdad consagrado en el artículo 2° inciso 2) de la actual Constitución Política,⁹⁴ el cual según el Tribunal Constitucional “no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratada del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación”.⁹⁵ Se debe tener presente que no toda desigualdad constituirá necesariamente una discriminación, sino que la misma se configura cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable.

En el presente caso, no existe ninguna justificación para excluir a los hijos varones solteros, en base a considerar a las “hijas solteras” como un grupo dependiente o vulnerable per se, pues ello no constituiría una acción afirmativa por parte del Estado, sino más bien una forma de paternalismo⁹⁶ no compatible con el principio de igualdad.

1.2. Afectación de derechos y principios en el marco de la potestad sancionatoria⁹⁷

La legislación migratoria desconoce principios básicos que son exigibles a todo procedimiento sancionador, de acuerdo a lo establecido en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo

93 Procedimientos 6, 7, 8 y 9 del TUPA de Migraciones. Véase al respecto, los anexos 2, 3, 4 y 5 del presente informe.

94 Dicho artículo prohíbe de manera expresa cualquier forma de discriminación por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

95 STC N° 02974-2010-PA/TC, fundamento 5.

96 Este concepto parte de la idea que las mujeres constituyen un grupo subordinado con rasgos de inferioridad e incompetencia. Para hondar puede revisarse: <http://www.javiermiravalles.es/Sexismo%20Ambivalente/El%20Paternalismo.html>.

97 Es importante señalar que en la etapa de edición del presente informe, se tomó conocimiento de la emisión del Decreto Supremo N° 01-2015-IN, que establece medidas para el fortalecimiento del control migratorio, que reitera algunas falencias analizadas en este apartado. Esta norma fue publicada en el Diario Oficial El Peruano, el 10 de enero del 2015. En atención a ello, se cursó el Oficio N° 076-2015-DP, dirigido al Ministro del Interior. Véase anexo 15 del presente informe.

General, tales como los principios de legalidad, razonabilidad y debido proceso. Estos principios son también reconocidos en nuestro marco constitucional en los artículos 2º inciso 24) y 139º.

De otro lado, la ausencia de la reglamentación de la Ley de Extranjería ha conllevado también a la falta de un marco adecuado para la aplicación de sanciones administrativas migratorias, cuyos efectos –como se ha podido advertir– pueden impactar en los derechos de otras personas (nacionales o extranjeras).

Sibien mediante Resolución de Superintendencia N° 254-2014-MIGRACIONES, se aprobó la Directiva N° 005-2014-MIGRACIONES-AJ, “Normas y Procedimientos para la aplicación de las sanciones migratorias a los extranjeros que infringen la Ley de Extranjería y su modificatoria”, se advierte que la misma presenta serios errores de interpretación en su contenido, lo que estaría vulnerando derechos fundamentales de las personas sujetas a esos procedimientos.⁹⁸

98 Esta norma fue analizada durante la presentación del Superintendente Nacional de Migraciones, ante la Comisión de la Mujer y Familia del Congreso de la República, en la sesión realizada el 20 de octubre de 2014, con presencia de representantes de migrantes extranjeros, quienes señalaron la incompatibilidad de esta norma con tratados internacionales y el marco constitucional vigente.

Cuadro N° 7

Sanciones impuestas en la Ley de Extranjería

Sanción	Motivo que la sustenta	Autoridad administrativa/ judicial que impone la sanción
Multa	- Incumplimiento del pago de las obligaciones establecidas en el Reglamento de Extranjería¹ y otras disposiciones específicas. - No efectuar la prórroga de permanencia o residencia en el plazo señalado.	Autoridad Administrativa
Salida obligatoria. Conlleva impedimento de ingreso al territorio nacional	La persona extranjera admitida en el país, que se encuentre en situación migratoria irregular como consecuencia del vencimiento de su permiso de permanencia o residencia y, que ha excedido el plazo para su regularización.	Autoridad Administrativa
Cancelación de la Permanencia o Residencia*	- Se realicen actos contra la Seguridad del Estado, el Orden Público Interior, la Defensa Nacional. - No se dispongan de recursos económicos que permitan solventar los gastos de permanencia o residencia en el territorio nacional. - Por falsear información en los documentos o informes suministrados para adquirir determinada calidad migratoria.	Autoridad administrativa
Expulsión*	- Por ingreso clandestino o fraudulento al territorio nacional. - A quien se le haya dado salida obligatoria o cancelándose su permanencia o residencia y no haya abandonado el territorio nacional.	Autoridad administrativa

Fuente: Ley de Extranjería

Elaboración: Defensoría del Pueblo

*Estas medidas se concretan a través de una orden de salida del país.

**La decisión es dispuesta por una autoridad judicial pero la ejecuta la autoridad migratoria.

Como se puede observar en el cuadro N° 7, solo en dos casos las sanciones que ejecutan las autoridades migratorias emanan de una autoridad judicial, no obstante, en la práctica tienen la misma sanción que una infracción de índole administrativa por incumplimiento de la Ley de Extranjería.

De otro lado, puede apreciarse que algunos de los actos que son considerados “infracciones” no tienen mayor desarrollo en la norma, situación que imposibilita establecer de manera clara y específica las conductas que configuran faltas administrativas.

- **Principio de legalidad**

Como se ha mencionado uno de los principios sustanciales que regula la actividad estatal es el principio de legalidad, el mismo que de conformidad con el inciso 1.1 del artículo IV de la Ley N° 27444, tiene como finalidad que las autoridades administrativas actúen con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le son atribuidas y con los fines para los que les fueron conferidas.

En esa medida, resulta preocupante que el artículo 63º numeral 1) de la Ley de Extranjería no desarrolle en forma taxativa los supuestos que merezcan una sanción, es decir, no delimita qué conductas en específico configuran “actos contra la Seguridad del Estado, Orden Público Interior y Defensa Nacional”; y si bien existen conceptos sobre su naturaleza y fines,⁹⁹ estos por sí solos, no podrían definir las conductas que ameriten sanción administrativa. Situación distinta ocurre en el ámbito penal, donde se ha definido mediante tipos específicos qué actos afectan la Seguridad del Estado y la Defensa Nacional.¹⁰⁰

99 El Tribunal Constitucional en su STC N° 3283-2003-AA/TC, fundamento 28, define Orden Público como “el conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial. En tal sentido, consolida la pluralidad de creencias, intereses y prácticas comunitarias orientadas hacia un mismo fin: la realización social de los miembros de un Estado. El orden público alude a lo básico y fundamental para la vida en comunidad, razón por la cual se constituye en el basamento para la organización y estructuración de la sociedad.” Igualmente en su STC N° 0002-2008-PI/TC, fundamento 14, señala que el Orden Interno comprende tres aspectos: i) Seguridad ciudadana, que implica la protección de la vida, de la integridad física y moral de las personas, el respeto al patrimonio público y privado, entre otros, ii) Estabilidad de la organización política referido al mantenimiento de la tranquilidad, quietud y paz pública, así como el respeto hacia la legítima autoridad pública, y iii) Resguardo de las instalaciones y servicios públicos esenciales que incluye las edificaciones públicas e instalaciones que cubren necesidades vitales y primarias de la comunidad, tales como el agua, la energía eléctrica, entre otros.

100 Así tenemos los siguientes:

Artículo 325º.- Atentado contra la integridad nacional.

Artículo 326º.- Participación en grupo armado dirigido por extranjero.

Un uso incorreto de los mencionados términos se viene dando de manera frecuente hace algunos meses, para sancionar a las personas extranjeras que realizan una actividad que no corresponde con su calidad migratoria, invocando para ello el “Orden Público Interior”. Siendo un ejemplo de ello, las intervenciones realizadas en Lima a personas extranjeras, con calidad migratoria de Turista –en su mayoría nacionales de países de la Región–, que realizaban trabajos en forma ambulatoria.¹⁰¹

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha señalado que la vigencia del principio de legalidad exige que solo por ley se establezcan las sanciones existentes y, que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas. Ello es conocido como “mandato de determinación” que opera como una prescripción dirigida al legislador a fin de que doten de significado unívoco y preciso a las conductas sancionables, de forma que la actividad de subsunción del hecho en la norma sea verificable con relativa certeza.¹⁰²

Si bien no se requiere precisión absoluta en la formación de conceptos legales –pues ello resultaría materialmente imposible ante las limitaciones propias del lenguaje– bajo ninguna circunstancia la imprecisión deber ser tal que impida su entendimiento al ciudadano pues ello sí constituiría una vulneración a este principio. Esta situación merece mayor atención tratándose de personas extranjeras que pueden desconocer las particularidades de nuestro sistema jurídico, lo que amerita que la descripción de las conductas prohibidas sean lo más clara y precisa posible.

Otra situación que vulnera el principio de legalidad en el marco de los procesos de sanción se da con la incorporación en la Directiva de Sanciones de la medida de “impedimento de ingreso al país”, como restricción adicional a las sanciones de cancelación de residencia o permanencia y de expulsión por infracciones administrativas, pese a que la misma no se encuentra prevista en la Ley de Extranjería. Adicionalmente, llama la atención que esta figura se venga aplicando con carácter *ad infinitum*, es decir, la persona extranjera nunca podrá retornar al territorio nacional.

Artículo 327º.- Destrucción o alteración de hitos fronterizos.

Artículo 329º.- Inteligencia desleal con Estado extranjero.

Artículo 330º.- Revelación de secretos nacionales.

Artículo 331º.- Espionaje.

Artículo 332º.- Favorecimiento bélico a Estado extranjero.

Artículo 333º.- Provocación pública a la desobediencia militar.

101 Información disponible en: <http://elcomercio.pe/lima/sucesos/expulsaran-42-extranjeros-ilegales-estado-indigencia-noticia-1755986>. (Consulta realizada el 31 de octubre de 2014).

102 STC N° 010-2002-AI/TC, fundamento 46.

Si bien la Ley de Extranjería no establece el plazo de duración del “impedimento de ingreso al país”, la autoridad migratoria podría fijar un límite a la misma en base a sus potestades legales, tomando en cuenta –entre otros aspectos– el arraigo en el país de la persona extranjera y sus vínculos con un/a nacional.

Cabe señalar que en la sesión realizada el 20 de octubre de 2014, ante la Comisión de la Mujer y Familia del Congreso de la República, el Superintendente Nacional de Migraciones, General (r) PNP Edwin Palomino Vega, reconoció la necesidad de modificar la norma, pues según argumentó su entidad respeta la “unidad familiar”, principio que ha sido incluido en el anteproyecto de Ley de Extranjería que se viene elaborando.¹⁰³

Esta situación contrasta con lo dispuesto en la Ley N° 30219, que crea y regula el beneficio especial de salida del país para extranjeros/as que cumplen pena privativa de libertad, la cual establece la temporalidad de esta restricción para las personas que hayan cometido ilícitos penales,¹⁰⁴ quienes sí pueden retornar al país luego de diez años de cumplida la condena. Si bien este plazo puede resultar extenso, es cuando menos una posibilidad de la cual no gozan las personas extranjeras que cuentan con órdenes de salida del país por infracciones a la Ley de Extranjería

Cabe recordar que con ocasión de la aprobación de la “Directiva de retorno de inmigrantes ilegales” por parte del Parlamento Europeo (2008), que contempla la prohibición de reingreso de las personas extranjeras expulsadas a cualquier país de la Unión Europea durante un máximo de cinco años, el gobierno peruano, por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores, hizo pública su preocupación señalando que:

“la medida adoptada se aparta de la letra y el espíritu de lo establecido en los acuerdos internacionales que consagran el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana, independientemente de su condición migratoria y laboral, así como de los avances y consensos registrados en las diversas cumbres, foros especializados y doctrina internacional sobre el particular. Resultan particularmente preocupantes los efectos negativos que estas medidas puedan llegar a tener para los migrantes en lo que se refiere

103 Respecto a este aspecto, dicho funcionario indicó que más allá de la modificación de la Ley de Extranjería, debería evaluarse una actuación más razonable y de acuerdo a ley.

104 Ley N° 30219. Artículo 8°. Prohibición de ingreso al país. “Queda prohibido el ingreso al territorio nacional de los internos a quienes se les concedió el beneficio especial de salida del país, por un período de diez años, contado desde el último día de la condena impuesta”.

*a unidad familiar y grupos especialmente vulnerables, como es el caso de los menores de edad”.*¹⁰⁵

A nivel de la legislación comparada, podemos mencionar, que la Ley de Migración de Bolivia (Ley N° 370)¹⁰⁶ y la Ley sobre la residencia, actividades remuneradas y la integración de extranjeros en el territorio federal de Alemania [Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet]¹⁰⁷ establecen plazos determinados de prohibición de ingreso al país, tiempo que podría ser reducido por la autoridad migratoria, en caso la persona extranjera contara con arraigo familiar.

- **Principio de razonabilidad**

Otro de los principios relevantes es el de razonabilidad, estipulado en el inciso 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, el mismo que establece que “las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido”.

Este principio además, excluye la arbitrariedad. Así lo señaló el Supremo intérprete de la Constitución, en la STC N° 010-2002-AI/TC, fundamento 12, al señalar que “El requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad. La idea que confiere sentido a la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso (...). En ese orden de ideas, tales decisiones, incluso cuando la ley las configure como “discrecionales”, no pueden ser “arbitrarias”, por cuanto son sucesivamente “jurídicas” y, por lo tanto, sometidas a las denominadas reglas de la “crítica racional”.

De igual modo, el Tribunal Constitucional ha establecido, a nivel general,

105 Comunicado de Prensa N° 004-08 del 20 de junio de 2008. Disponible en: http://www.conperlon-dres.com/html_files/TemasdeInteres/Comunicado_de_prensa_DIRECTIVA_DE_RETORNO.html. Consulta realizada el 31 de octubre de 2014.

106 Ley N° 370 del 2013. Artículo 39º: “La salida obligatoria implica la prohibición de reingreso a territorio nacional de la persona migrante extranjera de forma temporal o definitiva y se computará el tiempo a partir del día de su ejecución.(...) La Dirección General de Migración podrá reconsiderar la prohibición por causas de reunificación familiar y/o por razones humanitarias”

107 Esta norma establece que el plazo de impedimento de ingreso depende del arraigo y la salida voluntaria en la expulsión. El plazo máximo de dicho impedimento es de 5 años, excepto para casos de peligro para la seguridad pública.

el modo en que los principios de proporcionalidad y razonabilidad deben operar en materia administrativa disciplinaria:

“(…) una decisión razonable en estos casos supone, cuando menos:

a) La elección adecuada de las normas aplicables al caso y su correcta interpretación, tomando en cuenta no sólo una ley particular, sino el ordenamiento jurídico en su conjunto.

b) La comprensión objetiva y razonable de los hechos que rodean al caso, que implica no sólo una contemplación en “abstracto” de los hechos, sino su observación en directa relación con sus protagonistas, pues sólo así un “hecho” resultará menos o más tolerable, confrontándolo con los “antecedentes del servidor”, como ordena la ley en este caso.

c) Una vez establecida la necesidad de la medida de sanción, porque así lo ordena la ley correctamente interpretada en relación a los hechos del caso que han sido conocidos y valorados en su integridad, entonces el tercer elemento a tener en cuenta es que la medida adoptada sea la más idónea y de menor afectación posible a los derechos de los implicados en el caso”.¹⁰⁸

La actual regulación estaría inobservando este principio al establecer que el abandono del país, denominado de diferentes formas (salida obligatoria o expulsión), constituye la única sanción aplicable a determinadas conductas, sin tomar en cuenta la distinta naturaleza y gravedad de las faltas cometidas. Es decir, se dispone igual sanción a quien se le vence su permiso de permanencia y, a quien es sentenciado a pena privativa de libertad por la comisión de un delito.

Esta evidente disparidad no se condice con lo previsto en la Ley del Procedimiento Administrativo General, que en el numeral 3) de su artículo 230° establece que las sanciones a ser aplicadas deberán “ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción”.¹⁰⁹

¹⁰⁸ STC N°2192-2004-AA/TC, fundamento 20.

¹⁰⁹ Ley del Procedimiento Administrativo General. Artículo 230, numeral 3: “Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- b) El perjuicio económico causado;
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- e) El beneficio ilegalmente obtenido; y
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor”.

El vencimiento de un permiso de residencia o permanencia, atendiendo a las circunstancias que pueden haber conllevado a esta situación, en la medida que no involucre la comisión de un delito, no debería motivar la salida del país de las personas pues tal situación podría ser superada mediante procedimientos administrativos subsanatorios y, de ser el caso, el pago de la multa correspondiente; como sucede en diversos países de la Región.

Así por ejemplo, la Ley de Migraciones de Argentina, Ley N° 25.871, en su artículo 61º concede al/la extranjero/a un plazo para regularizar su condición migratoria, antes de optar por su expulsión, además, de tomar en cuenta su arraigo en el país y sus condiciones personales.

*“Al constatar la irregularidad de la permanencia de un extranjero en el país, y atendiendo a las circunstancias de profesión del extranjero, su parentesco con nacionales argentinos, el plazo de permanencia acreditado y demás condiciones personales y sociales, **la Dirección Nacional de Migraciones deberá conminarlo a regularizar su situación en el plazo perentorio que fije para tal efecto**, bajo apercibimiento de decretar su expulsión. Vencido el plazo sin que se regularice la situación, la Dirección Nacional de Migraciones decretará su expulsión con efecto suspensivo y dará intervención y actuará como parte ante el Juez o Tribunal con competencia en la materia, a efectos de la revisión de la decisión administrativa de expulsión.” (subrayado nuestro).*

De igual forma, el ingreso clandestino al país no debería equiparse con la misma sanción para quien lo hizo de manera premeditada y con la finalidad de burlar la justicia por sus antecedentes penales y judiciales; de aquella otra que –por desidia, desconocimiento o por encontrarse en un contexto de vulnerabilidad– obvió este registro, lo que no significa que la falta administrativa merezca una sanción.

Conviene tener presente que los Estados deben realizar acciones que permitan a las personas migrantes regularizar su situación migratoria antes de adoptar medidas sancionatorias, siempre que no se trate de hechos que involucren la comisión de ilícitos penales. Es necesario recordar que toda acción que se adopte contra una persona migrante en nuestro país, puede repercutir negativamente en el trato que se le brinde a nuestros/as connacionales en el exterior, en atención al principio de reciprocidad en materia migratoria.¹¹⁰

110 Conviene tener presente que la reciprocidad es considerada un principio universalmente aceptado en las relaciones internacionales. Ver: “La reciprocidad en las relaciones internacionales”, de Manuel Morales Lama. Disponible en: <http://www.listindiario.com/puntos-de-vista/2009/6/19/105225/La-reciprocidad-en-las-relaciones-internacionales>

Tampoco podemos perder de vista que la política migratoria debe ser coherente, integral, multidisciplinaria e intersectorial, lo que obliga al Estado a coordinar y articular acciones en favor de los/las migrantes, manteniendo los mismos enfoques y criterios en su actuación. Uno de los principales problemas que enfrentan nuestros/as compatriotas en el exterior es la irregularidad, situación que se viene enfrentando con la promoción de convenios con otros países que faciliten la regularización migratoria.

Así por ejemplo, en el caso de la ciudadana argentina M.M.A.¹¹¹, quien tiene un hijo peruano y una orden de salida obligatoria con impedimento de ingreso, el adecuado uso del precedente constitucional hubiera obligado que Migraciones evalúe una salida distinta a su caso, en observancia de los principios de razonabilidad y del Interés superior del niño.¹¹² Es decir, era posible que se promueva su regularización –vía acuerdos bilaterales– que disponer su salida obligatoria con impedimento de ingreso, vulnerando el derecho a la unidad familiar.

La obligación estatal de realizar un análisis de ponderación cuando la autoridad migratoria decide sobre la separación de familiares, también ha sido puesta de manifiesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva N° OC-21/14 relativa a los Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la migración, donde se indica que “cualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe emplear un análisis de ponderación, que contemple las circunstancias particulares del caso concreto y garantice una decisión individual, priorizando en cada caso el interés superior de la niña o del niño”.¹¹³

Al momento que la autoridad migratoria deba decidir sobre la permanencia en el país de una persona migrante, será necesario que valore el grado de solidez de sus vínculos familiares, sociales o culturales. Es decir, que no sólo reconozca los lazos familiares sino de manera amplia todos aquellos otros que pueda haber establecido a nivel social y cultural, como parte de su vida privada.¹¹⁴

111 Véase capítulo 1 del presente informe.

112 En el presente caso la autoridad migratoria pudo haber permitido a la ciudadana acogerse al Acuerdo sobre residencia para nacionales de los estados partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile, norma que le hubiera permitido regularizar su situación migratoria de forma simple, ágil y sin multas.

113 Corte IDH. Opinión Consultiva N° OC-21/14, punto resolutive 13.

114 Tribunal Europeo de Derechos Humanos casos: Kaftailova vs. Letonia, Sentencia del 22 de junio

En base a lo expuesto, en tanto se modifique la Ley de Extranjería, la autoridad migratoria está en la obligación de ponderar y aplicar correctamente los principios constitucionales ante las infracciones cometidas; y entre otros criterios, considerar algunos que son amparados en procedimientos administrativos sancionatorios existentes,¹¹⁵ como:

- La naturaleza de la falta, pues es evidente que no todas poseen la misma importancia o trascendencia.
- La gravedad del perjuicio ocasionado.
- La efectiva responsabilidad del/ de la infractor/a, pues debe establecerse con precisión si existió o no la “intención” de cometer la falta.
- Las condiciones personales del/a infractor/a como su condición de madre, padre o hijo; edad; enfermedades graves; trastornos psiquiátricos o pertenencia a una determinada etnia, entre otros.
- La predisposición a regularizar su condición migratoria y someterse a las sanciones correspondientes.
- El arraigo con el país.

El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia¹¹⁶ ha señalado la obligación de observar los principios de razonabilidad y proporcionalidad. De igual manera, ha señalado que se deben tomar en cuenta las condiciones personales de la persona sometida a un procedimiento administrativo.¹¹⁷

de 2006, párrafo. 63; Shevanova vs. Letonia, Sentencia del 15 de junio de 2006, párr. 66; Sisojeva y otros. vs. Letonia, Sentencia del 16 de junio de 2005, párr. 102. Sobre este aspecto, es dable destacar la diferenciación hecha por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación a la protección de la “vida privada” y la protección de la “vida familiar”. En efecto, este Tribunal puso de manifiesto que no todas las personas migrantes, que hayan tenido o no una prolongada estadía en un país desarrollan necesariamente vínculos que puedan encuadrarse dentro del concepto de “vida familiar”. Sin embargo, la protección a la “vida privada” viene a resguardar el derecho de toda persona a establecer vínculos con otros seres humanos y el entorno en general, pudiendo abarcar aspectos de la identidad social de la persona. Por ello, “la totalidad de los vínculos sociales” establecidos por el/la migrante con la comunidad en la que vive forman parte del ámbito de su “vida privada” y son merecedores de igual protección y deberán ser analizados al momento de sopesar la proporcionalidad y necesidad de una expulsión. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso: Ünner vs. Países Bajos.

115 Por ejemplo, los artículos 78° y 79° del Reglamento del Código de Ejecución Penal, aprobado mediante Decreto Supremo N° 015-2003-JUS.

116 Véase las sentencias recaídas en los expedientes N° 1803-2004-AA/TC, N° 00535-2009-PA/T, N° 090-2004-AA/TC, N° 045-2004-PI/TC, entre otras.

117 Según el Tribunal Constitucional “esto implica un claro mandato a la administración (...) para que, en el momento de establecer una sanción administrativa, no se limite a realizar un razonamiento mecánico de aplicación de normas, sino que, además, efectúe una apreciación razonable de los hechos en relación con quien los hubiese cometido; es decir, que no se trata sólo de contemplar los hechos en abstracto, sino “en cada caso” y tomando en cuenta “los antecedentes del servidor”. STC N° 2192-2004-AA/TC, fundamento 20.

- **Garantías al debido procedimiento administrativo**

La Ley de Extranjería carece de un articulado que desarrolle las garantías del debido proceso a observarse en los procedimientos de sanción. La misma situación se repite en la Directiva de Sanciones y en el Protocolo de Actuación Conjunta entre Migraciones y la Policía Nacional del Perú (en adelante Protocolo de Actuación Conjunta).¹¹⁸ Este hecho, sin embargo, no constituye de ninguna manera justificación para obviar su existencia, pues en virtud de la supremacía normativa de nuestra Constitución, tales garantías resultan directamente aplicables tal como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en su STC N° 03891-2011-PA/TC, fundamento 13, al señalar que:

“El derecho al debido proceso, y los derechos que contiene son invocables, y, por tanto, están garantizados, no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. Así, el debido proceso administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto –por parte de la administración pública o privada– de todos los principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139° de la Constitución (juez natural, juez imparcial e independiente, derecho de defensa, etc.).” (subrayado nuestro).

En el mismo sentido, la Corte IDH ha establecido en el párrafo 122 de la opinión consultiva OC-18/03 que “el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna”.

La Ley del Procedimiento Administrativo General contempla las garantías mínimas que deben rodear todo procedimiento sancionador, siendo éstas de obligatorio cumplimiento para todas las entidades públicas. Así el artículo IV, inciso 1.2 del Título Preliminar de esta norma señala que “los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en

118 Este documento, aprobado en agosto de 2014, tiene como objetivo establecer mayor celeridad en los procesos de identificación, ubicación, control, sanción y ejecución de resoluciones de salida obligatoria, cancelación de permanencia o residencia y expulsión. Esta directiva cuenta con tres pasos: i) planeamiento y coordinación, ii) operativo policial y emisión de resolución de sanción y iii) ejecución de las resoluciones.

derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.”

En concreto, en los procedimientos sancionatorios que se siguen a las personas extranjeras, tanto Migraciones como la División de Extranjería de la Policía Nacional se encuentran obligadas de asegurar las siguientes garantías mínimas del debido proceso, sin importar la condición migratoria (regular o irregular) de la persona. Entre otros tenemos:

- **Derecho a la asistencia letrada en el proceso de expulsión:** El Estado debe garantizar –sin excepciones– que la persona migrante cuente con asistencia técnica de calidad, que le permita gozar de un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios que los nacionales.
- **Derecho a la asistencia por un/a intérprete:** El desconocimiento del idioma puede constituir uno de los factores que agraven la vulnerabilidad de una persona migrante. De no garantizarse el derecho a contar un/a intérprete, el/la extranjero/a encontrará una barrera absoluta no sólo para comprender el proceso que se le está incoando sino también para defenderse, comunicarse con su abogado/a y ofrecer su versión de los hechos.
- **Derecho a ofrecer y producir pruebas:** Este derecho, que se deriva del artículo 139° inciso 3) de la Constitución, asegura que se puedan ofrecer los medios probatorios que toda persona considera necesarios para demostrar la veracidad de sus argumentos y, que se valoren de manera adecuada por la autoridad respectiva.
- **Derecho a una decisión motivada:** Sobre el particular, el Tribunal Constitucional considera que todo acto administrativo debe exponer en forma sucinta –pero suficiente– las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada. La sola mención de la norma que ampara el acto no constituye motivación.¹¹⁹

119 STC N° 03891-2011-PA/TC, fundamento 21.

- **Derecho a recurrir:** Tiene por finalidad garantizar que lo resuelto sea revisado a través de los correspondientes medios impugnatorios formulados dentro del plazo legal.¹²⁰

Conviene tener presente que si bien la Ley de Extranjería contempla la posibilidad de impugnar las sanciones de expulsión y salida obligatoria,¹²¹ esta solo puede darse cuando ya se ejecutó la salida del país de la persona extranjera sancionada.

Otro aspecto que llama la atención es que la Directiva de Sanciones otorga a la Policía Nacional un rol que no le corresponde, dado que la obliga a señalar de forma expresa –en los atestados o informes policiales– la infracción cometida y la sanción imponible (párrafos 6.1.2a, 6.1.3a y 6.1.4a), pese a que la propia Directiva reconoce que la potestad sancionadora le corresponde de manera exclusiva a Migraciones, de conformidad con el artículo 6° inciso r) del Decreto Legislativo N° 1130.

- **Retención de personas extranjeras en situación migratoria irregular**

En el derecho nacional la categoría de “retención”, como una forma de limitación a la libertad personal, sólo es contemplada en el Código Procesal Penal del 2004 para referirse a la potestad que tiene la policía de restringir –brevemente– la libertad personal cuando realice una pesquisa por un lapso de cuatro horas.¹²² Dicha facultad opera –según el artículo 208° del mismo Código– cuando de por medio “existan motivos plausibles para considerar que se encontrarán rastros del delito, o considere que en determinado lugar se oculta el imputado o alguna persona prófuga, procede a realizar una inspección”.

120 De acuerdo con el artículo 207.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, los recursos administrativos son: Reconsideración, apelación y revisión. Agotada la vía administrativa, el acto administrativo podrá ser impugnado ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo.

121 Artículo 67° de la Ley de Extranjería.- “En concordancia con el artículo 240° de la Constitución, el extranjero a quien se le hubiese aplicado las sanciones consideradas en el artículo 60, incisos c) y d) de la presente Ley, por haber incurrido en la falta señalada en el artículo 61 inciso a) de esta Ley, podrá solicitar la reconsideración o apelación de la medida adoptada en su contra, formulando su petición ante el Consulado Peruano respectivo, el que canalizará el recurso ante la autoridad competente por el conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores.”

122 Artículo 209° del Código Procesal Penal. “Retenciones: 1. La Policía, por sí -dando cuenta al Fiscal- o por orden de aquél, cuando resulte necesario que se practique una pesquisa, podrá disponer que durante la diligencia no se ausenten las personas halladas en el lugar o que comparezca cualquier otra. 2. La retención sólo podrá durar cuatro horas, luego de lo cual se debe recabar, inmediatamente, orden judicial para extender en el tiempo la presencia de los intervenidos.”

En el caso del Protocolo de Actuación Conjunta utiliza el mismo término, como una pauta de actuación frente a las personas extranjeras en situación irregular, deslizándose incluso la posibilidad de que esta se prolongue sin un plazo determinado, al señalar que “los extranjeros intervenidos serán retenidos en el puesto de comando integrado para su plena identificación, determinación de calidad migratoria hasta la ejecución de la sanción que corresponda”. (subrayado nuestro).

En tanto la condición de irregularidad migratoria no constituye un delito per se, resulta cuestionable que la policía “retenga” un/a extranjero/a por este motivo. En el caso que se quisiera asimilar la “retención” a la categoría de “Control de Identidad Personal” previsto en el artículo 205º del CPP, esta solo opera en situaciones similares a la “retención” es decir en el marco de la “averiguación de un hecho punible” extendiéndose también por un máximo de cuatro horas.

Puede resultar necesario establecer limitaciones a la libertad de las personas extranjeras, de manera excepcional, para determinar su situación migratoria y la medida a adoptarse. En virtud al principio de legalidad, dicha limitación debe ser establecida en una norma con rango de ley, por tratarse de una restricción a un derecho fundamental, como la libertad personal, que debe establecer los supuestos en que procede la temporalidad de la medida y las condiciones en que se debe cumplir.

No compete que un Protocolo establezca dicha restricción, por ello esta disposición resulta contraria al marco legal y requiere de una modificación inmediata.

1.3. Limitaciones para la regularización

Dentro de las limitaciones advertidas en la actual Ley de Extranjería destaca la ausencia de procedimientos administrativos de regularización migratoria que no impliquen la salida y reingreso al país. Actualmente, ello solo es posible en virtud del Acuerdo de Residencia de Mercosur y para personas residentes en mérito a directivas internas, previo pago de multa.

El Perú como la mayoría de países establece un conjunto de requisitos que debe cumplir el/la extranjero/a para obtener una residencia regular. No obstante, cuando las exigencias resultan difíciles o imposibles de cumplir, las personas en movilidad –que tienen razones sustentadas para quedarse– podrían optar por continuar su permanencia, con la consecuencia de verse

disminuidas en el goce de sus derechos;¹²³ además, de las situaciones de riesgo a las que estarían expuestas.

Según se detalla en el documento “La experiencia de los países Suramericanos en materia de regularización migratoria”, la irregularidad genera en las personas extranjeras los siguientes problemas:¹²⁴

- Imposibilidad de integración a la sociedad receptora.
- Dificultades en la inserción en el mercado de trabajo.
- Imposibilidad de acceder a beneficios sociales u obtención de títulos educativos.

Ahora bien, desde la perspectiva del Estado la irregularidad causa también perjuicios:¹²⁵

- Se desconocen los antecedentes criminales de las personas extranjeras que se encuentran irregulares.
- Se pierden potenciales contribuyentes.
- Se desconoce el impacto de la migración en el mercado laboral.

El citado informe señala que cuando la acumulación de personas extranjeras irregulares crece, se gesta presión desde diferentes sectores de la sociedad, ocasionando con ello que las autoridades se vean en la necesidad de adoptar medidas que enfrenten el problema. Entre otras, han sido usualmente utilizadas para corregir la irregularidad migratoria: los procesos de regularización migratoria extraordinaria denominadas “Amnistías” y los acuerdos internacionales (bilaterales o multilaterales).

- **Regularización migratoria extraordinaria o amnistía**

Estas decisiones buscan normalizar la situación de las personas extranjeras que de forma irregular se encuentran en un país. Este procedimiento si bien es una herramienta muy utilizada, suele resultar una solución temporal y coyuntural del problema, si no se acompaña con la modificación de los dispositivos legales que dificultan la obtención y preservación de la condición migratoria regular.

123 Es decir, la persona puede optar por quedarse pero pasaría a una condición de irregularidad.

124 Organización Internacional para las Migraciones. La experiencia de los países Suramericanos en materia de regularización migratoria. Buenos Aires: 2013, pág. 18.

125 Ídem.

Los procesos de regularización para ser exitosos deben tener presente los siguientes aspectos:¹²⁶

- a. Plazos amplios: Deberán ser realistas y basarse en el número estimado de personas que se acogerán a la amnistía y los recursos disponibles para la atención de las mismas.
- b. Correcta difusión e información: La difusión deberá ser amplia y clara de forma que la persona extranjera tenga certeza acerca de la documentación que se le exigirá y el plazo con el que cuenta para presentarla.
- c. Costos accesibles: Si bien no puede ser gratuita en todos los casos, debe tenerse presente que una tasa muy elevada desalentará a la persona migrante y, por ende, el fin último de la regularización perseguido por la amnistía se verá afectado.

En nuestro país, mediante Ley N° 30103¹²⁷ se dictó una Amnistía para las personas extranjeras en situación irregular siempre que hayan ingresado al país antes del 31 de diciembre de 2011. La norma otorgó un plazo de 180 días para la presentación de solicitudes ante Migraciones. Los extranjeros podían acceder a las calidades migratorias de Trabajador, Independiente Profesional o Familiar Residente con las categorías de hijo/a de peruano/a o extranjero/a residente, cónyuge de peruano/a o extranjero/a residente, padres de peruano/a o de extranjero/a residente, dependiente de peruano/a o de extranjero/a residente, en atención a sus condiciones personales.

El balance presentado por Migraciones¹²⁸ dio cuenta que se recibieron un total de 755 solicitudes de regularización migratoria, de las cuales 461 correspondían a residentes¹²⁹ que no pudieron realizar el procedimiento de prórroga en el plazo de ley y 294 a personas con visas temporales vencidas.¹³⁰ Del total, en el 90% se solicitó la calidad migratoria de Trabajador, en el 9% de Familiar de Residente y en el 1% de Profesional.¹³¹ De estas solicitudes, 699

126 Ibid, pp. 22-25.

127 Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 8 de noviembre de 2013.

128 Presentación realizada en la XXII Sesión Ordinaria de la Mesa de Trabajo Intersectorial para la Gestión Migratoria, llevada a cabo el 4 de noviembre de 2014, en el Ministerio de Relaciones Exteriores.

129 Se encuentran las calidades migratorias de Artista, Estudiante, Familiar de Residente, Inversorista y Trabajador.

130 Corresponden a las calidades migratorias de Turista, Negocios, Oficial y Tripulante.

131 Cabe señalar que del total de solicitudes recibidas que ascienden a 755, solo siete se presentaron

fueron aprobadas, 55 denegadas y hubo un desistimiento.

Si bien el objetivo de la norma fue acertado, tuvo un impacto limitado entre las personas en situación irregular debido a que su articulado y posterior reglamentación restringían en demasía sus posibilidades de acceso. Por ejemplo, solo podían regularizar su condición, las personas migrantes que ingresaron de forma legal al país –por medio de un puesto de control migratorio o fronterizo y con visa– excluyéndose a las que no utilizaron estos medios, pero tenían arraigo en el país y vínculo con nacional.¹³²

Del mismo modo, la imposibilidad de exoneración del pago de la multa fue otra limitación para el acceso al beneficio, considerando que la misma se cuenta desde el vencimiento de la autorización de permanencia o residencia hasta la fecha en que se presentó la solicitud de regularización. Así por ejemplo, una persona migrante que ingresó como Turista el 1° de enero del 2008 y presentó su pedido de regularización el 2 de febrero del 2014, debía pagar por concepto de multa un aproximado de \$ 1,800 dólares, pues la multa equivale a un dólar por día de permanencia en exceso.

Por esta razón, en su balance Migraciones señaló la necesidad de impulsar la dación de una norma, que supere las deficiencias advertidas en la Ley N° 30103 y facilite de manera más eficiente la regularización de los/las migrantes, eliminando las barreras económicas, burocráticas y de otra índole.

La posibilidad de establecer costos accesibles o realizar el trámite de forma gratuita queda graficada en la experiencia brasileña que, mediante la Ley N° 11.961 del 2 de julio de 2009, dispuso el otorgamiento de una amnistía a favor de las personas extranjeras que se encontraban irregularmente en su territorio (incluyendo a las personas que entraron clandestinamente) siempre que hubieran ingresado con anterioridad al 1° de febrero de 2009. La citada ley solo contemplaba como requisitos la acreditación de identidad, carencia de antecedentes y fecha cierta de ingreso. Cumplido ello la persona extranjera recibía una residencia temporaria de dos años.

en las Jefaturas Zonales ubicadas en las regiones del interior del país, mientras que 748 en la Sede Central ubicada en Lima.

132 Para estos casos, los procesos de amnistía normalmente suspenden los procesos de expulsión y facilitan la regularización, siempre que las situaciones que originaron la irregularidad estén motivada en razones administrativas, excluyéndose las vinculadas o derivadas en la comisión de ilícitos penales. Véase: Organización Internacional para las Migraciones. La experiencia de los países Suramericanos en materia de regularización migratoria. Op. cit., p. 25.

En el caso de Panamá que realizó hace unos meses, el XV Proceso de regularización migratoria masiva “Crisol de Razas”, no se estableció un monto por concepto de multa y, en las tarifas referidas a los pagos por servicios migratorios, se exoneró a los/las menores de 12 años, personas con discapacidad, adultos/as mayores de 85 años, personas con enfermedades terminales y por razones humanitarias.¹³³

- **Regularización por convenios internacionales**

Como se señaló en el capítulo 2, los acuerdos bilaterales y multilaterales suscritos por el Perú, en materia de inmigración, tienen, entre otros objetivos, regularizar a los/las migrantes, establecer áreas de libre circulación y facilitar el retorno.

No obstante, resulta necesario que la información sobre sus beneficios y requisitos se encuentre disponible al grupo objetivo, ya sea a través de material de difusión impreso o en versión digital vía página web de las autoridades migratorias, a fin de lograr los objetivos de los convenios: facilitar la regularización migratoria, aspectos que requieren ser mejorados.

1.4. Algunos aspectos no contemplados en la legislación migratoria (vacíos normativos)

El análisis efectuado nos permite advertir la existencia de vacíos normativos en la legislación migratoria, que generan dificultades para que las personas extranjeras mantenga su condición de regularidad.

Tal es el caso de quienes habiendo tenido la calidad migratoria de Familiar de Residente, no pudieron conservar la misma a consecuencia de un suceso ajeno a su voluntad, como la muerte o abandono del/de la cónyuge (o familiar) nacional o la separación de la persona extranjera por razones de violencia de género. Ello pese a tener años de residencia, arraigo en el país, inclusive pareja e hijos/as peruanos/as.

133 Regulado por Decreto Ejecutivo N° 547, del 25 de julio de 2012, que establece el procedimiento y requisitos de los procesos de regularización migratoria extraordinaria denominado “Panamá, Crisol de Razas”. El Servicio Nacional de Migración (SNM) otorgó durante el XV Proceso de Regularización Migratoria Extraordinaria, del 2 al 15 de octubre de 2014, un total de 12,260 carnés de trámite migratorio. Información disponible en: <http://www.migracion.gob.pa/index.php/noticias?start=5>. Consulta realizada el 20 de octubre de 2014.

Un ejemplo de ello fue lo ocurrido al ciudadano alemán S.W.K.,¹³⁴ de 58 años de edad, quien fue abandonado por su esposa peruana, hecho que afectó su regularidad migratoria en el país porque no pudo cumplir con presentar la declaración jurada suscrita por su cónyuge, requisito exigido para el procedimiento de prórroga de residencia. Cabe señalar que el mencionado ciudadano tenía cinco años de residencia en el país, situación que no fue valorada por las autoridades migratorias que negaron su solicitud, obligándolo a abandonar el país.

Otro ejemplo que conviene mencionar y que fue descrito en el capítulo 1, es el caso del ciudadano español A.J.C.,¹³⁵ quien vive desde el 2007 en el Perú con la calidad migratoria de Familiar de Residente, casado con peruana y tiene a su cargo a tres hijos peruanos adoptados, menores de edad. Desde el 2013, tiene problemas de violencia familiar con su esposa, obteniendo medidas de protección a su favor y la de sus hijos. Este hecho habría ocasionado que ella se niegue a facilitarle la declaración jurada que pruebe la continuidad del vínculo matrimonial (requisito exigido por Migraciones para prórroga de residencia). Ante la imposibilidad de obtener dicho documento, esta persona no podrá mantener su condición regular en el país.

Es importante resaltar que la legislación de otros países permite superar dificultades como las señaladas, ya que brindan facilidades a los/las familiares de nacionales y extranjeros/as residentes, quienes por el hecho de tener un vínculo con un nacional o residente extranjero, pueden acceder a una residencia permanente. Para ello solo deben presentar un documento que acredite dicho vínculo (partida de nacimiento o matrimonio, según el caso).

Así, podemos mencionar, que la Ley de Migraciones argentina y su reglamento garantizan el derecho de reunificación familiar de las personas migrantes, otorgando directamente una residencia permanente a los padres, cónyuges e hijos/as de argentinos/as nativos/as, naturalizados/as o por opción, así como a los padres, cónyuges, hijos/as menores solteros/as e hijos/as con discapacidad de personas residentes permanentes.¹³⁶

134 Expediente N° 23263-2013/DP-LIMA.

135 Expediente N° 19805-2014/DP-LIMA.

136 Reglamento de Ley N° 25.871. Artículo 22°. "El extranjero que solicite su residencia permanente deberá acreditar:

a) Ser cónyuge, progenitor o hijo de argentino nativo, naturalizado o por opción; teniendo en cuenta principios de unidad, sostén y con el alcance del derecho de reunificación familiar establecido en la legislación pertinente y en el artículo 10 de la presente Reglamentación.

b) Ser cónyuge, progenitor, hijo soltero menor de DIECIOCHO (18) años no emancipado o mayor con capacidad diferente, de un residente permanente, teniendo en cuenta principios de unidad, sostén

Por su parte, la legislación migratoria chilena contempla un concepto más amplio de unidad familiar, que permite la reunificación familiar de los/las cónyuges, padres e hijos/as –independientemente de su edad y estado civil–, tanto de personas chilenas como de residentes permanentes,¹³⁷ otorgándoles la residencia permanente después de un año de residencia temporaria.¹³⁸

Cabe resaltar que tratándose de personas extranjeras que no tengan vínculo familiar, la legislación argentina concede igualmente la posibilidad de obtener una residencia permanente, en atención al arraigo en el país¹³⁹ y al cumplimiento de algunos requisitos que no están relacionados a la obtención de un monto mínimo de ingresos anuales, como ocurre con el TUPA de Migraciones que exige acreditar 10 UIT de renta neta anual para acceder a la calidad migratoria de Inmigrante.

La problemática descrita evidencia la necesidad de que la legislación migratoria peruana contemple la posibilidad que las personas extranjeras que conforman una unidad migratoria -especialmente con un/a connacional- puedan acceder directamente a una residencia permanente. Asimismo, facilitar la conservación de la condición migratoria regular, a través de la exigencia de requisitos pertinentes y necesarios, cuyos montos de trámite sean accesibles y razonables.

De otro lado, hace falta que la normativa migratoria prevea la posibilidad de otorgar una calidad migratoria a las personas extranjeras que se encuentran en situación de vulnerabilidad en nuestro país, tales como las víctimas de trata, personas objeto de tráfico ilícito de migrantes, los/las desplazados/as forzados por efectos de desastres naturales, crisis humanitaria o violencia de género, entre otras.

Sobre el particular, actualmente en el Congreso de la República se viene discutiendo el Proyecto de Ley N° 1037/2011-CR, que propone establecer una

y con el alcance del derecho de reunificación familiar establecido en la legislación pertinente y en el artículo 10 de la presente Reglamentación”.

137 Ley N°1094 de 1975 de Chile. Art. 49: “Los turistas podrán solicitar el cambio de su calidad por la de residente o residente oficial, según proceda, si se hallaren comprendidos en algunos de los siguientes casos: (1) El cónyuge de chileno y los padres e hijos de él; (2) El cónyuge y los hijos del extranjero que resida en el país con alguna visación con permanencia definitiva, y los padres del extranjero mayor de 18 años que resida en el país en alguna de las condiciones anteriores.

138 Mayor información en: <http://www.extranjeria.gob.cl/permanencia-definitiva/pasos-a-seguir-para-obtener-una-permanencia-definitiva/>.

139 El artículo 22° del Reglamento de la Ley N° 25.871, establece que las personas extranjeras tendrán arraigo por haber gozado de residencia por 2 años continuos en el caso de MERCOSUR o por 3 años continuos para los nacionales de otros países.

calidad migratoria de carácter humanitario (visa humanitaria) a personas extranjeras con permanencia irregular en riesgo de expulsión o deportación.

2. Inobservancia o inadecuada aplicación de marco normativo

2.1. Inobservancia de la Ley N° 27444 respecto a requisitos exigidos para trámites administrativos

El TUPA de Migraciones aprobado por Decreto Supremo N° 003-2012-IN, se ha convertido –en la práctica– en el instrumento que regula los procedimientos a cargo de dicha entidad, incluso en algunas de sus disposiciones, pretende ir más allá de las normas vigentes en materia migratoria (Ley de Extranjería y Ley de Nacionalidad), así como de lo establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo General.

Por ejemplo, en lo que respecta a los plazos para resolver una solicitud, el TUPA de Migraciones establece plazos de 60 días, en los procedimientos de cambio de visa y calidad migratoria y hasta un año para la obtención de doble nacionalidad. No obstante, la Ley de Procedimiento Administrativo General en su artículo 35° dispone un plazo máximo de 30 días hábiles.

Cuadro N° 8
Algunos requisitos previstos en el TUPA de Migraciones que contravienen las normas vigentes

Supuestos que contravienen la norma	Requisito solicitado	Procedimientos en que se solicita este requisito
Requisitos que la entidad tiene en su poder en base a un procedimiento anterior	• Partida/Certificado o Acta de nacimiento	• Solicitud de visas (temporales o residentes) para Familiar de Residente- para el caso de padres, hijos/as menores de edad, hijos/as con discapacidad e hijas solteras de peruano/a o extranjero/a residente. • Cambio de calidad migratoria a Familiar de Residente en los supuestos antes mencionados. Asimismo, para el cambio de calidad migratoria de Inmigrante por Familiar de Residente. • Prórroga de Residencia.
	• Tarjeta Andina de Migración	• Prórroga de Permanencia. • Nacionalización de hijos de peruanos nacidos en el extranjero menores de edad. • Permiso especial para firmar contratos. • Inscripción en el registro central de extranjería y emisión del Carné de Extranjería.
Requisitos que no tienen sustento legal	• Evaluación escrita	• Nacionalización de peruano (a) por matrimonio.
	• Excelente record migratorio	• Cambio de calidad migratoria a inmigrante.

Fuente: TUPA de Migraciones

Elaboración: Defensoría del Pueblo

- **Requisitos que la entidad posee en sus archivos**

La Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en su artículo 40.1.1, señala de manera expresa que las entidades públicas se encuentran prohibidas de incluir como requisitos “Aquella que la entidad solicitante posea o deba poseer en virtud de algún trámite realizado anteriormente por el administrado en cualquiera de sus dependencias, o por haber sido fiscalizado por ellas, durante cinco (5) años anteriores inmediatos, siempre que los datos no hubieren sufrido variación ni haya vencido la vigencia del documento entregado (...)”.

En el caso del TUPA de Migraciones resulta reiterativo que se solicite información que la entidad ya posee y que no es susceptible de sufrir variación alguna. En todo caso, algunos documentos exigidos pueden ser reemplazados por otros que tengan el mismo valor probatorio, como es una declaración jurada, que será materia de una acción de fiscalización posterior a cargo de dicha entidad, tal como lo dispone el artículo 41°, incisos 41.1.2, 41.1.3, 41.2 y 41.3, este último señala que esto es aplicable aun cuando la norma expresa disponga la presentación de documentos originales.

En ese sentido, la Defensoría del Pueblo ha exhortado –en reiteradas oportunidades– la necesidad de compatibilizar su norma con lo señalado en la Ley N° 27444. Un ejemplo claro está referido con la solicitud de partidas de nacimiento en el Procedimiento de Prórroga de Residencia (Procedimiento N° 8 del TUPA), donde se exige como requisito: “Original o copia legalizada notarialmente o autenticada por el Fedatario de [Migraciones] de la Partida o Acta o Certificado de Nacimiento o Matrimonio que acredite continuidad del vínculo familiar por el cual obtuvo la residencia con una antigüedad no mayor de tres (03) meses en caso de ser expedida en el Perú y no mayor de seis (06) meses en caso de ser expedida en el extranjero.”

Es evidente que las partidas de nacimiento ya obran en poder de Migraciones, porque fueron presentadas por los/las administrados/as al momento de solicitar la residencia. Por tanto, resultaría injustificada la exigencia de presentar cada año dicho documento para acreditar la vigencia del vínculo filial, pues tal condición no es susceptible de ser modificada con facilidad.¹⁴⁰

140 En la sesión del Congreso realizada el 20 de octubre de 2014, el Superintendente Nacional de Migraciones señaló que “Efectivamente, yo no sé cómo es posible que nosotros podamos exigir la probatoria de un hecho probado anteriormente (...) de exigir que una partida que ya probó un hecho nuevamente volver, oiga pruebe lo que probó anteriormente, (...) creo que es para mí es ridículo”. Es decir, coincidió plenamente con la necesidad de modificar esta norma.

El problema de exigir el original o copia legalizada notarialmente de la partida de nacimiento –que en la práctica implica lo mismo–, radica en los altos costos y tiempo de obtención del mismo, que en algunos casos se complica cuando la persona no tiene familiares que puedan ayudarlo para obtener ese documento en su país de origen.

De igual forma sucede con la Tarjeta Andina de Migraciones, documento que debe presentar la persona extranjera para la realización de algunos trámites, cuando dicho documento se encuentra en poder de Migraciones. Así el TUPA exige la “exhibición del original y copia fotostática simple del documento con el que ingresó al país y original de la Tarjeta Andina de Migración (TAM)”.¹⁴¹

- **Solicitud de requisitos carentes de base legal o irrazonables**

El TUPA debe contener la descripción clara y taxativa de todos los requisitos exigidos para cada procedimiento, los mismos que deben estar contemplados en leyes o reglamentos, que razonablemente sean indispensables para obtener el pronunciamiento correspondiente de la autoridad y cuyos costos no resulten excesivos o sean inaccesibles para los/as administrados/as. En esa medida, los requisitos exigidos en el TUPA de Migraciones que no estén contemplados en la Ley de Extranjería, carecen de todo sustento legal.

Así tenemos, por ejemplo, que en el citado TUPA contendría exigencias que no han sido previstas en la Ley y que se recogen a modo de “nota”, como el requerimiento de “ostentar un excelente record migratorio”, para el cambio de calidad migratoria a inmigrante.

Esta situación se presentó en el caso de la ciudadana de nacionalidad estadounidense M.E.D.¹⁴² a quien se le informó que no podía tramitar su cambio de calidad migratoria de Familiar de Residente a Inmigrante, alegando que no cumplía con ostentar un excelente record migratorio.¹⁴³ La recurrente manifestó que reside en el Perú desde hace siete años y siempre cumplió con sus trámites migratorios en los plazos establecidos, a excepción del año 2013, cuando –por el cambio de TUPA– tomó conocimiento que debía

141 Por ejemplo, en el Procedimiento N° 12 de Nacionalización de hijos peruanos nacidos en el extranjero menores de edad. Véase al respecto, el cuadro N° 8 del presente informe.

142 Expediente N° 22040-2017/DP-LIMA.

143 Según el TUPA de Migraciones, ostentar un excelente record migratorio implica: “haber efectuado la prórroga de residencia antes de la fecha de vencimiento, no haber incurrido en multas por exceso de permanencia, haber gestionado su carnet de extranjería dentro de los 30 días siguientes de su ingreso al país, haber cumplido compromisos asumidos, y no contraponerse con el D.L. N° 689 si fuera el caso”. Véase al respecto, el anexo 2 del presente informe.

entregar las partidas originales de matrimonio y de nacimiento de sus hijos, lo que le impidió hacerlo en el plazo porque tenía que recabar la partida de nacimiento de uno de sus hijos en Suiza y la de su otro hijo así como su partida de matrimonio en dos ciudades distintas de Estados Unidos de Norteamérica.

Conviene resaltar que según lo dispuesto en el artículo 37° de la Ley N° 27444 todo requisito que se fije en el TUPA debe contar con respaldo legal expreso, lo cual no ocurre en este caso debido a que la Ley de Extranjería no lo prevé y no existe Reglamento que lo regule. Además, se debe precisar que esta exigencia, tampoco ha sido consignada como parte de los requisitos, sino que se menciona a manera de “nota”.

El excelente record migratorio se mide, según lo que aparece en el TUPA, en función a los siguientes criterios:

- Haber efectuado la prórroga de residencia antes de la fecha de vencimiento.
- No haber incurrido en multas por exceso de permanencia.
- Haber gestionado el Carné de Extranjería dentro de los treinta (30) días siguientes de su ingreso al país.
- Haber cumplido compromisos asumidos.
- No contraponerse con la Ley de Contratación de Trabajadores Extranjeros, si fuera el caso.

Por ejemplo, si una persona cumplió con los trámites y pagos que se le exigen durante muchos años, y por una eventualidad, se retrasó en un procedimiento, la normatividad vigente de Migraciones permite el pago de una multa. Por ello, no se justificaría que sin ningún análisis previo sobre sus condiciones personales o arraigo en el país, se le niegue a una persona la posibilidad de cambiar su calidad migratoria. Tal hecho no responde a ningún sustento razonable ni proporcional, pudiéndose convertir en una decisión arbitraria.

Otra exigencia contemplada en el TUPA carente de base legal, aparece en el trámite referido a la “Nacionalización de peruano/a por matrimonio”, en el cual se fija como requisito “aprobar el examen de evaluación”, siendo que este no se encuentra previsto en la Ley de Nacionalidad ni en su Reglamento.

Sobre el particular, cabe recordar que la Ley N° 27444, señala de manera taxativa en su artículo 36° inciso 36.1, que “Los procedimientos, requisitos y costos administrativos se establecen exclusivamente mediante decreto

supremo o norma de mayor jerarquía, norma de la más alta autoridad regional, de Ordenanza Municipal o de la decisión del titular de las entidades autónomas conforme a la Constitución, según su naturaleza. Dichos procedimientos deben ser compendiados y sistematizados en el Texto Único de Procedimientos Administrativos, aprobados para cada entidad".

De otro lado, se ha podido advertir que el TUPA de Migraciones contempla los mismos requisitos para la obtención de la calidad migratoria de Trabajador, que son exigidos al representante legal de la empresa contratante por la Subdirección de Registros Generales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Esta duplicidad desconocería la rectoría de este último, que actúa bajo la Ley para la Contratación de Trabajadores Extranjeros.

Cuadro N° 9

Requisitos que la persona extranjera debe presentar ante el Ministerio de Trabajo y ante el Promoción del Empleo y Migraciones para obtener la calidad migratoria de Trabajador

Requisitos para la aprobación del contrato de trabajo por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo	Requisitos para el cambio de calidad migratoria de Trabajador en el Tupa de Migraciones
• Solicitud dirigida a la Sub-Dirección de Registros Generales. • Pago de tasa (0.7692 % UIT, Tributo N° 5533), con número de RUC de la empresa contratante. • Tres (03) ejemplares originales del contrato • Copia del Título Profesional ó Título Técnico o Constancia de Estudios Técnicos o certificado de Experiencia Laboral, visado por Consulado Peruano y Legalizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores o legalizado por Notario Peruano. • Copia de pasaporte o carné de extranjería • <u>Copia de la ficha RUC.</u>	• Solicitud dirigida al Superintendente Nacional de Migraciones. • Derecho de trámite (S/.117.60 nuevos soles). • Copia del pasaporte con vigencia mínima de un año o del Carné de Extranjería. • Ficha de Canje Internacional-INTERPOL. • Copia legalizada o autenticada por el fedatario de Migraciones del contrato de trabajo aprobado por la autoridad administrativa de trabajo. • <u>La ficha RUC de la empresa contratante debe encontrarse ACTIVO y HABIDO.</u> • Copia legalizada o autenticada por el Fedatario de Migraciones de <u>la copia certificada de la vigencia del poder del representante legal de la empresa contratante actualizada y expedida por la Oficina Registral.</u> • <u>La empresa peruana contratante debe tener trabajadores inscritos ante SUNAT.</u>

Fuente: Página web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y TUPA de Migraciones

Elaboración: Defensoría del Pueblo

Otra situación tiene que ver con la exigencia de una multiplicidad de requisitos para el otorgamiento de la visa de Trabajador Designado.¹⁴⁴ Como se puede observar en el cuadro siguiente, se solicitan documentos cuya información está contenida en otros (el contrato y cartas que especifiquen aspectos del mismo).

Cuadro N° 10 Requisitos para obtener la visa de Trabajador Designado

Requisitos específicos establecidos en el TUPA de Migraciones
• Contrato de prestación de servicios, cooperación técnica u otro similar firmado entre la empresa extranjera y la persona natural o jurídica peruana. • Documento de designación emitido por la empresa extranjera <u>en forma individual por cada trabajador</u>, donde se indiquen los nombres y apellidos, <u>nacionalidad, edad</u>, número de pasaporte, especialidad del beneficiario y tiempo de duración del servicio.¹ • Carta de la empresa peruana que recibe el servicio, con la indicación del tipo de actividad y lugar donde recibirá el servicio, que la labor que realizará es de alta <u>especialidad y no se encuentra personal disponible en el país</u>. • Certificado de especialización en las labores que realizará el beneficiario expedido por <u>la empresa extranjera o centro de estudios debidamente apostillado</u>.

Fuente: TUPA de Migraciones

Elaboración: Defensoría del Pueblo

Durante la reunión sostenida con diversos funcionarios y representantes de la sociedad civil el 5 de diciembre de 2014, se abordó este tema, debido a que dichos requisitos dificultaban la posibilidad de contar con personal extranjero calificado; incluso se mencionó un caso que fue denegado porque el documento de designación emitido por la empresa extranjera no indicaba la nacionalidad de la persona, pese a que se presentó una copia de su pasaporte donde se daba cuenta de dicha información.

De lo mencionado anteriormente, se desprende que no existe posibilidad alguna de exigir documentos o pagos por encima de los establecidos en el TUPA. Si la autoridad migratoria considera necesario solicitar algún requisito adicional, deberá modificar el TUPA.

Sobre este último aspecto conviene tener presente que la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que los Textos Únicos de Procedimientos Administrativos pueden modificarse siempre que se estime

¹⁴⁴ Esta calidad migratoria permite el ingreso al país, por un plazo determinado, de personas extranjeras para la realización de tareas o funciones altamente especializadas, las mismas que pertenecen a una empresa no nacional.

necesario, requiriéndose para tal efecto un Decreto Supremo.¹⁴⁵ Este tipo de norma únicamente será necesaria cuando se creen nuevos requisitos, en caso contrario la modificación puede realizarse mediante Resolución Ministerial (u otra norma según la entidad).

2.2. Inadecuada interpretación de la Ley de Nacionalidad en los trámites para la obtención de nacionalidad por opción

El artículo 4º de la Ley de Nacionalidad establece como requisito para la nacionalización por opción, que el/la solicitante demuestre la filiación con sus progenitores, sin señalar que estos deban ser peruanos de nacimiento, requisito que solo es exigido para la adquisición de la nacionalidad peruana por nacimiento.

Un ejemplo de ello, es el caso de la ciudadana española K.R.V.¹⁴⁶, hija de madre peruana y padre español nacionalizado peruano, quien desde niña ha residido en el país como turista y estudiante, y al alcanzar la mayoría de edad ha solicitado optar por la nacionalidad peruana, no obstante, la autoridad migratoria rechazó su pedido alegando que los/las hijos/as de un/a extranjero/a nacionalizado no puedan obtener la nacionalidad peruana por opción.

A criterio de la autoridad migratoria, “la nacionalización por opción solo es posible “por padre o madre peruana de nacimiento, no pudiendo ser el padre nacionalizado por matrimonio”,¹⁴⁷ pese a que esta exigencia no se encuentra prevista en la Ley de Nacionalidad ni en su reglamento.

Cada forma de adopción de la nacionalidad peruana posee diversas condiciones específicas que no deben ser confundidas ni fusionadas entre sí. En el derecho administrativo las condiciones de acceso a una determinada condición jurídica se encuentran establecidas en normas específicas, por ende la administración no puede “crear” exigencias no previstas en la Ley, dado que tal práctica infringe el principio de legalidad administrativa. Además, proceder de esta forma implica también desconocer los efectos jurídicos al título de nacionalidad otorgado por el Estado peruano al padre de la mencionada ciudadana.

¹⁴⁵ Artículo 38º de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

¹⁴⁶ Véase capítulo 1 del presente informe.

¹⁴⁷ Notificación N° 05-201-IN-1607 de fecha 29 de abril de 2014.

2.3. Prohibiciones no estipuladas en la Ley de Extranjería: diferencias de trato entre los dependientes de ciudadanos/as extranjeros/as y de nacionales

Pese a que la Ley de Extranjería no establece prohibición expresa de ningún tipo para que las personas extranjeras dependientes de un/a nacional o extranjero/a residente puedan realizar alguna actividad económica en el país, las autoridades migratorias vienen asumiendo que sólo los/las extranjeros/as que tengan vínculo con un/a nacional (esposo/a, padre o madre) pueden realizar actividades remuneradas. Las personas comprendidas en el segundo grupo que deseen trabajar deben hacer el cambio de su calidad migratoria.

Por ejemplo, una persona extranjera casada con peruano/a, con calidad migratoria de Familiar de Residente puede trabajar en el país. Empero si mantuviese igual vínculo con extranjero/a residente estaría impedida de hacerlo, salvo que renuncie a su calidad migratoria de Familiar de Residente y solicite su cambio a la de Trabajador (siempre que cumpla con los requisitos para dicha calidad migratoria).

Como se ha señalado, de acuerdo al principio-derecho de igualdad, todo trato diferenciado debe estar debidamente sustentado y, no puede ampararse en ninguno de los motivos prohibidos por nuestro ordenamiento constitucional, como es la nacionalidad u origen de la persona.

En esa medida, cualquier interpretación de la Ley debe encaminarse a la protección de los derechos fundamentales (principio pro homine) y no restringir su pleno ejercicio. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que:

“(...)el principio pro homine implica que los preceptos normativos se tengan que interpretar del modo que mejor se optimice el derecho constitucional y se reconozca la posición preferente de los derechos fundamentales [STC N° 1049-2003-PA, fundamento 4]. **Asimismo, pero de manera inversa, también implica que debe preferirse la norma o interpretación más restringida cuando de lo que se trata es de fijar restricciones al ejercicio de los derechos, sean éstas de carácter permanente o extraordinaria.** Esta directriz de preferencia de normas o de interpretación alcanza a ser aplicable incluso en los casos de duda sobre si se presenta una situación en que se encuentran en juego derechos fundamentales u otros derechos”.¹⁴⁸ (Subrayado nuestro).

148 STC N° 02005-2009-PA/TC, fundamento 33.

Por consiguiente, todo trato diferenciado para ser válido, debe sustentarse en los principios de razonabilidad y proporcionalidad, que justifiquen dicha medida. Además, de contar con un respaldo legal claro y preciso, supuestos que no existen en el presente caso, y que podrían implicar una arbitrariedad en la interpretación que viene realizando la autoridad migratoria.

2.4. Aplicación inadecuada de preceptos constitucionales y administrativos

En por lo menos dos casos conocidos por nuestra institución,¹⁴⁹ Migraciones ha reconocido haber incurrido en un “error administrativo” pero, en vez de corregirlo, ha optado por trasladar los efectos del mismo a los/las administrados/as causándoles –como es lógico– graves perjuicios.

Dado que este criterio que “el error no genera derechos” es utilizado en forma recurrente por la autoridad migratoria, es necesario ahondar sobre sus alcances y ámbito de aplicación, más aún porque la propia entidad reconoce que se trata de un criterio amparado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por ende, resulta vinculante para toda la administración pública.

Ahora bien, conviene tener presente que dicho criterio tuvo su origen en un caso previsional limitándose su aplicación, casi siempre, a tales ámbitos;¹⁵⁰ en cuya característica común, destaca el hecho que guarda relación con la obtención de una pensión de forma irregular, ya sea porque legalmente existía un impedimento o porque se había actuado de forma maliciosa al utilizar, por ejemplo, documentos falsos.

Así en la STC N° 1254-2004-AA/TC, se señala que: “la alegación de poseer derechos adquiridos presupone que éstos hayan sido obtenidos conforme a ley, toda vez que el error no genera derechos; por consiguiente, cualquier otra opinión vertida con anterioridad en que se haya estimado la prevalencia de la cosa decidida, sobre el derecho legalmente adquirido, queda sustituida por los fundamentos precedentes”.

El estudio de los casos revela que el ámbito de acción de este lineamiento jurisprudencial se limita a hechos en los cuales se obtiene un beneficio o un

149 Véase al respecto el capítulo 1 del presente informe referido a los casos de las ciudadanas A.V.G. e I.A.G.

150 Véase las STC N° 03975-2011-PA/TC, N° 01291-2011-PA/TC, N° 08468-2006-PA/TC, N° 03397-2006-PA/TC, entre otros.

derecho que no hubiera podido conseguirse –bajo ningún supuesto– sin mediar error (propio de la administración o provocado por la persona).

Un caso diferente al ámbito previsional en el cual se invoca el precepto aludido se dio en el caso Crousillat, en el cual el Tribunal Constitucional precisa que “la calidad de cosa juzgada que ostenta una resolución está supeditada a que no atente contra derechos fundamentales u otros principios o valores de la Constitución. (...) En este sentido, este Colegiado advierte que siendo la razón por la que se decidió conceder el indulto al favorecido el grave estado de salud en el que presuntamente se encontraba, y, como ha quedado demostrado, el error en que incurrió era de tal magnitud que se encontraba justificada en el caso la anulación del indulto, la demanda no puede ser estimatoria”.¹⁵¹

Como se aprecia, pese a tratarse de ámbitos distintos se aborda un mismo hecho: el error viabiliza la obtención de un beneficio que de otro modo no hubiera ocurrido. La precisión de los márgenes de acción del precepto resulta importante en la medida que permite sistematizar las condiciones en que puede ser invocado, siendo solo dos:

- Existencia de un acto errado por parte de la administración sea éste de mutuo propio o provocado por el administrado.
- Que la obtención del derecho, beneficio u reconocimiento sea únicamente posible debido a la presencia del error.

Aplicar el precepto “el error no genera derecho” cuando se trata de pronunciamientos de la administración pública que hubieran quedado firmes, conlleva la necesidad de invocar el artículo 202º de la Ley del Procedimiento Administrativo General que regula la denominada nulidad de oficio.

De acuerdo a la citada Ley, esta nulidad sólo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió la resolución que generó el acto que se invalida, siendo que el plazo máximo para declararlo es de un año, contado a partir de la fecha en que el acto administrativo quedó firme. Después de este plazo, la entidad tendrá que acudir a la vía judicial (contencioso administrativo) a fin de obtener la nulidad del acto que cuestione. El término fijado para recurrir a este proceso es de dos años contados desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad de oficio en sede administrativa. Resulta evidente que una vez agotados estos plazos

151 STC N° 03660-2010-PHC/TC. Fundamentos 7 y 19.

la entidad pública no podrá cuestionar ni restar eficacia jurídica a un acto administrativo.

El artículo 202.1º contempla dos exigencias de fondo para declarar una nulidad de oficio: solo procede en los casos previstos en la propia norma y que agravien el interés público. Sobre este último aspecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional señala que: “tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa”.¹⁵²

En atención a lo expuesto, no resulta posible desconocer la vigencia de actos administrativos, sin utilizar los procedimientos establecidos, dado que de otro modo se afectan los derechos de los/las administrados/as quienes se verían privados de activar los mecanismos de defensa contemplados en la Ley del Procedimiento Administrativo General. De este modo si Migraciones anula de oficio un acto, la persona afectada podrá interponer contra tal decisión los recursos impugnativos existentes, pudiendo incluso llevar el caso ante el Poder Judicial.

Cabe precisar, que en los casos conocidos por nuestra entidad, pese a que no se cumplió con esa exigencia, los actos administrativos fueron “anulados” de manera tácita por la autoridad, al expedir resoluciones que dejan sin efecto o desconocen los derechos otorgados a los/as administrados/as.

2.5. Desconocimiento de los efectos jurídicos del matrimonio civil

Hemos podido advertir que en algunos casos, Migraciones viene negando efectos jurídicos al matrimonio, irrogándose potestades que no tiene para desconocer su validez. Así por ejemplo, se viene denegando el cambio de calidad migratoria a Familiar de Residente, aduciéndose que en la fecha en que se celebró el matrimonio uno de los cónyuges no registraba ingreso al país, a pesar que este acto se encuentra inscrito válidamente.

Eso se pudo advertir con el ciudadano dominicano R.A.S., quien se casó con una peruana cuando se encontraba en situación migratoria irregular y, hasta el momento no ha podido obtener el cambio de calidad migratoria respectivo, debido a que la autoridad migratoria le exige “adjuntar movimiento

152 STC N° 0090-2004-AA/TC. Fundamento 11.

migratorio que acredite su ingreso al Perú a la fecha de celebración el matrimonio (26/05/2012)".¹⁵³

Es decir, esta entidad se está irrogando una facultad que no le compete, desconociendo que de existir dudas sobre la autenticidad de este acto, se puede cuestionar su eficacia en los procesos administrativos o judiciales pertinentes, sin que esto implique paralizar el trámite iniciado por el/la administrado/a pues no existe causal prevista en el TUPA que conceda a Migraciones la facultad de detener un trámite administrativo en curso por este hecho.

La posibilidad de que se celebre un matrimonio, sin que la persona extranjera ostente una condición migratoria regular, viene dado por el hecho que nuestro Código Civil no prohíbe a las personas extranjeras –en situación irregular– contraer nupcias.¹⁵⁴

En esta lógica, los municipios no requieren que la persona extranjera demuestre su estancia legal en el país para efectuar el matrimonio. A modo de ejemplo, una municipalidad limeña señala los siguientes requisitos:

- Partida de nacimiento original (no se aceptan fotocopias ni legalizadas por notario).
- Documento o certificado original que acredite su soltería.
- Copia Legalizada o Autenticada del Pasaporte o Carné de Extranjería.
- Examen Médico Pre Nupcial.
- En caso que el estado civil de los contrayentes sea viudo deberán presentar la partida de defunción y de ser divorciados deberán presentar la copia certificada de la sentencia de divorcio.
- Los contrayentes que se encuentren en el extranjero deberán enviar la documentación antes señalada y el Poder Consular fuera del Registro, solo para iniciar el expediente matrimonial.

En atención a ello, de acuerdo a lo previsto por el artículo 269º del Código Civil, el solo mérito del acta matrimonial prueba la posesión del estado civil de casado. Por ende, la Superintendencia Nacional de Migraciones no podría solicitar documentos adicionales que pretendan establecer si este acto se

153 Oficio N° 4114-2014-MIGRACIONES-SM, de 1º de diciembre de 2014.

154 Los artículos 241º y 242º del Código Civil señalan los impedimentos absolutos y relativos para contraer matrimonio, respectivamente. Así, el artículo 241º señala que no pueden contraer matrimonio (impedimento absoluto): "1. Los adolescentes (...). 2.- Los que adolecieren de enfermedad crónica, contagiosa y trasmisible por herencia, o de vicio que constituya peligro para la prole. 3.- Los que padecieren crónicamente de enfermedad mental, aunque tengan intervalos lúcidos. 5.- Los casados".

realizó o no, tal como viene procediendo en la actualidad.¹⁵⁵ Por el contrario, los efectos jurídicos del matrimonio obligan a la autoridad migratoria a conceder a las personas extranjeras casadas –válidamente– con ciudadanos/as peruanos/as, todos los derechos que la Ley de Extranjería contempla, según nuestro marco normativo vigente.

2.6. Infracción al deber de motivación de resoluciones administrativas

En los casos atendidos por la Defensoría del Pueblo ha sido frecuente observar la falta de motivación en las resoluciones emitidas por parte de la autoridad migratoria, siendo que en muchos de ellos, se limitan a citar las disposiciones de la Ley de Extranjería como sustento de la decisión adoptada o se fijan criterios sin expresar justificación alguna.

Al respecto, la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional relativa al deber de motivación en el ámbito administrativo, señala que:

“La motivación de la actuación administrativa, es decir, la fundamentación con los razonamientos en que se apoya, es una exigencia ineludible para todo tipo de actos administrativos, imponiéndose las mismas razones para exigirla tanto respecto de actos emanados de una potestad reglada como discrecional. (...)”

Es indiscutible que la exigencia de motivación suficiente de sus actos es una garantía de razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión administrativa.

En esa medida, este Tribunal debe enfatizar que la falta de motivación o su insuficiencia constituye una arbitrariedad e ilegalidad, en la medida en que es una condición impuesta por la Ley N° 27444. Así, la falta de fundamento racional suficiente de una actuación administrativa es por sí sola contraria a las garantías del debido procedimiento administrativo”.¹⁵⁶

En esta línea, el artículo 6° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, desarrolla el deber de motivación del acto administrativo, el cual

155 “(...) se reitera que debe adjuntar su movimiento migratorio que acredite su ingreso al Perú a la fecha de celebración del matrimonio (26/05/2012) y/o regularizar movimiento migratorio, toda vez que luego de realizada la búsqueda mediante el Sistema Integrado de Migraciones se observa que salió del Perú en fecha 03/03/2011 e ingresó el 11/07/2014”. Extracto de la notificación cursada por la Superintendencia Nacional de Migraciones en el expediente N° LM140214282 de fecha 06 de agosto del 2014.

156 STC N° 0091-2005-PA/TC, fundamento 9.

constituye un requisito de validez del acto administrativo debido a que por su medio se protegen los derechos de los/las administrados/as.

De acuerdo con dicha norma, “la motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado” (inciso 6.1). Señala, igualmente, que “no son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto” (inciso 6.3).

Es decir, toda resolución administrativa debe explicar claramente los argumentos de hecho y de derecho que han sido tomados en cuenta por la administración para resolver el caso. Como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, “tal exigencia varía de intensidad según la clase de resolución, siendo claro que ella deberá ser más rigurosa cuando se trate, por ejemplo, de decisiones sancionadoras”.¹⁵⁷ De no hacerlo, el acto administrativo incurre en causal de nulidad prevista en el artículo 10.4 de la Ley N° 27444.

Al margen de esta posibilidad debe tenerse presente que la autoridad que emite un acto administrativo sin la debida motivación puede recibir sanciones disciplinarias administrativas o penales de ser el caso (artículos 239° y 243° de la Ley N° 27444).

3. Deficiencias de coordinación interinstitucional

La Ley de Extranjería señala que el control migratorio de ingreso de las personas extranjeras al país, a través del otorgamiento de visas, debe realizarse de manera coordinada entre el Ministerio de Relaciones Exteriores (secciones consulares) y Migraciones.

Por ello resulta necesario que Migraciones facilite al Ministerio de Relaciones Exteriores, el acceso a la base de datos que contiene la información relativa a las personas que tienen algún impedimento establecido en la Ley de Extranjería o alguna sanción que impida su ingreso al país.

En una comunicación recibida el 16 de octubre de 2014, por parte del Ministerio

¹⁵⁷ STC N° 4289-2004-AA/TC, fundamento 9.

de Relaciones Exteriores,¹⁵⁸ se nos informó que en efecto este Sector no tiene acceso a la base de datos de Migraciones que permita al/a la funcionario/a consular contar con toda la información que requiere al momento de la evaluación de una solicitud de visa, como son los antecedentes, sanciones y órdenes de salida del país.

Del mismo modo, no cuenta con información alguna por parte de Migraciones sobre los/las ciudadanos/as extranjeros/as cuyo ingreso al país ha sido denegado durante el período marzo 2013 – septiembre 2014,¹⁵⁹ en virtud del Decreto Supremo N° 001-2013-IN, que establece diversas disposiciones reglamentarias para regular el flujo migratorio de extranjeros en nuestro país. Cabe señalar que el artículo 3° del citado dispositivo establece que Migraciones debe comunicar mensualmente al Ministerio de Relaciones Exteriores la relación de las personas que hubieran sido impedidas de ingresar al país.

La falta de cumplimiento de lo establecido en el mencionado decreto conlleva a situaciones incómodas para las personas extranjeras y empresas de transporte internacional. Tal es el caso de la ciudadana china W.M.L, a quien el consulado peruano en Shanghai concedió una visa de negocios y a su arribo al Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, autoridades del control migratorio advirtieron la existencia de dicho impedimento, procediendo a reembargarla.¹⁶⁰

Esta falta de coordinación también se advierte en la expedición de pasaportes que son remitidos a los consulados peruanos en el exterior. Así en el caso de una ciudadana peruana con residencia en Japón, a quien robaron sus pertenencias y sus documentos personales cuando regresó al Perú, al momento de tramitar su nuevo pasaporte en Migraciones, personal de dicha entidad le informó que no contaba con el registro de pasaportes que son entregados en los consulados peruanos. Por esta razón, la recurrente debió acudir al Ministerio de Relaciones Exteriores, para que se le expida una constancia con el número de su pasaporte anterior.¹⁶¹

158 Oficio N° 3-0-E/477, remitido por la Subdirección de trámites consulares del Ministerio de Relaciones Exteriores, en respuesta a un pedido de información solicitado por la Defensoría del Pueblo.

159 Información proporcionada mediante Oficio N° 3-0-E/487, de fecha 20 de octubre de 2014, por la Dirección de Política Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores.

160 Véase al respecto el capítulo 1 del presente informe.

161 Esto debido a que el nuevo pasaporte debe consignar de manera obligatoria el número del pasaporte emitido anteriormente.

4. Error en el control migratorio

Entre los casos de negligencia en el cumplimiento de funciones advertidas por la Defensoría del Pueblo se encuentran principalmente los errores u omisiones en el registro de movimiento de ingreso y salida, así como la falta de cuidado por parte de algunos/as funcionarios/as en el cumplimiento de sus labores, sea en la entrega de información o el extravío de la documentación, generando inconvenientes así como la afectación de derechos a los/las ciudadanos/as que acuden a la entidad migratoria.

Como un ejemplo de ello se puede citar el caso de la religiosa chilena X.P.C.S., de 83 años de edad, quien ingresó al país en el 2010 y obtuvo la calidad migratoria de Religiosa. Debido a su avanzada edad, no comprendió adecuadamente los trámites que tenía que cumplir todos los años para la prórroga de su residencia, por esta razón, ésta venció en agosto de 2011 y no hizo la renovación.

Con el fin de regularizar su situación, Migraciones le indicó que tenía que salir del país, previo pago de la multa y reingresar como turista. Realizó el viaje y cuando ingresó la registraron erróneamente como residente lo que ocasionó que devenga en irregular porque esa residencia ya estaba vencida.

5. Dilación en el cumplimiento de plazos

La demora en la tramitación de pedidos y cumplimiento de plazos ante Migraciones constituye el principal motivo de queja ante la Defensoría del Pueblo y pese a las medidas que se vienen implementando para mejorar el servicio todavía persiste esta problemática.

La demora en la atención de varios de los casos superan los plazos establecidos en el TUPA para su resolución. Así, el ciudadano J.P.A.,¹⁶² de nacionalidad cubana debió esperar seis meses hasta la resolución de su cambio de calidad migratoria, que según el TUPA debe otorgarse en el plazo máximo de 60 días; mientras que el ciudadano ecuatoriano H.N.V.D.,¹⁶³ tuvo que esperar más de un año la expedición del duplicado de su carnet de extranjería, solicitado ante la Jefatura de Migraciones de Piura.

De otro lado, resultan igualmente preocupantes las demoras en la atención de casos prioritarios como los referidos a menores de edad, como sucedió

162 Expediente N° 3450-2014/OD-LIMA.

163 Expediente N° 1985-2011/DP-PIURA.

recientemente con un adolescente cuyo trámite de salida en Migraciones se extendió por más de un mes, pese a tratarse de una población en situación de especial vulnerabilidad, tal como lo reconocen los tratados internacionales y las normas nacionales sobre la materia.

Un problema recurrente se da también en la emisión de las resoluciones de sanción por infracción a la Ley de Extranjería, donde se registraban demoras mayores a seis meses llegando incluso a un año. Si bien, la Directiva de Sanciones, en su afán de “simplificar” este procedimiento dispone que la imposición de las mismas se haga mediante resolución de la Superintendencia Nacional de Migraciones, y ya no por resolución ministerial, se siguen presentando demoras en su expedición,¹⁶⁴ especialmente tratándose de casos de expulsión de personas extranjeras una vez cumplida su pena privativa de libertad.

Cabe recordar que la Ley del Procedimiento Administrativo General, en el artículo IV, inciso 1.9 de su Título Preliminar, reconoce el principio de celeridad: “Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento”.

Cabe anotar que no toda dilación genera responsabilidad en los/las funcionarios/as. Es por ello que se habla de dilación “indebida”, asumiéndose que pueden existir dilaciones justificadas. Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional español precisa que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no debe ser entendido como un derecho a que se respeten estrictamente los plazos procesales previstos, sino más bien a que las causas se resuelvan en un tiempo razonable.¹⁶⁵

De igual forma, los retrasos sustentados en la excesiva carga de trabajo de los órganos administrativos no justifican las dilaciones. Por el contrario, el principio de celeridad obliga al Estado a corregir las deficiencias donde aparezcan debiendo dotar a la entidad de los recursos humanos y materiales que les permitan realizar adecuadamente sus funciones.

164 Estas demoras no se presentan cuando se realizan operativos policiales inopinados o programados para la identificación de personas extranjeras que infrinjan la Ley de Extranjería, tal como lo establece el Protocolo de Actuación conjunta.

165 Fernández Segado, Francisco. *El Derecho Constitucional Español*. Madrid: Dykinson, 1992, p. 289.

En ese sentido, resulta evidente que los/as funcionarios/as que incumplen los términos procesales o que dilaten injustificadamente los trámites sin causa motivada, incurrirán en una mala praxis, susceptible a ser sancionada.¹⁶⁶

6. Incumplimiento de resoluciones judiciales

Migraciones, como cualquier persona de derecho público, tiene el deber de cumplir las resoluciones judiciales válidamente emitidas por el Poder Judicial, sin que pueda formular objeciones de ningún tipo. Esa obligación se encuentra contemplada de forma taxativa en el artículo 139º inciso 2) de la Constitución el cual señala que “Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución (...)”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la tutela judicial efectiva despliega sus efectos en tres etapas: i) en el acceso al proceso y a los recursos a lo largo del proceso; ii) en la instancia para que se dicte una resolución invocando fundamentación jurídica; y, iii) en la etapa de ejecución de la sentencia.¹⁶⁷

Este derecho involucra una garantía funcional del Poder Judicial, dado que si las sentencias de los jueces no se cumplen, simplemente no podría decirse que existe un Poder independiente, capaz de hacer valer su jurisdicción con plena eficacia de lo que decide, y de este modo, la ciudadanía no tendría un garante real para la protección de sus derechos.

El caso de la ciudadana hondureña L.H.S.E.¹⁶⁸ resulta paradigmático pues, la autoridad migratoria se niega a cumplir el fallo que en su contra emitiera el Segundo Juzgado Penal de Lima, en el proceso de Hábeas Corpus iniciado por la recurrente, contra la resolución administrativa que dispuso su expulsión

166 La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que el carácter razonable de la duración de un procedimiento judicial –situación que es extrapolable al procedimiento administrativo- debe apreciarse en cada caso, debiendo para ello tomarse en cuenta las circunstancias que lo rodean, la complejidad del asunto bajo consideración, la conducta de los litigantes y de las autoridades implicadas y las consecuencias que tal demora ocasiona para las partes del proceso. Caso Zimmermann y Steiner, sentencia del 13 de julio de 1983; caso Guincho, sentencia del 10 de julio de 1984; caso Deumeland, sentencia del 29 de mayo de 1986; caso Lechner y Hess, sentencia del 23 de abril de 1987; caso Motta, sentencia del 19 febrero de 1991; y caso Ruiz Mateos, sentencia del 23 de junio de 1993.

167 Véase las STC N° 1042-2002-AA, N° 1546-2002-AA, N° 4080-2004-AC, entre otras.

168 Véase al respecto el capítulo 1 del presente informe.

del país, sin posibilidad de retorno.

La recurrente señala que ingresó al Perú por la localidad de Aguas Verdes junto con su actual esposo en el año 2012, sin haber registrado su ingreso. En abril de 2013, contrajo matrimonio civil con un ciudadano peruano, razón por la cual acudió a Migraciones para regularizar su situación migratoria. Dicha entidad en virtud a lo estipulado en el artículo 64º de la Ley de Extranjería, sancionó a la recurrente con la expulsión e impedimento de ingreso al país, a pesar de que última sanción (impedimento de ingreso) no está expresamente prevista en la Ley.

En la reunión de trabajo sostenida con el Superintendente de Migraciones, el 2 de diciembre de 2014, se nos indicó que el Procurador Público encargado de la defensa judicial del Ministerio del Interior se opone al cumplimiento de la sentencia de primera instancia argumentando que la misma aún no es firme, al haberse interpuesto contra ella un recurso de apelación. Sobre esa postura, conviene recordar que tratándose de procesos constitucionales, como el hábeas corpus, opera el principio de “actuación inmediata de sentencia impugnada”, el cual se encuentra inserto en el artículo 22º del Código Procesal Constitucional que a la letra dice: “La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata. (...)”.

Esta disposición guarda relación directa con la finalidad y objetivo de los procesos constitucionales de la libertad (hábeas corpus, amparo, hábeas data, acción de cumplimiento) en los cuales resulta imperativo garantizar una tutela rápida, sencilla y urgente de derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional, ha emitido diversas sentencias con la finalidad de orientar sobre el correcto alcance de lo que significa la “actuación inmediata de sentencia impugnada”.¹⁶⁹ En forma extensa, aborda este tema en la STC N° 607-2009-PA, señalando que:

“(…) a diferencia del modelo procesal que recogía la derogada Ley N° 23506 y normas conexas, el Código Procesal Constitucional –vigente desde el 1º de diciembre de 2004–, ha incorporado en su artículo 22º, segundo párrafo, el régimen de actuación inmediata de sentencias estimatorias para los procesos constitucionales de la libertad. En consecuencia, y sin perjuicio de lo que habrá de decirse más adelante, el juez constitucional se encuentra habilitado en estos casos para **ejecutar los mandatos contenidos en su sentencia estimatoria, independientemente de la existencia de**

169 STC N° 5994-2005-HC, fundamento 3.

mecanismos de acceso a la instancia superior." (subrayado nuestro).¹⁷⁰

Además, el máximo intérprete de la Constitución precisó que la incorporación de la actuación inmediata de sentencia impugnada no implicaba una afectación del derecho a la doble instancia o a la impugnación de resoluciones judiciales, garantías que forman parte del debido proceso legal. En este sentido, estableció:

"(...) el efecto suspensivo de los recursos no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pluralidad de instancias."

En efecto, todo recurso de apelación (...) tiene por contenido necesario la simple revisión de la decisión judicial por un órgano superior, pero en modo alguno conlleva un derecho similar a la estimación del recurso. Y es que, en buena cuenta, la subsanación del supuesto error impugnado constituye tan sólo un efecto probable, mas no de seguro cumplimiento, de los medios impugnatorios. En esa medida, pues, puede afirmarse que el régimen de efecto suspensivo de los recursos, al impedir la ejecución de la sentencia apelada, termina garantizando al demandado un resultado que es sólo contingente y aleatorio; lo que contrasta, en todo caso, con el derecho cierto del demandante que ha sido reconocido en la sentencia estimatoria de primer grado".¹⁷¹

En la misma decisión (fundamento 63), el Tribunal establece una serie de reglas a ser observadas por los órganos jurisdiccionales para aplicar la actuación inmediata de la sentencia impugnada: "(...)

- Sistema de valoración mixto: si bien la regla general debe ser la actuación inmediata de la sentencia estimatoria de primer grado, el juez conservará, empero, cierto margen de discrecionalidad para tomar una decisión ajustada a las especiales circunstancias del caso concreto.
- Juez competente: será competente para resolver la solicitud de actuación inmediata y, de ser el caso, para llevarla a cabo, el juez que dictó la sentencia de primer grado.
- Forma de otorgamiento: si bien como regla general la actuación inmediata procederá a pedido de parte; ello no impide que el juez

170 STC N° 607-2009-PA, fundamento 18.

171 *Ibíd.*, fundamentos 57 y 58.

pueda ordenarla de oficio cuando exista el riesgo de un perjuicio irreparable para el demandante, ello, en virtud de la obligación del juez constitucional de proteger de modo efectivo los derechos constitucionales, conforme a lo dispuesto por el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

- **Sujetos legitimados:** tendrá legitimación activa para solicitar la actuación inmediata el beneficiado con la sentencia estimatoria de primer grado o, en su caso, el representante procesal, según lo dispuesto por el artículo 40 del Código Procesal Constitucional.
- **Alcance:** por regla general, la actuación inmediata ha de ser otorgada respecto de la totalidad de las pretensiones estimadas por el juez a quo; sin embargo, el juez podrá conceder también la actuación inmediata de forma parcial, es decir, sólo respecto de alguna o algunas de las referidas pretensiones, cuando ello corresponda según las circunstancias del caso concreto y teniendo en consideración los presupuestos procesales establecidos en el punto viii. No serán ejecutables por esta vía los costos y costas del proceso, ni los devengados o intereses.
- **Tipo de sentencia:** podrá concederse la actuación inmediata de la sentencia estimatoria de primer grado, tanto de sentencias que no hayan sido apeladas pero que aún puedan serlo, como de sentencias que ya hayan sido apeladas. La actuación inmediata de la sentencia estimatoria de primer grado se entiende sólo respecto de sentencias de condena.
- **Mandato preciso:** la sentencia estimatoria de primer grado debe contener un mandato determinado y específico (mandato líquido), de acuerdo a lo establecido por el inciso 4 del artículo 55 del Código Procesal Constitucional, en el cual debe sustentarse el mandato contenido en la actuación inmediata”.

En base a lo expuesto, la Defensoría del Pueblo recomendó al Ministerio del Interior y a la Superintendencia de Migraciones, cumplir con la sentencia de hábeas corpus expedida en favor de la ciudadana hondureña L.H.S.E., pedido que hasta el cierre del presente informe aún no ha sido atendido.

7. Inobservancia de las normas y principios internacionales sobre atención a niños, niñas y adolescentes

El Estado peruano como suscriptor de diversos tratados de derechos humanos ha incorporado a su derecho nacional, los Principios de Protección Especial e Interés Superior del Niño. El primero de los mencionados se encuentra previsto en la Declaración de los Derechos del Niño, que en su Principio 2 señala que “el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”.

En similar sentido, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que los “Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar”. El respeto a este principio supone para el Estado, familia y sociedad, “la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar tanto su desarrollo normal y sano en los aspectos biológico, físico, psíquico, intelectual, familiar y social, como la promoción y preservación de sus derechos y el ejercicio pleno y efectivo de ellos”.¹⁷²

Por su parte, el Principio de Interés Superior del Niño se desarrolla con amplitud en el artículo 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño, que señala lo siguiente:

“En 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”.

En el ámbito interno, el Tribunal Constitucional considera que este principio se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4º de la Constitución, derivándose de su contenido el deber estatal de adoptar acciones que redunden en la plena promoción y protección de los niños, niñas y adolescentes. A su vez, conlleva la obligación de que los procesos de elaboración, interpretación y aplicación de normas estén dirigidos a fomentar su pleno, desarrollo en condiciones de libertad, bienestar y dignidad:

“El Estado entonces, a través de sus diferentes órganos, asume el deber positivo de adoptar todas las acciones y medidas legislativas,

172 STC N° 01817-2009-PHC/TC, fundamento 4.

administrativas, sociales y educativas necesarias y eficaces orientadas a proteger a los niños contra cualquier clase de violencia (abuso físico o mental, descuido, trato negligente, malos tratos o explotación) de que sean víctimas, ya sea éste proveniente de autoridades públicas, de sus familiares o de terceros, tales como el maltrato de uno de los padres o el descuido de los padres para satisfacer sus necesidades sociales básicas. En estos casos, el Estado tiene el deber de intervenir para protegerlos”.¹⁷³

Pese a que la normativa nacional reconoce estos principios y derechos, en la práctica la Defensoría del Pueblo ha conocido casos que han afectado a menores de edad, desconociéndose la necesidad de su especial protección, como fue el caso de dos menores españoles, hijos de madres peruanas, de 3 y 4 años de edad, quienes fueron “retenidos”, dos días, en la zona internacional del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, debido a que sus pasaportes se encontraban vencidos.

En este caso, inicialmente la autoridad dispuso la repatriación de los menores a España, sin evaluar lo más conveniente al Interés Superior del Niño ni comunicar a las autoridades peruanas competentes para su protección. En uno de esos casos, el padre del menor también se encontraba de viaje; es decir, si el niño hubiera sido retornado no habría tenido ningún familiar que se hiciera cargo de él.¹⁷⁴

Otra incongruencia la advertimos en la Directiva de Sanciones, dado que en su párrafo 6.4.1 señala que los menores de edad no son pasibles de un procedimiento sancionador, ni de sanción administrativa por infracción migratoria empero –a reglón seguido– hace a sus padres responsables del pago de multa en casos de exceso de permanencia.

Esta disposición resulta contradictoria, pues si un/a menor de edad no es pasible de sanción administrativa, no es jurídicamente posible que se exija a sus padres el pago de una multa, pues tal hecho se deriva de la existencia de una sanción.

De otro lado, en el ejercicio de sus facultades sancionatorias, Migraciones ha ordenado la salida del país de personas extranjeras, que por razones administrativas devinieron en situación migratoria irregular, sin considerar

173 Ibíd, fundamento 12.

174 El 29 de enero de 2014, Migraciones estuvo a punto de repatriar a los dos menores de edad porque ingresaron al país con sus pasaportes vencidos. Nuestra intervención recordó a Migraciones la obligación estatal de respetar el principio de Interés Superior del Niño, permitiendo que regularicen sus documentos en el consulado español en Lima.

que dicha sanción conlleva la separación de sus menores hijos/as peruanos/as, e incluso, la salida de estos/as, en caso que las personas expulsadas se encarguen de su cuidado. Tal es el caso de la ciudadana argentina M.M.A. –mencionado anteriormente–, cuyo hijo de 16 años podría abandonar el país junto a ella, porque desde la separación de su pareja, ella tiene la tenencia y es responsable de su cuidado y manutención.¹⁷⁵

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que en atención al principio del Interés Superior del Niño, los/las menores de edad tienen derecho a tener una familia y no ser separados de ella.¹⁷⁶ En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC N° 21/14.¹⁷⁷

- **Menores de edad no acompañados/as**

De otro lado, Migraciones debe prever un procedimiento especial para el caso de los/las menores de edad “no acompañados”.¹⁷⁸ La autoridad debe poner especial énfasis en la detección de estos casos siendo imprescindible que registren sus datos y convoque a las autoridades de protección de los/las niños, niñas y adolescentes competentes (Policía Nacional, Fiscalía de familia, etc.).

Un aspecto a no descuidar, es el referido a la valoración de la relación de parentesco o vinculación de un/a menor de edad no acompañado/a con la persona adulta que se declara como su responsable. Un error en este análisis podría poner al/la menor de edad en situación de vulnerabilidad o dejarlo/a en manos de traficantes de personas.

175 Sobre este tema cabe indicar que la Corte Europea de Derechos Humanos, señaló que la denegatoria del permiso de residencia y la expulsión de una ciudadana de Holanda haría imposible una relación adecuada entre ella y su hija. Por tal motivo consideró que para la debida protección de los intereses de la menor, el gobierno de dicho país debía permitirle residir en su territorio. Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Rodrigues Da Silva & Hoogkamer vs. Países Bajos (sentencia del 31 de enero de 2006).

176 STC N° 01817-2009-PHC/TC, fundamento 14.

177 El párrafo 13 de esta opinión consultiva señala que “Cualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe emplear un análisis de ponderación, que contemple las circunstancias particulares del caso concreto y garantice una decisión individual, priorizando en cada caso el interés superior de la niña o del niño. En aquellos supuestos en que la niña o el niño tiene derecho a la nacionalidad del país del cual uno o ambos progenitores pueden ser expulsados, o bien cumple con las condiciones legales para residir permanentemente allí, los Estados no pueden expulsar a uno o ambos progenitores por infracciones migratorias de carácter administrativo, pues se sacrifica de forma irrazonable o desmedida el derecho a la vida familiar de la niña o del niño, en los términos de los párrafos 263 a 282”.

178 Se considera “menor no acompañado” a toda persona con menos de 18 años que se encuentra separada de ambos padres y no está bajo el cuidado de ningún adulto que por ley o costumbre esté a su cargo.

En relación al cuidado que debe dispensarse a los/as “menores de edad no acompañados”, cabe tener presente lo siguiente:

1. Si se trata de un niño, niña o adolescente refugiado/a, éste/a no debe ser devuelto/a a su país de origen, ni a cualquier otro donde pudiera ponerse en peligro su vida o su integridad. Conviene tener presente que los/las menores de edad, en esas circunstancias, tienen serias dificultades para salir de sus países con la documentación necesaria (pasaporte, visado), por lo que, viajan sin documentos o con documentación falsa.
2. Las pruebas de determinación de la edad en ocasiones pueden no ser precisas ya que suelen no estimar aspectos raciales, étnicos, nutricionales, medioambientales, psicológicos y culturales.
3. Los/as menores de edad pueden presentar serias dificultades para expresarse, debido –entre otros aspectos- al idioma, miedo, desconfianza, conocimiento posiblemente limitado de la situación en su país, aspectos culturales y educativos, grado de madurez, entre otros. Por lo que, se les debe proporcionar información adecuada a su edad, debiendo ser entrevistados/as por profesionales preparados y cualificados en esos temas.

Los/as menores de edad no acompañados/as no deben ser detenidos/as por cuestiones relacionadas a su ingreso o estancia irregular en el país, o por carecer de documentación. Por lo tanto, no deberían permanecer privados/as de libertad en puestos fronterizos, aeropuertos, barcos, comisarías de policía u otros lugares, debiendo poner sus casos rápidamente en conocimiento de las autoridades competentes de protección de menores.

Dado que se han conocido este tipo de casos,¹⁷⁹ resultaría imprescindible contar con un protocolo de atención interinstitucional que aborde integralmente esta problemática. Entre las autoridades comprendidas para coordinar esta labor estarían: El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, la Policía Nacional, el Ministerio Público, el Poder Judicial, el Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar INABIF, la Superintendencia Nacional de Migraciones y las representaciones consulares extranjeras en el país. El objetivo principal del protocolo buscaría garantizar la máxima protección

¹⁷⁹ El 8 de octubre de 2014, 16 adolescentes de nacionalidad colombiana –cuyas edades oscilan entre los 13 y 17 años– fueron retornados a su país después de varios meses de permanecer en el Perú. Para ello, fue necesario el desarrollo de múltiples coordinaciones entre el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Migraciones, la División de Extranjería y el Consulado de Colombia.

posible y el rápido retorno del/de la menor de edad a su núcleo familiar, siempre que ello resultara adecuado para su bienestar.

8. Trabajadores migrantes: algunas reflexiones

Debido a que nuestro país en los últimos años ha registrado altas tasas de crecimiento económico, el mercado laboral peruano se ha vuelto cada vez más atractivo para las personas extranjeras, lo que ha generado preocupación en diversos sectores ante algunas deficiencias normativas que imposibilitan la contratación de personal extranjero cualificado.¹⁸⁰

Según el INEI, el número de extranjeros/as que ingresaron al país en septiembre de 2014 con la calidad migratoria de Trabajador fue de 4,646, aumentando en 13.3% en relación al mismo mes del año 2013.¹⁸¹ De acuerdo a su nacionalidad, la mayoría provienen de Colombia y Chile con el 16.1% y 15.4%, respectivamente. Otros países que registran porcentajes importantes son: España con el 13.9%, Argentina con 9.8%, Brasil con 6.1%, Bolivia con 5.6%, Estados Unidos con 5.2% y Ecuador con 4.9%. En menor porcentaje Venezuela con 3.4%, México con 2.1%, y China con 1.9%.¹⁸²

Este hecho ha conllevado un interesante debate sobre la necesidad de cambiar nuestra normativa migratoria, para algunos con la finalidad de limitar el ingreso de un mayor número de trabajadores/as extranjeros/as y para otros –en sentido contrario– promover su entrada al país. Si bien el tema tiene diversas miradas, los especialistas concuerdan en señalar que la afluencia de profesionales extranjeros/as no representaría una amenaza para la población económicamente activa local, debido a que su número no resulta significativo.¹⁸³

De otro lado, conviene recordar que nuestro Estado viene fomentado la inversión de capital extranjero en el país, hecho que obligaría a mantener una política flexible frente al ingreso de capital humano foráneo. Por

180 Véase, entre otros, los siguientes artículos: <http://elcomercio.pe/opinion/editorial/editorial-miedo-al-extranjero-noticia-1751050>; <http://diario16.pe/columnista/39/francisco-belaunde-matossian/2575/a-migraciones-no-le-gustan-los-extranjeros>; <http://gestion.pe/economia/inei-ingresaron-al-peru-47092-extranjeros-calidad-trabajador-trabajo-durante-2013-2088902>

181 Instituto Nacional de Estadística e Informática. Informe Técnico de Evolución del Movimiento Migratorio Peruano. Septiembre de 2014. Disponible en: <http://www.inei.gob.pe/biblioteca-virtual/boletines/migraciones/1/>.

182 Ídem.

183 Entre ellos Jaime Bellido, especialista en derecho comercial e inversión extranjera. Ver: <http://gestion.pe/economia/jaime-bellido-profesionales-extranjeros-no-amenazan-mano-obra-local-2013426>.

ello, se requiere definir una nueva política migratoria referida con los/las trabajadores/as migrantes, debido –principalmente– a que las normas de contratación fueron emitidas en la década del noventa con volúmenes de movimientos migratorios muy diferentes a las que ahora se registran.

- **Normativa que regula la contratación de trabajadores migrantes**

La contratación de personal extranjero se encuentra sujeta a una serie de limitaciones y requisitos establecidos en las siguientes normas:

- Ley para la contratación de trabajadores extranjeros, Decreto Legislativo N° 689.
- Decreto Supremo N° 014-92-TR (modificado por Decreto Supremo N° 023-2001-TR) que reglamenta la Ley para la contratación de trabajadores extranjeros.
- Texto único ordenado de Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR.
- Resolución Ministerial N° 279-2004-TR, Disposiciones para el cumplimiento de la Decisión N° 545, Instrumento Andino de Migración Laboral.

Conviene precisar que se denomina trabajador migratorio a “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”.¹⁸⁴

Es necesario señalar que la Ley para la contratación de trabajadores extranjeros y su reglamento, establecen porcentajes limitativos al número de personal extranjero contratado y al nivel remunerativo que pueden alcanzar.

Respecto al primero, la ley dispone que las empresas nacionales o extranjeras solo podrán contratar personal extranjero en una proporción de hasta el 20% del número total de sus trabajadores empleados y obreros. Con relación al límite remunerativo se prevé que el monto de las remuneraciones no podrá exceder del 30% del total de la planilla de sueldos y salarios considerados de manera conjunta.

Cabe señalar que los contratos de trabajo deberán ser celebrados a plazo determinado, por un período máximo de tres años prorrogables, sucesivamente, por períodos iguales, debiendo constar además, el compromiso de capacitar

¹⁸⁴ Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CTMF). Artículo N° 2.

al personal nacional en la misma ocupación.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 3º del Decreto Legislativo N° 689, cierto grupo de extranjeros/as se encuentran exceptuados de dichos porcentajes limitativos para su contratación, si poseen –entre otras- las siguientes condiciones personales:

- Cuentan con cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos peruanos.
- Posean la calidad de inmigrante.
- Sean nacionales de un país con el que exista convenio de reciprocidad laboral o de doble nacionalidad.
- Sean contratados para prestar sus servicios en el país, en virtud de convenios bilaterales o multilaterales celebrados por el Gobierno del Perú.

De otro lado, la norma también contempla la posibilidad de contratarse personal extranjero por encima de los límites mencionados cuando se trate de:

- Personal profesional o técnico especializado.
- Personal de dirección y/o gerencial de una nueva actividad empresarial o en caso de reconversión empresarial.
- Profesores contratados para la enseñanza superior, o de enseñanza básica o secundaria en colegios particulares extranjeros, o de enseñanza de idiomas en colegios particulares nacionales, o en centros especializados de enseñanza de idiomas.
- Personal de empresas del sector público o de empresas privadas que tengan celebrados contratos con organismos, instituciones o empresas del sector público.

Se admitirán otras excepciones siempre que sean establecidas por Decreto Supremo, y se respeten los criterios de especialización, calificación o experiencia.

Los trámites para lograr la exoneración son similares a los establecidos para la aprobación de los contratos de este tipo de personal, debiendo además detallarse las circunstancias que ameritan la exoneración, las cuales se presentaran mediante declaración jurada y con la documentación sustentatoria pertinente.

Es pertinente destacar que el trabajador migratorio andino no se encuentra

incluido dentro de las limitaciones referidas a remuneración o número de trabajadores.

- **Algunos problemas advertidos**

De acuerdo con el Informe “sombra” elaborado por el Centro de Derechos y Desarrollo (Cedal),¹⁸⁵ existe una contradicción entre lo previsto en la Ley de Contratación de Trabajadores Extranjeros y la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares (CTMF), dado que al establecer la norma nacional un tope a las remuneraciones de los/las trabajadores/as extranjeros/as introduce una diferencia¹⁸⁶ que contradice lo dispuesto por el artículo 25° de la CTMF, que garantiza a la persona extranjera un trato que no sea menos favorable al que reciben los nacionales, en lo que corresponde a su remuneración.

La misma contradicción aparece en lo que se refiere al fin de la relación laboral, pues el plazo máximo de vigencia de los contratos laborales suscritos por las personas extranjeras es de tres años, en tanto que para los/las nacionales los contratos de esta naturaleza se presumen a plazo indeterminado, salvo pacto en contrario. Este trato evidencia una diferenciación no justificada que debería ser evaluada y corregida.

Además de lo señalado, conviene hacer mención a otros aspectos previstos en la citada norma, que deberían ser revisados, como por ejemplo la exigencia de que el/la trabajador/a extranjero/a capacite al nacional en la misma ocupación para el que fue contratado (arts. 5° y 9° inciso e).

De otro lado, la Ley de Extranjería no contempla las mismas calidades migratorias previstas en la CTMF, siendo necesario su adecuación con la finalidad de responder a las diversas realidades que se generan como producto de la conjunción entre la migración y el trabajo, como en el caso de los/las trabajadores/as fronterizos, de temporada, por cuenta propia, entre otros.

185 Informe Sombra. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. CEDAL - Centro de Derechos y Desarrollo. Página 44.

186 Esta norma establece que la remuneración de los trabajadores extranjeros no pueden exceder el 30% del total de la planilla de sueldos y salarios, no considerándose dentro de estas limitaciones al extranjero con cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos peruanos, al extranjero con visa de inmigrante, al extranjero con cuyo país de origen existe convenio de reciprocidad laboral o de doble nacionalidad, entre otros.

Cuadro N° 11
La calidad migratoria de Trabajador en la Ley de Extranjería y la CTMF

Calidades migratorias en la Ley de Extranjería	Denominaciones utilizadas en la Convención
Trabajador Trabajador designado Trabajador independiente (Profesional)	Trabajador de temporada Trabajador marino Trabajador en una estructura marina Trabajador itinerante Trabajador vinculado a un proyecto Trabajador con empleo concreto Trabajador por cuenta propia

Fuente: Ley de Extranjería y CTMF

Elaboración: Defensoría del Pueblo

Otro hecho que dificulta la contratación está dado por las contradictorias interpretaciones que realiza la autoridad migratoria respecto a los requisitos establecidos en la ley. Así por ejemplo, se ha conocido el caso de una trabajadora a quien se le exigió el pago de una tasa por laborar en el sector público, pese a encontrarse exonerada de tal obligación.¹⁸⁷ El argumento utilizado por Migraciones se sustentó –de modo inverosímil– en negar a la empleadora su calidad de organismo estatal, cuando en años anteriores sí se le exoneró de dicho pago.

¹⁸⁷ Decreto Supremo N° 206-83-EFC.

CONCLUSIONES

CON RELACIÓN A LAS QUEJAS PRESENTADAS CONTRA LA AUTORIDAD MIGRATORIA

1. En los últimos años hemos podido advertir un mayor ingreso de personas extranjeras en nuestro país. En el 2010, INEI informó que residían un total de 63,316 personas extranjeras. En el período de enero a noviembre de 2014, la Superintendencia Nacional de Migraciones informó que se aprobó la prórroga de residencia de 21,170 extranjeros, con calidad migratoria de Familiar de Residente (9,522), Trabajador (5,881) y Religioso (2,783). Esta situación muestra la necesidad de enfrentar adecuadamente los desafíos que conlleva la migración internacional.
2. La Defensoría del Pueblo ha venido atendiendo diversos casos, presentados por personas extranjeras y nacionales, debido a la presunta afectación a sus derechos por parte de las autoridades de Migraciones, especialmente en el período 2012 - 2014. Si bien esta entidad viene realizando esfuerzos para mejorar la atención de los/as usuarios/as, estos procesos deben estar acompañados de una capacitación permanente a su personal que garantice la aplicación correcta de la normativa.
3. El informe analiza 167 casos que comprende a 214 personas: 184 extranjeras y 30 nacionales. Del total, 54% son varones (116) y 46% mujeres (98). El 11% son menores de edad (24). La mayoría proviene del continente americano (97), seguido de Asia (43), Europa (40), África (3) y Oceanía (1). De América, principalmente son cubanas (21), bolivianas (19) y colombianas (15). En Europa, españoles (17), ingleses (4), alemanes (4) y holandeses (4). En Asia, mayoritariamente son chinos (35) y en África provienen de Camerún (1), Nigeria (1) y Sudáfrica (1). El único afectado de Oceanía es nacional de Australia. De las 184 personas extranjeras afectadas: 53% tiene vínculos con un connacional o extranjero residente.
4. El 28% de las personas afectadas al momento de presentar su queja tenían la condición de Turistas (59), 17% eran Familiares de Residentes (37), 6% tenía visa de Negocios (12), mientras que el 5% eran Trabajadores (10). Asimismo, el 15% tenía una condición irregular (31). Sobre estas últimas, se pudo advertir que muchas ingresaron de manera regular, pero por diversas circunstancias –algunas generadas por la propia autoridad migratoria– devinieron en una condición irregular.
5. Las quejas, en su gran mayoría, están dirigidas contra la Sede Central de Migraciones ubicada en Lima, lo que representa un 79%, seguidas por la

Jefatura de Migraciones de Trujillo (5%), el Puesto de Control Migratorio del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez de Lima (4%), el Puesto de Control Fronterizo de Aguas Verdes en Tumbes (3%), la Jefatura de Migraciones de Piura (2%), entre otras. Esta situación muestra la necesidad de descentralizar los servicios migratorios, garantizándose la uniformidad en los criterios de actuación de sus funcionarios/as.

CON RELACIÓN AL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL Y NACIONAL Y LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO PARA GARANTIZARLOS

6. En atención al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a los tratados, convenios y acuerdos suscritos, el Perú como país de destino debe garantizar a las personas extranjeras, entre otros, los siguientes derechos: i) recibir información durante el proceso migratorio; ii) recibir protección y asistencia consular; iii) a la protección de la unidad familiar; iv) a la protección contra la expulsión colectiva y/o arbitraria; y v) a la adopción de medidas que promueven la regularidad migratoria.
7. Sobre los lugares habilitados de ingreso al país, entre setiembre de 2013 y octubre de 2014 se visitaron siete Puestos de Control Fronterizo ubicados en Piura (3), Tumbes (1), Tacna (1) y Puno (2). De estos, dos se encuentran en mal estado en su infraestructura (PCF La Tina y El Alamor) y dos no cuentan con computadoras (PCF El Alamor y Espíndola). Asimismo, otros tres no tienen acceso a la base de datos de Migraciones, lo que obliga a sus funcionarios a realizar el control migratorio en forma manual (PCF El Alamor, La Tina y Espíndola).
8. La Ley de Extranjería, Decreto Legislativo 703, constituye la principal norma para regular el control migratorio, ingreso, salida, permanencia y reingreso de las personas extranjeras al país, como el ingreso y salida de los connacionales. Desde su entrada en vigor, hace casi 23 años, no cuenta con un reglamento, razón por la cual el Texto Único de Procedimientos Administrativos de Migraciones (TUPA) y otras normas internas, establecen los requisitos y procedimientos de diversos trámites.
9. Mediante Decreto Legislativo N° 1130, del 7 de diciembre de 2012, se creó la Superintendencia Nacional de Migraciones, como un Organismo Técnico Especializado adscrito al Ministerio del Interior. Esta norma prevé un Consejo Directivo que tiene a su cargo la aprobación de políticas públicas en materia migratoria interna. Dicho órgano está conformado por cuatro miembros y, pese al tiempo transcurrido aún no ha iniciado

sus labores por la falta de designación de dos de ellos. Esto genera que las decisiones en esa materia no tengan el enfoque multisectorial que exige la norma.

10. A la fecha, no se ha actualizado la Ley de Extranjería ni la normativa en materia migratoria, tal como lo dispone la Resolución Ministerial N° 123-2013-PCM y el Decreto Legislativo N° 1130, respectivamente.

CON RELACIÓN DEL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS

11. El análisis del marco normativo y de las quejas recibidas respecto a la temática migratoria, permiten advertir la existencia de diversos problemas que afectan a las personas extranjeras. Estos se originan en aspectos vinculados con: i) deficiencias de la actual regulación migratoria, ii) inobservancia o inadecuada aplicación del marco normativo, iii) deficiencias de coordinación interinstitucional, iv) errores en el control migratorio, v) dilación en trámites administrativos, vi) incumplimiento de resoluciones judiciales e, vii) inobservancia de las normas y principios sobre atención a niños, niñas y adolescentes.

- **Deficiencias de la actual regulación migratoria**

12. Las deficiencias de la actual regulación migratoria están referidas principalmente a la Ley de Extranjería, que contiene disposiciones que i) vulneran los principios de igualdad y no discriminación; ii) limitan la regularización migratoria, iii) afectan derechos en el marco de la potestad sancionadora y, iv) no contempla aspectos importantes en la protección a derechos fundamentales (vacíos normativos).
13. La vulneración a la igualdad y no discriminación se evidencia en la exclusión sin ninguna justificación razonable de las/los convivientes y los hijos solteros del concepto de unidad migratoria, imposibilitando que estos puedan acceder a una visa de Familiar de Residente.
14. La actual norma no contempla procedimientos de regularización migratoria que no impliquen la salida y reingreso al país, a excepción del Acuerdo de Residencia de Mercosur y para personas residentes en mérito a directivas internas previo pago de la multa correspondiente. Mediante Ley N° 30103 (2013) se dispuso una amnistía extraordinaria para las personas extranjeras en situación irregular que ingresaron al país hasta diciembre de 2011. Se presentaron 755 solicitudes y se aprobaron 699. En su balance, Migraciones reconoce que esta norma no tuvo el impacto

suficiente, debido principalmente a barreras burocráticas y económicas.

15. El marco que regula las sanciones contraviene los principios de razonabilidad, legalidad y no desarrolla las garantías al debido proceso. Sobre el principio de razonabilidad debe señalarse que la actual Ley de Extranjería prevé la misma sanción para las personas extranjeras que incurrir en una falta administrativa y las que cometen un ilícito penal, siendo el abandono del país la medida que se aplica en ambos casos.
16. En lo que se refiere al principio de legalidad, algunas conductas no están debidamente definidas en la norma, como los “actos contra la Seguridad del Estado, Orden Público y Defensa Nacional”. Igualmente, la Directiva de Sanciones N° 05-2014-MIGRACIONES-AJ incorpora –adicionalmente– el impedimento de ingreso al país para las sanciones de cancelación de residencia o permanencia y de expulsión en casos de infracciones administrativas, pese a que las mismas no se encuentran previstas en la Ley de Extranjería, cuya duración se viene aplicando con carácter indeterminado. Es importante precisar que en el caso de las expulsiones por orden judicial, derivado de un delito, si se permite el retorno al país a los 10 años.
17. La citada Directiva también trasgrede el marco jurídico vigente, dado que dispone que la Policía Nacional debe señalar de forma expresa –en los atestados o informes policiales– la infracción cometida por una persona extranjera y la sanción imponible, labor que compete a Migraciones de acuerdo a su ley de creación.
18. La Ley de Extranjería carece de un articulado que desarrolle las garantías del debido proceso en los procedimientos de sanción. La misma situación se repite en la Directiva de Sanciones y en el Protocolo de Actuación Conjunta entre Migraciones y la Policía Nacional del Perú. El Protocolo utiliza el término “retención” para establecer una forma de limitación de la libertad sin un plazo determinado, medida que no está contemplada en la Ley de Extranjería.
19. También se han podido evidenciar vacíos normativos que generan dificultades para la regularización migratoria. Tal es el caso de las personas que habiendo ostentado la calidad migratoria de Familiar de Residente, no pudieron conservarla a consecuencia de la muerte, abandono o separación de la persona que solicitó la visa, pese a su arraigo en el país.
20. Es necesario que la normativa prevea la posibilidad de otorgar una

calidad migratoria a las personas extranjeras que se encuentran en situación de vulnerabilidad, como las víctimas de trata, tráfico ilícito de migrantes, desplazados/as por efectos de desastres naturales, crisis humanitaria o violencia de género, a través de la aprobación de la visa humanitaria.

- **Inobservancia o inadecuada aplicación de marco normativo**

21. La investigación realizada permite advertir problemas vinculados con la inobservancia o inadecuada aplicación del marco normativo por parte de Migraciones, tales como: i) el incumplimiento de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, respecto a los requisitos que son exigidos para los trámites administrativos, ii) las diferencias de trato a los dependientes de ciudadanos/as extranjeros/as respecto de los dependientes de un nacional, iii) la aplicación inadecuada de preceptos constitucionales y administrativos, iv) el desconocimiento de los efectos jurídicos del matrimonio civil, v) la infracción al deber de motivación de resoluciones administrativas, entre otros.
22. El TUPA de Migraciones exige requisitos que carecen de base legal, como ocurre en el trámite de “Nacionalización de peruano/a por matrimonio” donde se impone una evaluación escrita, no prevista en el Reglamento de la Ley de Nacionalidad; se solicitan de manera indebida documentos que obran en poder de Migraciones, como la Tarjeta Andina o partidas de nacimiento. Estas últimas se deben presentar todos los años para prorrogar la residencia, pese a que el vínculo filial es una condición que no cambia con el tiempo.
23. La Ley de Extranjería no establece prohibición expresa de ningún tipo para que las personas extranjeras dependientes de un/a nacional o extranjero/a residente puedan realizar alguna actividad económica en el país. No obstante, las autoridades migratorias vienen asumiendo que sólo los/las extranjeros/as que tengan vínculo con un nacional (esposo/a, padre o madre) pueden realizar dichas actividades. Ello implica diferencias de trato sin asidero legal ni justificación objetiva.
24. Los casos descritos evidencian de manera recurrente que frente a errores generados por la propia administración se trasladan las consecuencias del acto a los/as administrados/as, amparándose erróneamente en la figura que “el error no genera derechos”. Incluso en alguno de los casos, se ha restado validez a decisiones administrativas asumidas años atrás, afectándose el principio de seguridad jurídica. Ello contraviene

lo dispuesto en la Ley del Procedimiento Administrativo General y el Decreto Legislativo N° 1130.

25. Otro grupo de casos da cuenta que se restringen los efectos del matrimonio civil contraído válidamente, basado en que el/la cónyuge extranjero/a se encontraba en situación migratoria irregular o porque el/la connacional no tenía actualizado su registro migratorio. Estos supuestos no están amparados en el Código Civil como causales de nulidad del matrimonio, afectándose el derecho a la unidad familiar. De otro lado, las resoluciones emitidas por la autoridad migratoria se limitan a citar disposiciones normativas sin un desarrollo ni sustento de la decisión adoptada, con lo cual se infringe el deber de motivación de las resoluciones administrativas.

- **Deficiencias de coordinación interinstitucional**

26. Los consulados peruanos en el extranjero no tienen acceso a la base de datos de Migraciones que les permita contar con la información necesaria para evaluar las solicitudes de visa. Asimismo, Migraciones no viene brindando información al Ministerio de Relaciones Exteriores sobre las personas extranjeras cuyo ingreso al país ha sido denegado en aplicación del Decreto Supremo N° 001-2013-IN. En esa medida resulta necesario que se implemente la plataforma de interoperabilidad que dispone el Decreto Legislativo N° 1130.

- **Error en el control migratorio**

27. Entre los casos conocidos por la Defensoría del Pueblo se encuentran algunos vinculados con errores u omisiones en el registro del movimiento de ingresos y salidas en el sistema informático de Migraciones, lo que genera inconvenientes para el cambio de calidad migratoria, prórroga de residencia, entre otros trámites.

- **Dilación en el cumplimiento de plazos**

28. Se ha observado que pese a las medidas que viene implementando Migraciones para mejorar el servicio a los/as usuarios/as, persisten demoras en la atención de los trámites que pueden extenderse por varios meses. Esta situación afecta el acceso o ejercicio de sus derechos.

- **Incumplimiento de resoluciones judiciales**

29. Se han conocido algunos casos de incumplimiento de resoluciones

judiciales, bajo el argumento que la resolución no es firme por haberse interpuesto un recurso de apelación, desconociéndose que el artículo 139º inciso 2) de la Constitución Política dispone que ninguna autoridad puede retardar la ejecución de una sentencia judicial. Asimismo, el artículo 22º del Código Procesal Constitucional señala que la apelación en procesos constitucionales (hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento), no constituye argumento para no acatar un fallo judicial de primer grado.

- **Inobservancia de las normas y principios sobre atención a niños, niñas y adolescentes**
30. Se evidencia el desconocimiento del principio del Interés Superior del Niño, así como lo dispuesto en la Opinión Consultiva N° OC-21/14 de la Corte IDH sobre “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, que establecen el derecho de estas personas a tener una familia y a no ser separados de sus padres si estos incurrir en infracciones administrativas. Asimismo, se advierte que no se cuenta con un protocolo de atención para menores no acompañados.

RECOMENDACIONES

AL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

1. **APROBAR** una nueva Ley de Extranjería, que defina los principios, objetivos y lineamientos respecto al control de ingreso, permanencia, residencia, salida y reingreso de personas extranjeras así como de connacionales, en lo referido al ingreso y salida, que mantenga un equilibrio entre la necesaria protección de las personas migrantes y las nuevas exigencias en materia de seguridad del Estado. Dicha norma debe contemplar entre otros aspectos:
 - a. Los derechos y obligaciones para las personas extranjeras, en todas las etapas del proceso migratorio, que se derivan de los instrumentos internacionales ratificados por el Perú, con mayor atención a los grupos de especial protección.
 - b. Procedimientos de control y sanción migratoria que respeten principios constitucionales, la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; que garanticen el debido proceso e incorporen mecanismos de impugnación.
 - c. La aplicación de los convenios bilaterales y multilaterales en materia de circulación de personas, así como la inclusión de procesos de regularización migratoria, en atención a las condiciones personales, arraigo en el país y vínculo de la persona extranjera con nacional.
 - d. Facilitar una residencia permanente directa a la persona extranjera que tenga un vínculo familiar (cónyuge/conviviente, padres e hijos/as) con un/a peruano/a o extranjero residente, debidamente demostrado.
 - e. Coherencia en el tratamiento de las personas inmigrantes, con las acciones que impulsa el Estado a favor de los connacionales en el exterior.
 - f. Incluir a las/los convivientes que acrediten su situación de convivencia, así como los/las hijos/as solteros/as mayores de edad con relación de dependencia, como beneficiarias/os de la reunificación o reagrupación familiar.

2. **APROBAR** el Proyecto de Ley N° 10317-2011-CR que propone la visa humanitaria con el fin de otorgar una calidad migratoria a las personas extranjeras que se encuentran en situación de vulnerabilidad, como las víctimas de trata, tráfico ilícito de migrantes, desplazados/as por efectos de desastres naturales o crisis humanitaria, entre otras.
3. **APROBAR** los Convenios de la Organización Internacional de Trabajo N° 97 y N° 143, relativos a “Los trabajadores migrantes” y “Las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migratorios”, respectivamente.

A LA PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS

4. **MODIFICAR** el Decreto Legislativo N° 1130 a fin de ampliar la conformación del Consejo Directivo de la Superintendencia Nacional de Migraciones e incorporar a otros sectores como el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, entre otros, atendiendo al enfoque integral y multisectorial que requiere la temática migratoria.
5. **RECONOCER** la competencia del Comité de Derechos de los Trabajadores Migrantes creado con la “Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, de conformidad con lo señalado en el artículo 72° del referido instrumento internacional.

AL MINISTRO DEL INTERIOR

6. **MODIFICAR** el “Protocolo de actuación conjunta entre la Superintendencia Nacional de Migraciones y la Policía Nacional del Perú”, atendiendo que su contenido vulnera las garantías al debido proceso y afecta derechos fundamentales.
7. **CUMPLIR** con los fallos emitidos por el Poder Judicial en procesos constitucionales, de conformidad con el artículo 22° del Código Procesal Constitucional, que dispone el cumplimiento inmediato de las sentencias, aun cuando estas se encuentren en apelación.

AL SUPERINTENDENTE NACIONAL DE MIGRACIONES

8. **ASEGURAR**, en su calidad de Presidente del Consejo Directivo, la pronta instalación de dicha instancia que tiene la obligación de DEFINIR la política migratoria interna así como la política institucional de la Superintendencia Nacional de Migraciones, de conformidad con el Decreto Legislativo N° 1130.

En tanto se aprueba el marco normativo que actualice la legislación migratoria vigente, se **RECOMIENDA**:

9. **ADECUAR** los procedimientos, directivas y criterios de actuación a lo señalado en Tratados Internacionales suscritos por el Estado, la Constitución Política, la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 y demás disposiciones vigentes, en particular en lo referido con:
- a) Los requisitos y procedimientos establecidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA), a fin de eliminar las exigencias contrarias a la norma administrativa.
 - b) Los procedimientos y sanciones a cargo de la autoridad migratoria, los mismos que deben observar los principios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad, que eviten la aplicación automática de las sanciones que establece la Ley de Extranjería, atendiendo a los convenios suscritos que promueven la regularización migratoria, así como a las condiciones personales, arraigo y vínculo con el país de la persona inmigrante.
 - c) La modificación de la Directiva interna sobre “Normas y Procedimientos para la aplicación de las sanciones migratorias a los extranjeros que infringen la Ley de Extranjería y su modificatoria” respecto a la inadecuada aplicación de la restricción del impedimento de ingreso al país para las sanciones de cancelación de permanencia o residencia y expulsión, no previstas en la Ley de Extranjería.
 - d) La observancia del procedimiento previsto en el artículo 202° de la Ley del Procedimiento Administrativo General para la aplicación adecuada del concepto jurídico “el error no genera derecho”, a fin de no generar efectos negativos en los/las administrados/as.
 - e) Los criterios frente a la atención de casos que involucren a

menores de edad, en especial cuando se trate de menores no acompañados.

10. **ADOPTAR** las acciones pertinentes para asegurar que el personal brinde información y orientación adecuada y completa a los/las usuarios/as de los diferentes servicios a cargo de su entidad. Con la misma finalidad, **ELABORAR** cartillas y material de difusión sobre los trámites, requisitos y procedimientos que contiene el TUPA, de manera sencilla y en diversos idiomas, atendiendo a la población que demanda estos servicios.
11. **EVALUAR** la desconcentración paulatina de los servicios y procedimientos a fin de que las Jefaturas de Migraciones puedan resolver directamente las solicitudes que presentan los/las usuarios/as del servicio.
12. **IMPLEMENTAR** la plataforma de interoperabilidad en materia migratoria, de conformidad con el Decreto Legislativo N° 1130, en especial con el Ministerio de Relaciones Exteriores, a fin de tener un sistema integrado de información sobre expedición de pasaportes en los consulados, impedimentos de ingreso y sanciones impuestas a personas extranjeras, entre otra información relevante para el control migratorio y la expedición de visas en el exterior.
13. **DOTAR** a los puestos de control fronterizos del equipamiento informático y el acceso al sistema de registro y control migratorio, así como aquellos otros que sean necesarios para el adecuado cumplimiento de sus labores por parte de las autoridades migratorias.
14. **ASEGURAR** que se asigne el presupuesto previsto para mejorar la infraestructura, servicios y condiciones de accesibilidad de los puestos de control, en especial los que se encuentran en malas condiciones: PCF de La Tina y El Alamor.

ANEXOS

1. Normas legales relacionadas con la temática migratoria.
2. Requisitos para la obtención de las visas de Familiar de Residente, Trabajador y Estudiante.
3. Requisitos para el cambio de calidad migratoria a Estudiante, Trabajador, Familiar de Residente e Inmigrante.
4. Requisitos para la prórroga de permanencia.
5. Requisitos para la prórroga de residencia
6. Carta de garantía económica para la obtención de visas, prórroga de permanencia y cambio de calidad migratoria de familiar de residente.
7. Declaraciones juradas exigidas para el trámite de prórroga de residencia de Familiar de Residente en caso de cónyuges, hijos/as, padres o dependientes.
8. Requisitos para la obtención del permiso especial para permanecer fuera del país más de 183 días sin pérdida de residencia.
9. Servicios establecidos en el TUPA para obtener el permiso especial de viaje, para trabajar y firmar contratos.
10. Requisitos para obtener la Residencia Temporal y Permanente en el marco del Acuerdo sobre Residencia del Mercosur.
11. Requisitos para la obtención de la nacionalidad peruana
12. Balotario de temas para la evaluación escrita para la obtención de la nacionalidad peruana por matrimonio y por naturalización.
13. Formatos de autorizaciones de salida del país en el marco de sanciones (expulsión con impedimento de ingreso y orden de salida para menores de edad).
14. Reunión de presentación de los resultados de la investigación defensorial, realizada el 5 de diciembre de 2014.
15. Copia del cargo del Oficio N° 076-2015-DP emitido con relación al Decreto Supremo N° 01-2015-IN, que establece medidas para el fortalecimiento del control migratorio.
16. Informe sobre la “Situación del servicio a extranjeros en la Superintendencia Nacional de Migraciones (SNM) de Perú”, elaborado por el Despacho del Parlamentario Andino Alberto Adrianzén.

Anexo N° 1

Normas legales relacionadas con la temática migratoria

Dispositivo Legal	Sumilla	Contenido relevante	Fecha de publicación
Decreto Supremo N° 206-83-EFC	Modifica las Tasas de Migraciones (Extranjería y Pasaportes)	Establece las multas por exceso de residencia, así como las personas extranjeras que se encuentran exoneradas de los pagos por concepto de Inscripción en el Registro Central de Extranjería, Tasa Anual de Extranjería, Cambio de Calidad Migratoria, Prórroga de Residencia y Duplicado de Carnet de Extranjería.	01-06-1983
Decreto Ley N° 703	Ley de Extranjería	Establece las normas para el ingreso, permanencia, residencia, salida, reingreso y control de personas extranjeras en el territorio de la República y regula su situación jurídica en el mismo.	14-11-1991
Decreto Ley N° 689	Ley para la Contratación de Trabajadores Extranjeros	Señala las condiciones, limitaciones y excepciones para la contratación de personas extranjeras.	05-11-1991
Decreto Supremo N° 014-92-TR	Reglamento de la Ley para la Contratación de Trabajadores Extranjeros	Regula los alcances del Decreto Ley N° 689, entre otros: las excepciones de contratación de extranjeros/as, el cálculo de los porcentajes limitativos de personal extranjero, el plazo y el procedimiento de aprobación de los contratos, sus cláusulas, las prórrogas o modificaciones en el contrato, los derechos y beneficios sociales, así como las inspecciones y sanciones, entre otros.	23-12-1992
Ley N° 26574	Ley de Nacionalidad	Señala las formas de adquisición de la nacionalidad, su pérdida, recuperación y la doble nacionalidad.	11-01-1996
Decreto Supremo N° 004-97-IN	Reglamento de la Ley de Nacionalidad	Regula las formas de adquisición de la nacionalidad, su pérdida, recuperación y la doble nacionalidad.	28-05-1997
Ley N° 27840	Ley de Asilo	Regula la institución del asilo, territorial o diplomático, las facultades del Estado para su otorgamiento, así como las obligaciones y derechos de la persona asilada.	12-10-2002
Ley N° 27891	Ley del Refugiado	Regula el reconocimiento y tratamiento de la persona refugiada, las entidades intervinientes en dicho proceso, los derechos y restricciones del estatuto del refugiado y la cesación del refugio.	22-12-2002
Ley N° 28072 (Reglamentado por Decreto Supremo N° 003-2005-IN, del 13 de julio de 2005)	Ley que regula la calidad migratoria rentista	Crea la calidad migratoria de rentista y establece diversas modificaciones a la Ley de Extranjería.	26-09-2003
Decreto Supremo N° 119-2003-RE	Reglamento de la Ley del Refugiado	Regula los alcances de la Ley N° 27891, sobre refugio.	14-10-2003
Decreto Supremo N° 013-2003-IN	Establece disposiciones sobre multa y plazo en que extranjeros pueden solicitar la prórroga de su permanencia en el país	Señala el plazo para la prórroga de permanencia de las personas extranjeras con visa temporal, así como el monto, lugar de pago, destino y excepciones al pago de la multa por permanencia irregular en el país.	30-10-2003

*Tratamiento de las personas extranjeras en el Perú.
Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo*

Dispositivo Legal	Sumilla	Contenido relevante	Fecha de publicación
Decreto Supremo N° 092-2005-RE	Reglamento de la Ley N° 27840, Ley de Asilo	Regula los alcances de la Ley N° 27840, sobre asilo.	30-11-2005
Decreto Legislativo N° 1043	Modifica la Ley de Extranjería	Aumenta las calidades migratorias de 16 a 22 y añade ocho categorías. Sustituye 13 artículos de la Ley de Extranjería estableciendo cambios en los plazos de residencia, permanencia y permisos para permanecer fuera del país, entre otros.	26-06-2008
Decreto Legislativo N° 1043	Modifica la Ley de Extranjería	Aumenta las calidades migratorias de 16 a 22 y añade ocho categorías. Sustituye 13 artículos de la Ley de Extranjería estableciendo cambios en los plazos de residencia, permanencia y permisos para permanecer fuera del país, entre otros.	26-06-2008
Directiva Interna N° 108-2012-IN-DIGEMIN-DMMP-002	Normas y procedimientos para la expedición y revalidación de pasaportes comunes, salvoconductos de viaje a extranjeros y libretas de tripulante terrestre	Establece las obligaciones funcionales y responsabilidades de las instituciones involucradas en el tema y estandariza los procedimientos de expedición, revalidación y anulación de documentos de viaje.	25-10-2012
Decreto Supremo N° 003-2012-IN	Texto Único de Procedimientos Administrativos del Ministerio del Interior	Establece los procedimientos a cargo de las diversas dependencias del Ministerio del Interior, entre ellas, Migraciones.	23-12-2012
Decreto Supremo N° 001-2013-IN	Establece disposiciones reglamentarias para regular el flujo migratorio de extranjeros	Establece diversos supuestos de prohibición o impedimento de ingreso al país de extranjeros/as por parte de las autoridades migratorias, la comunicación periódica al Ministerio de Relaciones Exteriores de las personas no admitidas, la obligación del reembarque y las responsabilidades de las empresas transportadoras, entre otros.	27-02-2013
Directiva Interna N° 001-2013-IN-MIGRACIONES-DIN	Aprueba los procedimientos y requisitos para la exoneración del pago de la Tasa Anual de Extranjería	Señala el procedimiento y requisitos para la exoneración del pago de la Tasa Anual de Extranjería.	15-03-2013
Decreto Supremo N° 024-2013-RE	Exoneran a nacionales de México, Chile y Colombia, del requisito de visa temporal en la calidad migratoria de negocios, hasta por 183 días calendario improrrogables para el ingreso al Perú	Exonera del requisito de visa temporal en la calidad migratoria de negocios, hasta por 183 días calendarios improrrogables para el ingreso al Perú, a los nacionales de México, Chile y Colombia	21-05-2013
Directiva Interna N° 003-2013-MIGRACIONES-SM-IN	Aprueba las normas y procedimientos para la evaluación de extranjeros residentes en el Perú que solicitan la nacionalización de peruano(a) por matrimonio	Contempla la realización de una prueba escrita como uno de los requisitos para la obtención de la nacionalidad peruana por matrimonio.	25-06-2013

Anexo N° 12

Balotario para la evaluación escrita en el procedimiento de obtención de nacionalidad peruana por matrimonio y por naturalización



PERÚ

Ministerio del
Interior

Superintendencia Nacional de Migraciones

"Decenio de las personas con discapacidad en el Perú"
"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"

BALOTARIO DE TEMAS PARA LA EVALUACION ESCRITA

- **OBTENCION DE LA NACIONALIDAD PERUANA POR MATRIMONIO**
- **OBTENCION DE LA NACIONALIDAD PERUANA POR NATURALIZACION**

1. GOBERNANTES DEL IMPERIO INCA.
2. REGIONES GEOGRAFICAS DEL PERU.
3. HEROES PERUANOS.
4. GUERRA DEL PACIFICO.
5. FRUTAS TIPICAS PERUANAS.
6. CULTURAS PREINCAS.
7. LEY DE NACIONALIDAD.
8. RESTOS ARQUEOLOGICOS PERUANOS.
9. SIMBOLOS PATRIOS.
10. ARTISTAS PERUANOS: ESCRITORES, POETAS, MUSICOS, CANTANTES, ESCULTORES Y PINTORES.
11. CONGRESISTAS Y MINISTROS PERUANOS.
12. RIOS Y LAGOS PERUANOS.
13. INDEPENDENCIA DEL PERU.
14. FUNCIONES Y SERVICIOS DE LA SUPERINTENDENCIA GENERAL DE MIGRACIONES.
15. TRATADOS SUSCRITOS POR EL PERU: MERCOSUR. COMUNIDAD ANDINA, UNASUR (CONCEPTO, MIEMBROS).
16. ORGANIZACIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PERUANO.
17. PRESIDENTES DEL PERU: SIGLO XX – XXI.
18. PLATOS TIPICOS PERUANOS.

LUGAR: COORDINACION DE NACIONALIZACION

Anexo N° 13
Formatos de autorizaciones de salida del país en el marco de sanciones
(Expulsión con impedimento de ingreso)

DI. 005 -2014-MIGRACIONES-AJ (Primera Versión)

MINISTERIO DEL INTERIOR

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE MIGRACIONES

ÓRDEN SALIDA N°
EXPULSIÓN CON IMPEDIMENTO DE INGRESO

El que suscribe dispone la SALIDA del país, del (de la) portador (a)
de la presente orden, el (la) ciudadano (a):

De nacionalidad :
Identificado (a) con :
Fecha que ingresó :
G. CASTILLO O. Fecha límite de Salida :
Dictamen N° :
R.S. N° :
R. HUERTAS R. Hoja de Trámite N° :



La presente orden no tiene efectos sobre requisitorias pendientes.

Lima,



RESOLUCIÓN DE SUPERINTENDENCIA N° 254 -2014-MIGRACIONES

Formatos de autorizaciones de salida del país en el marco de sanciones (Orden de salida para menores de edad)

DI. 005 -2014-MIGRACIONES-AJ (Primera Versión)

ANEXO N° 02:

MODELO DE AUTORIZACIÓN DE SALIDA SIN IMPEDIMENTO DE INGRESO

MINISTERIO DEL INTERIOR

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE MIGRACIONES

AUTORIZACION DE SALIDA N° SIN IMPEDIMENTO DE INGRESO

El que suscribe autoriza la SALIDA del país, al portador (a) de la presente orden,
del (de la) menor:



G. CASTILLO Q.

De nacionalidad :

Identificado (a) con :

Fecha que ingresó :



R. HUERTAS R.

Fecha límite de Salida :

Dictamen N° :

Hoja de Trámite N° :



S. GARCIA A.

La presente orden no tiene efectos sobre requisitorias pendientes.

Lima,



R. RIOS A.

RESOLUCIÓN DE SUPERINTENDENCIA N° 254 -2014-MIGRACIONES

Anexo N° 14
Reunión de presentación de la investigación defensorial, realizada el 5 de diciembre de 2014



En la reunión de presentación de los resultados de la investigación defensorial sobre el “Tratamiento de las personas extranjeras en el Perú. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo” asistieron representantes del Estado, organizaciones internacionales y de sociedad civil. La presentación del informe estuvo a cargo del Dr. Eduardo Vega Luna, Defensor del Pueblo en funciones, la Dra. Gisella Vignolo Huamaní, Adjunta para los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad, y el Dr. Percy Castillo Torres, comisionado de la Adjuntía.

Reunión de presentación de la investigación defensorial, realizada el 5 de diciembre de 2014



Estuvieron presentes representantes de los Ministerios de Relaciones Exteriores, Trabajo y Promoción del Empleo, Mujer y Poblaciones Vulnerables y del Interior, así como de la División de Seguridad del Estado y División de Extranjería de la Policía Nacional del Perú, y del Instituto Nacional Penitenciario. Así como, el Jefe de la Misión de la Organización Internacional para las Migraciones en el Perú, José Iván Dávalos, el Parlamentario Andino Alberto Adrianzén y la representante del Despacho de la congresista Pérez Tello. Por parte de sociedad civil participaron representantes de la Comisión Andina de Juristas, de Progettomondo MLAL y de Encuentros, Servicio Jesuita de la Solidaridad, así como el analista político internacional Francisco Belaunde Matossian y el Dr. Cristian Guzmán Napuri, especialista en Derecho Público.

Anexo N° 15

Cargo del Oficio N° 076-2015-DP remitido con relación al Decreto Supremo N° 01-2015-IN, que establece medidas para el fortalecimiento del control migratorio

Defensoría del Pueblo

«Año de la Diversificación Productiva y del Fortalecimiento de la Educación»
«Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú»

OFICIO N° 076 —2015/DP

Lima, 30 ENE. 2015

Señor
DANIEL URRESTI ELERA
Ministro del Interior
Presente.



De mi mayor consideración:

Es grato dirigirme a usted para saludarlo cordialmente y, a la vez, referirme al Decreto Supremo N° 01-2015-IN, publicado el 10 de enero de 2015, el mismo que establece medidas para el fortalecimiento del control migratorio, con la finalidad de optimizar la facultad sancionadora del Estado en el ámbito de competencia de la Superintendencia Nacional de Migraciones (SNM).

Al respecto, en primer lugar debo señalar que, tal como lo hemos verificado en los últimos meses, la facultad sancionadora de la SNM no ha estado centrada en personas extranjeras que han cometido ilícitos penales sino en personas que presentan problemas administrativos originados por su condición migratoria. En esos casos se han aplicado sanciones que han conllevado la expulsión del país, sin observar los principios y derechos que reconoce nuestro marco legal.



En ese contexto, me permito hacer llegar a su Despacho nuestras consideraciones en relación con tres aspectos que contempla el Decreto Supremo N° 001-2015-IN: 1) las garantías del debido proceso, 2) la imposición del impedimento de ingreso al país, y 3) la impugnación de las sanciones.

1. Garantías al debido proceso

El artículo 2.2 de la citada norma señala que se garantizarán los derechos de defensa de la persona extranjera para comunicarse con sus autoridades consulares; se recibirán sus descargos, los mismos que serán incorporados en el atestado o informe policial y *podrían* tener acceso a un abogado y, de ser necesario, a un intérprete.¹ No obstante, la norma no desarrolla estos derechos, es decir, no señala la forma ni los plazos en los que se harán efectivos ni hace referencia a otras garantías vinculadas con ellos. Además, preocupa que no se asegure de manera efectiva el derecho a la defensa sino que se hace referencia al mismo de manera condicional: «(...) pudiendo el extranjero tener acceso a un abogado y de ser necesario, a un intérprete».

Cabe recordar que el Informe de Adjuntía N° 009-2014-DPI/ADHPD, «Tratamiento de las personas extranjeras en el Perú. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo», remitido a su despacho en diciembre de 2014, analiza con detalle que toda sanción debe ser el resultado de un procedimiento en el cual se haya garantizado el ejercicio del debido proceso, según lo

¹Art. 2.2 del D.S.N°001-2015-IN: «Durante el proceso de investigación la Policía Nacional de Perú garantizará los derechos de defensa del extranjero para comunicarse con sus autoridades consulares. Así mismo deberán recibir los descargos que formule los que serán incorporados en el Atestado o Informe Policial conjuntamente con todas las actuaciones realizadas pudiendo el extranjero tener acceso a un abogado y de ser necesario, a un intérprete».

Defensoría del Pueblo

los derechos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional, debe concluirse que dichos tratados detentan rango constitucional. El rango constitucional que detentan trae consigo que dichos tratados están dotados de fuerza activa y pasiva propia de toda fuente de rango constitucional; **es decir, fuerza activa, conforme a la cual estos tratados han innovado nuestro ordenamiento jurídico incorporando a éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por ellos, pero no bajo cualquier condición, sino a título de derechos de rango constitucional.** Su fuerza pasiva trae consigo su aptitud de resistencia frente a normas provenientes de fuentes infraconstitucionales, es decir, ellas no pueden ser modificadas ni contradichas por normas infraconstitucionales e, incluso, por una reforma de la Constitución que suprimiera un derecho reconocido por un tratado o que afectara su contenido protegido.

(...) En lo que concierne al caso, importa resaltar su fuerza de resistencia frente a las normas de rango legal. Éstas no pueden ser contrarias a los derechos enunciados en los tratados sobre derechos humanos. Si estos derechos detentan rango constitucional, el legislador está vedado de establecer estipulaciones contrarias a los mismos".⁸

Es claro que el Decreto Supremo N° 01-2015-IN se sustenta en la Ley de Extranjería, norma cuya modificación resulta necesaria, entre otros aspectos reconocidos por el propio Estado, porque desconoce compromisos internacionales asumidos por el Perú. Ello no imposibilita que la actuación de la administración, en tanto se concreta esta modificatoria, debe adecuarse a los estándares internacionales sobre la materia.

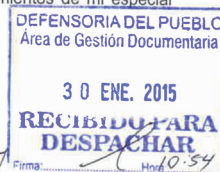
Finalmente, en lo que se refiere a los mecanismos de alerta ciudadana para recibir información sobre ciudadanos extranjeros que se encuentren infringiendo la Ley de Extranjería, que se traducirían en campañas de difusión y creación de conciencia pública, se debe evitar cualquier situación que pueda generar contextos de xenofobia en nuestra sociedad, que afecten a su vez, las relaciones con otros países e, incluso, a nuestros propios connacionales que se encuentran en el exterior.

En atención a lo expuesto, me permito recomendar a su Despacho, señor Ministro del Interior, que pueda disponer que se evalúen los aspectos señalados a efectos de garantizar que el control migratorio cumpla con su finalidad sin menoscabar derechos fundamentales de las personas, independientemente de su nacionalidad.

Sin otro particular, me valgo de la oportunidad para reiterarle los sentimientos de mi especial consideración.

Atentamente,


CLAUDIA DEL POZO GOICOCHEA
Primera Adjunta(e), encargada
del Despacho del Defensor del Pueblo



⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional. Expedientes N° 0025-2005-PI/TC y N° 0026-2005-PI/TC. Fundamento 33.

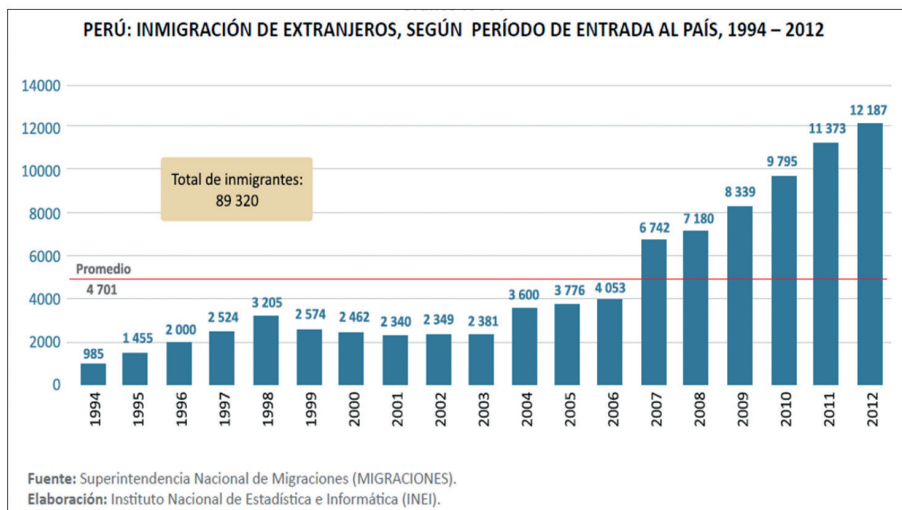
Anexo N° 16

Informe sobre la “Situación del servicio a extranjeros en la Superintendencia Nacional de Migraciones (SNM) de Perú”, elaborado por el Despacho del Parlamentario Andino Alberto Adrianzén

1. CONTEXTO

Desde hace algunos años el Perú, aunque es un país eminentemente emisor de migrantes, ha empezado también a mostrar una tendencia creciente en el flujo de inmigrantes, es decir, a recibir personas de otros países, como lo muestra el siguiente cuadro.

Cuadro 1

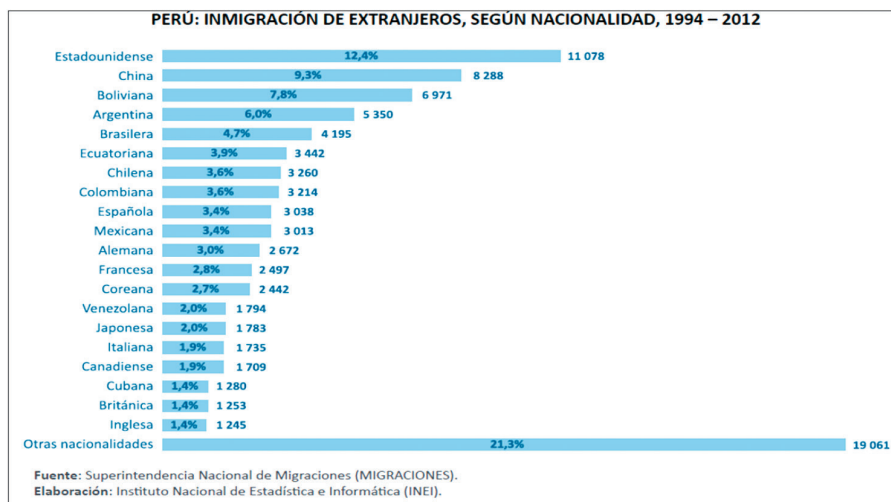


Estos cerca de 90 mil inmigrantes contrastan con los más de 3 millones de emigrados peruanos en el mundo, en una proporción de 33 emigrados por cada 1 inmigrante en Perú. Es importante mencionar que si bien el promedio de inmigración en el periodo 1994–2012 ha sido de 4 701, en los últimos seis años (2007–2012) el promedio ha subido a 9 279 inmigrantes.

Si se analizan, en el siguiente cuadro, los países de donde provienen los inmigrantes en Perú, puede constatar que en todos los casos, con la única excepción de China, se trata de países donde residen muchos más peruanos que nacionales de esos países en el Perú. Cabe destacar algunos países, como

Estados Unidos, en donde viven más de 900 mil emigrados peruanos, en una proporción de 81 connacionales en dicho país por 1 estadounidense en Perú. O el caso de Argentina, país donde viven aproximadamente 360 mil peruanos, es decir que por cada argentino que reside en nuestro país hay 67 connacionales allá.

Cuadro 2



Esta clara preponderancia de migrantes peruanos en otros países, respecto a los cuales nuestro Estado está obligado constitucionalmente a trabajar activamente para garantizar el pleno ejercicio de sus derechos en esos países, exige coherencia, cuando menos, respecto a la necesidad de un trato equivalente con esta creciente inmigración en el Perú.

En ese marco, existen normas constitucionales, algunas de ellas emanadas de tratados internacionales que obligan al Perú y que hacen irrenunciable y exigible esa coherencia. Nuestro país no es una isla y su inserción en la comunidad internacional lo obliga a la modernización y adecuación a los estándares internacionales en estas materias.

2. CONTEXTO LEGAL

La Ley de Extranjería vigente (Decreto Legislativo N° 703) tiene más de 20 años; es una ley obsoleta que no está acorde a los tiempos actuales, ya que fue elaborada antes del presente proceso de globalización y los nuevos contextos

migratorios mundiales y regionales. La ley, por tanto, contiene limitaciones graves a los derechos de los propios peruanos, tales como la no facultad de peruanos menores de edad para generar vínculos de residencia con sus padres extranjeros, como sucede en otros países.

Adicionalmente, la ley no está reglamentada a pesar de los años de vigencia. Esta carencia permite al servicio de extranjería desarrollar interpretaciones y usos que dejan gran margen a la arbitrariedad, maltrato y abuso, y que vulneran la legalidad de hecho. Entre las más graves prácticas y medidas podemos mencionar:

a) Las sanciones desproporcionadas (equivalentes a las aplicadas a delitos penales) para faltas administrativas, como la de permanecer en el país en situación irregular.

b) No garantizar derechos establecidos por normas legales de rango superior como la Constitución y los tratados internacionales firmados que obligan al Perú, incumpliendo con ello la propia Ley de Extranjería (Artículos 2 y 70). Destacamos, entre los más importantes, el derecho a la reagrupación y protección de la unidad de la familia.

c) Incluso, el no cumplimiento de sentencias judiciales, que manda la garantía del derecho a reagrupación familiar, bajo el pretexto infundado y vergonzoso de que se apelará en contra de ella.

3. SITUACIÓN DEL SERVICIO A EXTRANJEROS EN LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE MIGRACIONES (SNM)

En ese contexto, en los últimos años, han surgido numerosas y permanentes quejas de los extranjeros residentes en el Perú, recogidas por informes en diversos medios de comunicación, prensa, radio, TV e Internet, que evidencian una situación de ineficiencia, maltrato y corrupción en este servicio del Estado. Así lo muestran, por ejemplo, programas televisivos de los años 2011, 2012 y 2013, respectivamente.¹

¹ Ver enlaces Internet:

PANAMERICANA TV, 2011: <https://www.youtube.com/watch?v=Ub6RD4QXL74ATV>,

2012: <https://www.youtube.com/watch?v=r8poajQJ9j8>

PANAMERICANA TV, 2013: <https://www.youtube.com/watch?v=bVnw31H-W1E> 2Ver enlace Internet:

PANAMERICANA TV, PANORAMA, julio de 2014: <https://www.youtube.com/watch?v=fCO3a8M-pbEQ>

Este despacho parlamentario ha podido constatar, en terreno, la existencia de una inexcusable ineficiencia administrativa, que se refleja en que los requisitos para trámites que informa la página web de la SNM muchas veces son erróneos o están incompletos, y producen una innecesaria y absurda pérdida de tiempo al usuario, situación agravada en ocasiones porque de una ventanilla a otra los propios funcionarios dan informaciones diferentes sobre una misma gestión.

Esta situación ha motivado un proceso de reformas para modernizar el servicio que condujo a la creación de la Superintendencia Nacional de Migraciones en el año 2012 (Decreto Legislativo N° 1130). Lamentablemente, por datos de la realidad, este avance es claramente insuficiente, por lo que se requiere una urgente reforma de la propia Superintendencia en lo concerniente al tratamiento de los extranjeros en el país.

4. CASOS GRAVES

Actualmente la situación ha vuelto a la palestra por la existencia de graves sucesos de violación de derechos de personas extranjeras y de sus familiares peruanos, los cuales muestran procedimientos sin ningún criterio, además de abuso e ilegalidad por parte de los funcionarios de la SNM, que indignan a la opinión pública. Un ejemplo de ello es un reportaje televisivo en horario estelar que denuncia precisamente algunos de estos casos.² Exponemos a continuación un resumen de los casos más graves:

Caso 1: María Mercedes (argentina)

- Vive en Perú desde hace 18 años.
- Vino de Argentina casada con un ciudadano peruano con quien tiene dos hijos, uno nacido en su país natal y otro, menor de edad, nacido en Perú.
- Después de tres años el esposo peruano se divorcia de María Mercedes y la deja en situación irregular porque para la legislación peruana de migraciones los hijos peruanos de extranjeros menores de edad no generan vínculo de residencia con sus padres.
- El exesposo nunca otorgó a sus hijos la pensión por alimentos, razón por la que María Mercedes inició un juicio en su contra, momento en que este procedió a denunciarla en Migraciones para lograr su expulsión debido a que estaba en situación migratoria irregular y así evitar el juicio de alimentos. Además de estas acciones, él también hizo los trámites para que el Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar (INABIF) la separara de su hijo menor de edad.
- Desde entonces María Mercedes tiene una orden de expulsión del país.

- Este hecho, motivó que María Mercedes interpusiera una medida cautelar ante el 5º Juzgado Constitucional de Lima, la cual es declarada fundada. En consecuencia de esta resolución judicial, se ordena la suspensión de la orden de expulsión.

Caso 2: Lida Sabillón (hondureña)

- Vivía en España donde inició una relación con Eduardo López, ciudadano peruano, hace cinco años. Ellos decidieron vivir en Perú pero el Consulado peruano le negó la visa porque Lida se encontraba en situación migratoria irregular en España. Ante esta situación, decidió ingresar al país, vía Ecuador, eludiendo el control migratorio. Cometió, de hecho, una falta.
- Ya en Perú, Eduardo y Lida contrajeron matrimonio y voluntariamente se presentaron a Migraciones para regularizar la situación.
- Los funcionarios de la SNM inician el proceso de expulsión de Lida porque, según la Ley de Extranjería, entrar eludiendo el control migratorio fronterizo es causal de expulsión (Artículo 64, 1) con prohibición de reingreso al país (Artículo 62).
- Aunque la ley no refiere la vigencia de la prohibición de reingreso, los funcionarios de la SNM la interpretan como definitiva incluso, como sucede en este caso, cuando el extranjero es familiar directo (esposa) de un ciudadano peruano.
- Una vez firmada la orden de expulsión ella abandonó el país.
- Este hecho motivó un oficio enviado por la Defensoría del Pueblo a la Asesoría Jurídica del Ministerio del Interior, en el que se solicitaba la reconsideración de la medida por considerar que no aplicaba el principio de proporcionalidad; asimismo, porque vulneraba la garantía de protección familiar y matrimonial de la Constitución (Artículo 4) y porque la prohibición indefinida de reingreso constituiría una interpretación arbitraria y sin asidero legal.³
- En ese momento Eduardo, el esposo peruano, inició un proceso legal amparándose en el mencionado artículo 4 de la Constitución el que garantiza la protección y promoción estatal de la familia y el matrimonio como institutos fundamentales de la sociedad. Presentó un hábeas corpus ante el Segundo Juzgado Penal de Lima, instancia que sentenció a favor de Lida y dejó sin efecto la orden de expulsión y la prohibición de reingreso.⁴

³ Ver documento en enlace

Internet:http://issuu.com/parlandino/docs/oficio_dp_caso_lida_sabill_n.docx

⁴ Ver sentencia

en enlace Internet:http://issuu.com/parlandino/docs/sentencia_lida_sabill_n

- Aunque la sentencia es taxativa en cuanto a su estricto e inmediato cumplimiento bajo responsabilidad funcional, y de que el Código Procesal Constitucional, en su Artículo 22, establece que las sentencias de hábeas corpusson de “actuación inmediata”, los esposos reciben la negativa de cumplimiento por parte de los funcionarios de la SNM con el argumento de que están apelando la sentencia. Sin embargo, esta actuación (cumplimiento) inmediata debe ser ejecutada aún mientras se impugna (apela) la sentencia, como ha sido bien establecida por sentencia antecedente y jurisprudente del Tribunal Constitucional (Sentencia 607-2009-PA. Caso Flavio Jhon Rojas).⁵

Caso 3: Inés Agresott (colombiana)

- Reside en Perú desde el año 2004, con calidad migratoria de familiar residente pues estaba casada con un ciudadano peruano con quien tiene una hija peruana, menor de edad (12 años). No podía tener otro tipo de calidad migratoria a pesar de tener una hija peruana porque, como mencionamos anteriormente, según la interpretación legal vigente, esta realidad no genera vínculo de residencia con su madre.
- Años después, en el 2008, se divorcia y contrae matrimonio con otro ciudadano peruano.
- Junto a su actual esposo, Inés se presenta voluntariamente a Migraciones a informar sobre la nueva situación y hacer los cambios correspondientes.
- Migraciones le otorga un nuevo Carnet de Extranjería con la misma calidad migratoria de familiar residente pero con los datos de su esposo actual.
- Esto sucedió hace seis años, durante los cuales Inés se ha presentado año tras año a renovar el carnet y pagar la tasa de extranjería.
- El problema se origina cuando el año pasado, 2013, al presentarse para realizar el mismo trámite, la renovación del carnet, Migraciones lo retiene con el argumento que el trámite que hizo hace seis años es irregular porque debieron generar un nuevo expediente y no expedir un nuevo carnet.
- Esta lamentable situación, que podría ser un error menor y que es de obvia responsabilidad de Migraciones, ha llevado a los funcionarios de la SNM a retirar arbitrariamente el carnet a Inés y con esta medida ella ha quedado en condición irregular y de suma vulnerabilidad pues no puede operar cuentas bancarias, hacer trámites, ni cualquier otra actividad ciudadana.

⁵ Sobre este punto ver enlace Internet especializado en esta materia de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP): <http://blog.pucp.edu.pe/item/138269/actuacion-inmediata-de-sentencia-impugnada>.

- Posteriormente le han devuelto el carnet pero sin renovación de la residencia, empujándola a la irregularidad, condición en la que se encuentra en estos momentos.
- Ella teme que la expulsen del país y, como en el caso de María Mercedes, pretendan quitarle a su hija para enviarla al INABIF.

Caso 4: Ramón Abreu (dominicano)

- Ramón es dominicano, ingresó en el país en febrero de 2009 en calidad de turista, con un permiso de 30 días, plazo que el ciudadano excedió quedándose hasta el año 2011.
- En este intervalo de tiempo el Perú empezó a exigir visa a los ciudadanos dominicanos.
- Ramón quiso regularizar su situación y en Migraciones le aconsejaron que saliera del Perú a cualquier país vecino y desde ahí pidiera una visa. Antes de salir del país, Ramón pagó la multa por el exceso de estadía. Luego, junto a su pareja, la ciudadana peruana Lizeth Loayza, que ya tenía tres meses de gestación viajaron a Ecuador para pedir la respectiva visa en el Consulado peruano de dicho país como se lo había aconsejado Migraciones.
- En el Consulado peruano de Ecuador le informaron que solo daban visa si él tenía residencia en este país.
- Ramón quedó varado en Ecuador, su pareja ya con un embarazo avanzado se tuvo que regresar al país sola.
- El tiempo pasó y Ramón en la desesperación por estar presente en el nacimiento de su hija, entró al Perú el 30 de agosto del 2011 de forma irregular.
- En mayo del 2012 Ramón y Lizeth se casaron.
- Ramón, regresó a Migraciones para regularizar su situación y ahí le aconsejaron que se fuera a República Dominicana, su país de origen, para tramitar una visa al Perú y entrar regularmente. Así lo hizo.
- De nuevo en el Perú y ya regularizado totalmente, Ramón volvió a migraciones para pedir su cambio de calidad migratoria a “Familiar Residente” cumpliendo con el requisito de estar casado con una ciudadana peruana.
- Hasta el día de hoy su trámite no es atendido. Migraciones, observa su solicitud de visa y le pide acreditar que se encontraba presente en el país en la fecha de su matrimonio.

- Ramón, ha anexado a Migraciones documentos que prueban que él se encontraba en el país la fecha de su matrimonio, como son: fotos del matrimonio, acta de matrimonio y acta de nacimiento de su menor hija.
- Sin embargo, la entidad migratoria le exige a Ramón la prueba de su ingreso mediante sus movimientos migratorios, lo que es un imposible porque en la fecha de su matrimonio él estaba en el país de forma irregular. Esto de ninguna manera le quita validez legal a su matrimonio.
- Pasa el tiempo y a Ramón se le impide regularizar su situación, a pesar de cumplir con el requisito de estar casado con ciudadana peruana.

Caso 5: Reynier Nieves Hernández (cubano)

- Ciudadano cubano que ingresó de forma irregular a nuestro país en el año 2011.
- A finales del año 2012 tuvo una hija con una ciudadana peruana. Posteriormente, en abril de 2013 se casó con la ciudadana peruana Lucía Rodríguez Ochante.
- Debido a su entrada irregular en el país, Reynier fue expulsado en mayo de 2014, interponiéndole impedimento de ingreso. Cabe mencionar que la sanción de expulsión no genera orden de impedimento de ingreso
- Actualmente, Lucía Rodríguez, esposa de Reynier, tiene ocho meses de embarazo.
- Debido a que el impedimento de ingreso interpuesto por Migraciones priva a Lucía y Reynier del derecho a unidad familiar, ella ha presentado un Habeas Corpus a la 4ª Sala Penal de Lima que en las próximas semanas deberá dar un fallo.

5. NORMAS CONSTITUCIONALES, NACIONALES E INTERNACIONALES VULNERADAS

Este evidente despropósito, abuso e ilegalidad, tanto en la interpretación como en la aplicación de las normas pertinentes, usos y prácticas de los funcionarios de la SNM, no solo indigna, sino que vulnera flagrantemente numerosos mandatos constitucionales, legales e internacionales, que abren la posibilidad de demandas internacionales contra el Estado peruano. Anotamos algunas de las normas más importantes en el siguiente cuadro:

CUADRO 3
NORMATIVAS NACIONALES E INTERNACIONALES VULNERADAS
POR PROCEDIMIENTOS DE LA SNM

Calidades migratorias	Visa temporal	Visa de residente
Diplomática, Consular, Oficial, Cooperante, Intercambio, Periodista, Asilo Político y Refugio	Hasta 90 días calendarios, prorrogable.	Hasta el término que fije el Ministerio de Relaciones Exteriores.
Turista, Negocios y Negocios ABTC	Hasta 183 días calendarios improrrogables.	No aplica
Artista	Hasta 90 días prorrogables por dos veces hasta 30 días, cada prórroga dentro de un año calendario.	No aplica
Tripulantes	Hasta por 48 horas, prorrogables hasta por 15 días calendario.	No aplica
Religioso, Trabajador, Estudiante, Independiente	Hasta 90 días calendarios, prorrogables hasta un año.	Por un año renovable.
Trabajador Designado	Hasta 90 días calendarios, prorrogables hasta un año.	No aplica
Familiar Oficial y Familiar Residente	No aplica	Por un año renovable.
Inmigrante y Rentista ⁷	No aplica	Plazo de residencia indefinido.

⁷ Enlace Internet:

http://www.tc.gob.pe/tratados/uni_ddhh/instru_alca_especifi_uni/instru_prot_nino/conven_dere_nino.pdf

Artículo 4	"Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención"
Artículo 9, 1.	"Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño"
Artículo 10,1.	"...toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares"
CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER⁸ 1979, de Naciones Unidas Para el Perú: Suscrita en la ciudad de Nueva York el 23 de julio de 1981. Aprobada por Resolución Legislativa N° 23432 de 4 de junio de 1982. En vigencia para el Perú a partir del 13 de octubre de 1982.	
Artículo 16, 1.	"Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) El mismo derecho para contraer matrimonio; b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento; c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución; d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial"

8 Enlace Internet:

file:///D:/Descargas/convencion_eliminatoria_discriminacion_cedaw.pdf

A CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES⁹ <i>1990, de Naciones Unidas Para el Perú: Aprobada por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N° 28602 de fecha 10 de septiembre de 2005. Ratificada mediante Decreto Supremo N° 071-2005-RE. Fecha de ratificación el 10 de septiembre de 2005. Fecha de entrada en vigencia para el Perú el 1 de enero de 2006.</i>	
Artículo 1, 1.	“La presente Convención será aplicable, salvo cuando en ella se disponga otra cosa, a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición”
Artículo 4	“A los efectos de la presente Convención, el término “familiares” se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate”
Artículo 22, 5.	“Cuando una decisión de expulsión ya ejecutada sea ulteriormente revocada, la persona interesada tendrá derecho a reclamar indemnización conforme a la ley, y no se hará valer la decisión anterior para impedir a esa persona que vuelva a ingresar en el Estado de que se trate”
Artículo 44	1. Los Estados Partes, reconociendo que la familia es el grupo básico natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a protección por parte de la sociedad y del Estado, adoptarán las medidas apropiadas para asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio.

⁹ Enlace Internet:

http://www.tc.gob.pe/tratados/uni_ddhh/instru_alca_especifici_uni/instru_prot_extranjeros/migratorio.s.pdf

	2. Los Estados Partes tomarán las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo. 3. Los Estados de empleo, por razones humanitarias, considerarán favorablemente conceder un trato igual al previsto en el párrafo 2 del presente artículo a otros familiares de los trabajadores migratorios"
Artículo 50, 1.	"En caso de fallecimiento de un trabajador migratorio o de disolución del matrimonio, el Estado de empleo considerará favorablemente conceder autorización para permanecer en él a los familiares de ese trabajador migratorio que residan en ese Estado en consideración de la unidad de la familia; el Estado de empleo tendrá en cuenta el período de tiempo que esos familiares hayan residido en él"
Artículo 56, 3.	"Al considerar si se va a expulsar a un trabajador migratorio o a un familiar suyo, deben tenerse en cuenta consideraciones de carácter humanitario y también el tiempo que la persona de que se trate lleve residiendo en el Estado de empleo"
Artículo 69	"1. Los Estados Partes en cuyo territorio haya trabajadores migratorios y familiares suyos en situación irregular tomarán medidas apropiadas para asegurar que esa situación no persista. 2. Cuando los Estados Partes interesados consideren la posibilidad de regularizar la situación de dichas personas de conformidad con la legislación nacional y los acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables, se tendrán debidamente en cuenta las circunstancias de su entrada, la duración de su estancia en los Estados de empleo y otras consideraciones pertinentes, en particular las relacionadas con su situación familiar"

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD¹⁰ 2006, de Naciones Unidas Para el Perú: Suscrita el 13 de diciembre de diciembre de 2006, en la ciudad de New York, Estados Unidos de América. Depositario: Secretaría General de la Organización de las Naciones Unidas. Registro N° M-1004-1.	
Artículo 4	“Obligaciones generales 1. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a: a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención; b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad;”
Artículo 5	“Igualdad y no discriminación 1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna. 2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo. 3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.”
CARTA ANDINA PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS¹¹ 2002, de la Comunidad Andina Para el Perú: Adoptada como parte del Consejo Presidencial Andino, y en nombre de los pueblos de la Comunidad Andina, en Guayaquil, Ecuador, el 26 de julio de 2002.	

10 Enlace Internet:

<http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf>

11 Enlace Internet:

http://www.tc.gob.pe/tratados/inter_ddhh/instru_alcan_especifi/inst_carta_andina/carta_andina.pdf

Artículo 51	"3. La dotación a los migrantes y sus familias de documentos de identificación, sin discriminación por su raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política, orientación sexual y estatuto migratorio. 4. La reunificación en el país de destino de los migrantes y sus familias y la regularización de su situación migratoria por los medios legales y administrativos correspondientes."
-------------	---

Fuente: elaboración propia

6. PROPUESTAS

Es imprescindible establecer diálogos multisectoriales y multidisciplinarios que generen un proceso de medidas rápidas, posibles y necesarias para modernizar y adecuar a los estándares internacionales los actuales procedimientos. Tenemos conciencia de que es un problema complejo que requiere soluciones múltiples y complementarias. Sin embargo, la experiencia y reflexión en este ámbito permiten precisar algunas medidas mínimas que necesariamente deben ser parte del abordaje del problema, algunas de ellas son además urgentes y completamente viables, para los que tan solo se requiere de voluntad política para encarar con decisión esta realidad.

Exponemos algunas de ellas:

1. Nueva Ley de Extranjería

Sin duda, el elemento más importante a considerar. Una urgente nueva Ley de Extranjería que recoja los estándares de los tratados internacionales y los derechos constitucionales que establecen obligaciones al Perú. Una medida de mediano plazo pero que debe ser impulsada con decisión. Existe un proyecto elaborado y presentado en 2013 por este despacho parlamentario, la Defensoría del Pueblo y la Comunidad Andina de Juristas.¹²

2. Incorporación de la Defensoría del Pueblo (DP) y del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) en la Comisión de Extranjería

Comisión creada por el artículo 68 del Decreto Ley 703 (Ley de Extranjería) o, en su defecto, como participantes consultivos respecto de los expedientes migratorios y las sanciones impuestas a extranjeros, para cuidar el criterio que imponen las normas constitucionales, legales e internacionales en materia de derechos de los extranjeros que obligan al Perú. Una medida viable de implementar de manera inmediata.

3. Garantizar información a extranjeros en la página oficial de la SNM

A través de la creación de un pequeño equipo de trabajo mixto (externo e interno de la SNM) que, en el plazo de un mes, garantice la corrección y precisión de la información respecto de requisitos, plazos, etc., sobre los trámites de extranjeros en la página web de la SNM. Una medida viable para implementar de manera inmediata.

¹² Enlace Internet:

[Internet:http://issuu.com/parlandino/docs/proyecto_de_ley_extranjeria](http://issuu.com/parlandino/docs/proyecto_de_ley_extranjeria)

4. Establecimiento de protocolos obligatorios para el tratamiento de casos similares

Elaboración de protocolos de procedimientos obligatorios para los funcionarios de la SNM en materia de criterio e interpretación de la ley para efectos de las decisiones y medidas a tomar con los extranjeros. Que estos se adecuen a los mandatos constitucionales, legales e internacionales, especialmente con relación a la necesaria generación de vínculos de residencia por parte de los hijos peruanos menores para con sus padres extranjeros y con el principio de proporcionalidad de las penas, tomando en consideración el tiempo de residencia, la voluntad de regularización y los vínculos familiares. Una segunda medida viable de implementar de manera inmediata.

5. Evaluación y cursos de capacitación para el personal de la SNM

Realización de cursos o talleres de capacitación para que los funcionarios de la SNM incorporen los nuevos protocolos y comprendan las nuevas realidades migratorias y los estándares internacionales que obligan al Perú. Estos podrán ser desarrollados en convenio con universidades y deberán tener carácter de obligatoriedad y ser válidos como requisitos académicos para ascensos en la carrera funcionaria.

Lima, agosto de 2014

Impreso por: Aleph Impresiones S.R.L
Av. Del Parque Sur 699 Int. 209
San Borja
R.U.C.: 20258078048
Telf.: 634-7500
Tiraje 500 ejemplares
Abril 2015



DEFENSORÍA DEL PUEBLO



IOM • OIM