

# LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES Y LAS LIMITACIONES AL CONTROL Y FISCALIZACION DEL ESTADO.

Autor: Augusto Medina Otazu<sup>12</sup>

Abogado

## I.- INTRODUCCION

La historia registra que los romanos poseían un derecho civil para sus ciudadanos y uno de gentes, para los extranjeros o llamado también “barbaros” por los romanos, por sus costumbres “rústicas y primitivas”. Esta etapa pensamos que ya se había superado pero veremos que aún existen rezagos<sup>3</sup> de estas concepciones antiguas.

La migración representa un cambio cultural, jurídico, político, educativo entre las personas que van de un país a otro y muchas veces ese cambio tiene efectos traumáticos que debería ser visualizado. Cuando se afecta derechos fundamentales universales, no debería existir ningún “*patente de corzo*” para vulnerarlos por el sólo hecho de traspasar fronteras territoriales.

Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con

---

<sup>1</sup> Augusto Medina Otazú. Abogado. Maestría de Derecho Constitucional en la PUCP. Maestría Derecho Laboral y Seguridad Social UNM San Marcos. Ex representante del Colegio de Abogados Penal Internacional sede Perú. Miembro de la Comisión de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Colegio de Abogados de Lima 2006 - 2009 y miembro del Instituto de Ciencia Procesal Penal. Docente universitario, articulista en revistas nacionales y extranjeras y expositor. [medinaotazu@yahoo.com](mailto:medinaotazu@yahoo.com)

<sup>2</sup> En homenaje a mis amigo(a)s extranjeros que son peruanos de corazón: Rosa, Madelein, María, Lucie, Adrian, Juan y Frank.

<sup>3</sup> El ataque a Pearl Harbor en diciembre de 1941 puso en alerta a EEUU, que decidió crear un bloque continental contra el Eje. En ese entonces, la política internacional norteamericana decidió realizar un giro de 180 grados en su relación con América Latina y pasar de tener una imagen amenazante y agresiva hacia la Política de Buena Vecindad impulsada por Franklin D. Roosevelt. Del lado peruano hubo notables esfuerzos por formar parte de la esfera de amistad que abría Norteamérica, para retomar un vínculo que se había roto con la caída de Leguía en 1930 y la emergencia de gobiernos simpatizantes con países del Eje como Italia. La manera en la que el Gobierno peruano trató de atraer a EEUU fue nefasta: deportando a miembros de la comunidad japonesa asentados en nuestro país desde décadas atrás **bajo la premisa de que se trataba de potenciales espías a favor del Imperio nipón.** Lo primero fue una campaña de **hostigamiento hacia la comunidad japonesa: prohibición de reunirse más de tres personas, bajo la sospecha de complot; prohibición de publicar en su lengua materna; congelamiento de sus cuentas corrientes, entre otras medidas. Todo esto dentro de un ambiente hostil que ya rondaba en la sociedad de ese entonces** y que había sido azuzada por grupos ultranacionalistas, como la Unión Revolucionaria, que clamaba defender al país del *peligro amarillo* (sic). <http://historiaglobalonline.wordpress.com/2008/11/13/memorias-de-la-infamia-los-japoneses-expulsados-del-peru/> revistado el 3/01/23010

respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales).<sup>4</sup>

Existen también prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra.<sup>5</sup>

Recorreremos la norma y la jurisprudencia constitucional y además tomaremos el dialogo con la normatividad y jurisprudencia internacional lo que nos llevará a custodiar derechos fundamentales que no debería ser ultrajado, en ningún país del orbe, bajo la supuesta justificación de que es “un extranjero”. Se analizará especialmente la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana OC – 18/03 del 17 de septiembre del 2003 sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, que será denominada a lo largo del presente artículo como **Opinión Consultiva de la Corte Interamericana**.

En este artículo no analizaremos los extranjeros que ingresan con estatus diplomático, oficial, consular, asilado político o refugiado quienes tienen un régimen distinto en el mundo.

## **II.- DERECHO CONSTITUCIONAL**

La constitución peruana expresa en varias disposiciones un comportamiento hacia los extranjeros que pasaremos a analizar:

- El artículo 2 inciso 11 de la carta política expresa que toda persona tiene derecho a ***“elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y***

---

<sup>4</sup> Opinión Consultiva de la Corte Interamericana OC – 18/03 del 17 de septiembre del 2003 sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. (**Opinión Consultiva**) Presentada por México basados en el artículo 64.1 de la Convención Americana la privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales a los trabajadores migrantes y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos; así como con la subordinación o condicionamiento de la observancia de las obligaciones impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos, incluidas aquellas oponibles *erga omnes*, frente a la consecución de ciertos objetivos de política interna de un Estado americano. Fundamento 112.

<sup>5</sup> Opinión Consultiva de la Corte Interamericana. Fundamento 113.

*entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o **por aplicación de la ley de extranjería.***”<sup>6</sup>

En esta parte debemos precisar que el artículo 2 inciso 11 de la Constitución establece tres tipos de excepciones al derecho que tiene toda persona para elegir el lugar de su residencia: “razones de sanidad o por mandato judicial o **por aplicación de la ley de extranjería.**” Las dos primeras excepciones están vinculadas a la sanidad y al mandato judicial que son de aplicación a todas las personas sean nacionales y extranjeros. Sobre estos aspectos no haremos mayores comentarios en el presente artículo.

La tercera excepción es de aplicación sólo a los extranjeros, por cuanto están contenidas en la Ley de Extranjería y ello si es de nuestro interés para compatibilizarlo con los estándares internacionales.

Los extranjeros que ingresan o que quieran permanecer en el Perú tienen una limitación adicional respecto de cualquier mortal peruano, debe registrarse por la Ley de Extranjería. Es decir la Constitución habilita al Congreso para dictar una norma que establezca esas limitaciones. En ese sentido el Tribunal Constitucional ha señalado: “*La facultad de la persona extranjera comporta el ejercicio del atributo **ius movendi et ambulandi.** Es decir, supone la posibilidad de desplazarse autodeterminativamente en función de las propias necesidades y aspiraciones personales, a lo largo y ancho del territorio, así como la de ingresar o salir de él, cuando así se desee. Se trata, en suma, de un imprescindible derecho individual y de un elemento conformante de la libertad individual. **Más aún, deviene en una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona,** toda vez que se presenta como el derecho que tiene ésta para poder ingresar, permanecer, circular y salir libremente del territorio nacional. **Sin embargo, este derecho, como todos los demás, no es absoluto, sino que tiene que ejercerse según las condiciones que cada titular del mismo posee y de acuerdo con las limitaciones que la propia Constitución y la ley establecen.***”<sup>7</sup>

- Curiosamente, parece ser mas bienvenida la inversión extranjera que la persona extranjera al Perú por cuanto el artículo 63 de la Constitución señala: “**La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones**” El mensaje normativo es que inversión extranjera y la nacional intervienen en las mismas condiciones. A reglón siguiente el mismo articulado señala: “*Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado*

---

<sup>6</sup> En la Constitución de 1979, artículo 2 inciso 9 expresa similar mandato con el agregado que expresamente señala que ninguna persona puede ser “**(...) repatriado ni separado del lugar de su residencia** sino por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería.” En esta diferencia normativa la Constitución de 1979 tutela mejor los derechos de los extranjeros, por cuanto impide la repatriación y defiende la residencia del extranjero en tierras peruanas.

<sup>7</sup> Ver: sentencia expediente exp. 00001-2008 PI/TC del 6 de mayo del 2010, fundamentos 15

*puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.*” El artículo constitucional, regula la reciprocidad entre estados y en esa media faculta emplear mecanismo de defensa contra aquellos estados que pongan limitación a la inversión peruana retribuyéndole estas limitaciones cuando la inversión extranjera llegue al Perú.

- Igual comportamiento se aprecia en el tratamiento de la propiedad, el artículo 71 de la Constitución expresa: “*En cuanto a la **propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos (...)***” La única excepción se encuentra en el segundo párrafo cuando afirma: “*Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, **los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad (...)***”.
  - El Código Procesal Constitucional en el artículo 25°, inciso 6 establece un mecanismo de protección de los derechos de los extranjeros y encarga al hábeas corpus como el mecanismo idóneo ante la acción u omisión que amenace o vulnere “*El derecho de los nacionales o de los extranjeros residentes a ingresar, transitar o salir del territorio nacional, salvo mandato judicial o aplicación de la Ley de Extranjería o de Sanidad*”.
- El habeas corpus también fue un baluarte en el pasado y lo muestra un hecho histórico ocurrido con el ciudadano chileno Liberona que fuera defendido por el Dr. Valle Riestra: Los hechos<sup>8</sup> fueron que en 1983 la Comisión Única encargada de la Revisión de Expedientes de Extranjeros canceló la calidad migratoria de No Inmigrantes Residentes (MIR) al ciudadano Chileno Luis Hernando Liberona Cleark por haber realizado actividades políticas clandestinas atentatorias contra las buenas relaciones entre el Perú y Chile; habiéndose dispuesto la orden de salida correspondiente a efecto de que proceda el extrañamiento del país del mencionado extranjero en aplicación del artículo 70 del reglamento de inmigración por haberse encontrado propaganda política contra el Gobierno Chileno. Sin embargo un Habeas Corpus se declaró fundado por el Decimo Tribunal Correccional de Lima del 28 de enero de 1983 con el siguiente argumento: “*(...) Se infiere que **nuestra carta Magna debe estar por encima de todo ordenamiento jurídico** y requiere contar con los medios necesarios para ser respetada y cumplida, sometiendo el control de constitucionalidad al **Poder Judicial que se erige como el mejor baluarte y vigilante de la observación estricta de los derechos ciudadanos**, que alcanza tanto a peruanos como a extranjeros residentes en nuestro territorio; que , debe anotarse que la doctrina enseña que la interposición del Habeas Corpus , constituye una acción de garantía de libertad personal frente al poder público cuando este le afecta en alguna forma y siempre que la conculcación u obliteración implique una ilegalidad **(en caso sub materia la supuesta aplicación del reglamento de inmigración que no puede oponerse válidamente a la constitución ni a la ley que regula dicho recurso)** debiendo entenderse que proviene de un acto o hecho que no tiene ningún respaldo en norma vigente.*”

### **III.- POSICION DE LA NORMATIVIDAD INTERNACIONAL**

---

<sup>8</sup> Puede verse en el Link: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2191/7.pdf> revistado el 3/01/2011.

Existe una serie de normas internacionales que cubre los derechos humanos de las personas migrantes. El artículo 1 de la Convención Americana establece que: “*Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*” Similar criterio se adopta en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Artículo 2.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Es mucho mas preciso el artículo 13 del mismo Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos cuando expresa que “*extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte (...) sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.*”

El Convenio 97 de la OIT en su artículo 6.1 señala: “*Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales (...)*”. El Convenio 143 inciso 81 establece que “*A condición de haber residido legalmente en el país con fines de empleo, el trabajador migrante no podrá ser considerado en situación ilegal o irregular por el hecho mismo de la pérdida de su empleo, la cual no deberá entrañar por sí misma el retiro de su permiso de residencia o, llegado el caso, de su permiso de trabajo.*” Finalmente la Recomendación 100 de la OIT en su artículo 41 expresa: “*Debería concederse a los trabajadores migrantes el derecho a asociarse y dedicarse libremente a todas las actividades sindicales para fines lícitos en los centros donde trabajen (...)*”

#### **IV.- LA LEY DE EXTRANJERIA. DECRETO LEGISLATIVO 703 Y SUS MODIFICATORIAS**

##### **a).- Los extranjeros y la voz del estado peruano**

Sobre la definición de quiénes son extranjeros lo encontramos en el artículo 3 del Decreto Legislativo 703: “*Se considera extranjero a toda la persona que no posea la nacionalidad peruana.*” Como se observa la norma no dice que hayan nacido en territorio peruano, ello debido a que existen varias maneras de adquirir la nacionalidad peruana e incluso un extranjero puede convertirse en peruano<sup>9</sup>. Sobre este aspecto no abundaremos en este

---

<sup>9</sup>Al respecto ver la Ley 26574 Ley de Nacionalidad  
Artículo 2.- Son peruanos por nacimiento:

1. Las personas nacidas en el territorio de la República.

artículo, aún cuando siempre el extranjero está al acecho que pueden anular esta nacionalidad que fuera concedida, lo que ya es una grave afrenta con los derechos fundamentales. Al respecto el caso del ciudadano Baruch Ivcher es una clara muestra de la arbitrariedad que llego hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El estado peruano tiene una política a nivel internacional que debe incluirse dentro del ordenamiento jurídico internacional y para ello adopta criterios no sólo con sus connacionales sino con los extranjeros y con los otros estados del mundo. Este criterio se encuentra en el artículo 6 de la Ley de Extranjería:

*Artículo 6. La Política de Inmigración (...) forma parte de la Política Exterior del Estado, y se orienta a determinar la relación del Estado Peruano, con, los nacionales, extranjeros y con sus respectivos Estados de origen, antes de su ingreso al territorio nacional.*

Por otro lado una política nacional que tiene como objetivo regular la relación del estado peruano con los extranjeros en el Perú. Artículo 7 de la Ley de Extranjería:

*Artículo 7. La Política de Inmigración (...) forma parte de la Política Interior del Estado y se orienta a la relación del Estado Peruano, con los nacionales extranjeros que han ingresado al territorio nacional (...)*

Es inconcebible que el estado peruano tenga que dar dos mensajes distintos, por un lado cuando se comunica el estado con la comunidad internacional y el estado cuando se comunica con los habitantes del territorio peruano. Creemos que ambos mensajes deben

---

2. Los menores de edad en estado de abandono, que residen en el territorio de la República, hijos de padres desconocidos.

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.

Artículo 3.- Son peruanos por naturalización:

1. 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.

c) Carecer de antecedentes penales, tener buena conducta y solvencia moral.

2. 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.

Artículo 4.- Pueden ejercer el derecho de opción para adquirir la nacionalidad peruana:

1. 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.

2. 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 expresa 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.

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.

corresponder a un mismo lenguaje y están sujetos a un mismo estándar. De ello trata el presente artículo de medir el estándar de la legislación peruana versus la normativa internacional.

Debemos señalar que el ordenamiento internacional recusa todo tipo de discriminación contra un extranjero en cualquier país, por cuanto la igualdad de los seres humanos en el planeta no nos debe llevar a discriminar por ningún motivo. Sin embargo para que quede mucho más claro la definición de “discriminación” será necesario diferenciarlo con los términos de “distinción”. Al respecto la Opinión Consultiva la Corte Interamericana “(...) *hace una diferenciación entre los términos de distinción y discriminación. (...) la distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. Sin embargo La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos.*”<sup>10</sup>

Consideramos que la postura del estado peruano sobre la política de migraciones tanto en el ordenamiento internacional como en el nacional debe ser la misma, ser respetuosa de los derechos humanos. Cualquier discriminación que se pretenda realizar a través de normas y actos de estado está cuestionada por el ordenamiento jurídico.

#### **b).- Los extranjeros y las excepciones constitucionales**

El artículo 55 de la Ley de Extranjería señala que los nacionales y extranjeros “**tienen los mismos derechos y obligaciones que los peruanos**” hasta ahí parece ser importante esta norma y seguidamente establece que existen “*excepciones que establecen la Constitución del Estado, la presente Ley y demás disposiciones legales de la República.*”

Debemos observar que el artículo 55 de la Ley de Extranjería contradice y va más allá del mandato constitucional (artículo 2 inciso 11) por cuanto en ésta última norma se dice que las únicas excepciones son establecidas por la Ley de Extranjería y no cualquier disposición legal de la República. Es importante tomar nota esta situación para evitar inconstitucionalidades normativas.

#### **c).- Las medidas sancionatorias evaluadas a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.**

Existen mecanismos sancionatorios que utiliza el estado peruano a través de la Autoridad de Migraciones y se realiza de acuerdo a lo establecido en la Ley de Extranjería. Veremos si estos mecanismos sancionatorios cumplen el estándar internacional.

---

<sup>10</sup> Opinión Consultiva de la Corte Interamericana. Fundamento 82.

**c. 1).-** La cancelación de la permanencia o residencia (art. 63 Ley de extranjería) constituye una evaluación de los actos que realiza el extranjero en el Perú por la violación de situaciones como:

1. *Por realizar actos contra la Seguridad del Estado, el Orden Público Interior, la Defensa Nacional.*
2. *Por no disponerse de los recursos económicos que permitan solventar los gastos de permanencia o residencia en el territorio nacional.*
3. *Por haber sido sentenciado por un Tribunal peruano a pena de prisión o pena mayor, al obtener su libertad.*
4. *Por falsear información en los documentos o informes suministrados para adquirir determinada calidad migratoria.*

**c. 2).-** La expulsión parece ser una actitud del estado peruano (art. 64 de la ley de Extranjería) más drástica contra el extranjero por cuanto procederá la expulsión:

1. *Por ingreso clandestino o fraudulento al territorio nacional.*
2. *Por mandato de la autoridad judicial competente.*
3. *A quien se le haya dado salida obligatoria o cancelándose su permanencia o residencia y no haya abandonado el territorio nacional.*

Cualquier mecanismo sancionatorio contra una persona extranjera debe realizarse respetando el debido proceso por lo que cualquier actitud de control no debe salirse de ese marco fundamental. Por ello la Corte Interamericana expresa que el estado puede: “(...) otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados (...) Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las **garantías del debido proceso** y al respeto de la dignidad humana. (...) es inaceptable deportar a individuos **sin darles la posibilidad de argumentar su caso ante las cortes nacionales competentes**, ya que ello es contrario al espíritu y (...) del derecho internacional (...) **El debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio.** (...) para que exista “debido proceso legal” **es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables.** Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia.”<sup>11</sup>

Además es necesario que el estado peruano tome nota que un extranjero en suelo peruano desconoce o conoce poco la situación jurídica del Perú; es necesario tomar nota de esas desigualdades que le puede poner en situación de vulnerabilidad respecto de cualquier otro peruano. El sistema interamericano señala: “(...) Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. **La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los**

---

<sup>11</sup> Opinión Consultiva de la Corte Interamericana. Fundamento 119 - 126

**obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses.** Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas. (...)”<sup>12</sup>

Entonces los funcionarios del estado peruano deben realizar una evaluación objetiva y subjetiva de los problemas por los que atraviesan los extranjeros en suelo peruano y brindarles una serie de facilidades para que no se distorsione el ejercicio de sus derechos fundamentales; por cuanto no basta con proveerles formalmente la viabilidad de sus derechos sino también es importante que no exista obstáculos reales que no les permita ejercerlos. Nos preguntamos cómo un ciudadano chino puede ejercer sus derechos en suelo peruano si no habla el español o como puede ejercerlo un ciudadano inglés si el ordenamiento jurídico al que se adscribe el Perú tiene origen romano - germánico y el inglés conoce el ordenamiento anglosajón. Entonces no solo debe procederse a una evaluación de su carácter de extranjero en general sino se debe proceder a evaluar la persona extranjera en concreto, sobre su origen, cultura, idioma, grado de instrucción, etc.. Por ello la Corte ha expresado: “(...) *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 racione materiae sino también racione personae sin discriminación alguna. Se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por varios motivos: por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad, y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio. **Al respecto, el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no solo formal sino real.** Los derechos derivados de la relación laboral subsisten, pese a las medidas que se adopten.*** (...)”<sup>13</sup>

## **V.- ANALIZANDO EL ARTICULO 63 Y 64 DE LA LEY DE EXTRANJERIA**

### **A).- Analizando artículo 63 inciso 1 de la ley de Extranjería**

Esta normativa contiene tres razones por las cuales el estado peruano puede cancelar la estadía y permanencia a un extranjero. Por realizar actos contra la seguridad del estado, orden público interior y la defensa nacional. Detrás de estos términos rimbombantes a veces se esconden definiciones inciertas y por ello su invocación a veces genera abusos de autoridad. Por ello será necesario recurrir a unas definiciones que nos proporcionan la doctrina, jurisprudencia y la norma.

#### **1.- Sobre Seguridad el estado**

---

<sup>12</sup> Opinión Consultiva de la Corte Interamericana. Fundamento 119 – 126.

<sup>13</sup> Opinión Consultiva de la Corte Interamericana. Fundamento 119 - 126

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuando menciona el término de seguridad del estado resalta básicamente el elemento de violencia como habilitador para ubicar en que momentos nos encontramos ante una amenaza contra la seguridad del estado: “(...) en situaciones en que la seguridad del Estado o de los ciudadanos se ve **amenazada por la violencia**, el Estado tiene el derecho y la obligación de **brindar protección contra las amenazas**”<sup>14</sup>

El Tribunal Constitucional en forma más amplia menciona las condiciones en que resulta más legítimo una respuesta estatal ante una amenaza a la seguridad del estado y no solo hace mención a la violencia sino a otros elementos adicionales, además considera que las acciones que tome el estado peruano cuando ve amenazado su seguridad de estado son medidas extraordinarias de carácter temporal y ello es fundamental advertir para apreciar en que situaciones resulta su invocación por las autoridades:

“(...) para otorgar legitimidad a las competencias de excepción, **existen dos condiciones**: a) Que su otorgamiento se produzca **cuando se acredite que el orden institucional y la seguridad del Estado se encuentran en severo peligro**. En ese contexto, deben haberse presentado **condiciones políticas, sociales, económicas o de fuerza mayor provenientes de la naturaleza**, que no pueden ser controladas a través de los medios ordinarios con que cuenta el Estado. b) Que la aplicación de **las medidas extraordinarias tenga carácter temporal**, es decir, que no se extienda más allá del tiempo **estrictamente necesario para el restablecimiento de la normalidad constitucional** y, por tanto, de la vigencia rediviva de la normalidad ordinaria del Estado.”<sup>15</sup>

## **2.- Orden publico Interior**

Para definir este término debemos recurrir al artículo 137 inciso 1 de la Constitución por cuanto ahí se hace una invocación al orden interno: “*El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar (...) 1. Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del **orden interno**, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse*<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Normas y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario aplicables a las situaciones de Terrorismo. Puede apreciarse en: [https://www.cidh.oas.org/Terrorism/Spain/c.htm#\\_ftnref249](https://www.cidh.oas.org/Terrorism/Spain/c.htm#_ftnref249) revisado el 20/12/2010.

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 0017-2003-AI/TC del 16 de marzo del 2004, caso Defensoría del Pueblo, fundamento 17.

<sup>16</sup> Según el Dr. Francisco Eguiguren, refiriéndose al artículo 231 de la Constitución 1979 que contiene similar normativa que el artículo 137 de la Constitución señala: “persiste la confusión, de tipo conceptual y técnico, de seguir denominando garantías a los derechos o de tratar impropriamente como sinónimos a ambos términos. Como acertadamente señala el profesor Domingo García Belaunde las constituciones peruanas de los siglos XIX y XX utilizaron la clásica nomenclatura de “garantías” individuales y sociales (como equivalentes a derechos) y la “suspensión de garantías”, como su correlato para las situaciones de excepción ¿qué significa la suspensión de garantías? En el sentido latinoamericano, proveniente de la tradición francesa y filtrada a través de la experiencia española, la suspensión de garantías significa inequívocamente suspensión de derechos”. (Francisco Eguiguren Praeli. Las situaciones de emergencia y su tratamiento. Lecturas sobre Temas Constitucionales. CAJ. Nov. 1990. pag. 22.)

### *el ejercicio de los derechos constitucionales (...)*”

Si hacemos una comparación histórica de la utilización de los términos de orden interno y orden público, la Constitución de 1979 en su artículo 277, diferencia el orden interno del orden público: “*Artículo 277. Las Fuerzas Policiales (...) tienen por finalidad fundamental mantener el orden interno, preservar, conservar el orden público, garantizar el cumplimiento de las leyes, la seguridad de las personas y los patrimonios público y privado así como prevenir y combatir la delincuencia. Participan con las Fuerzas Armadas en la Defensa Nacional.*”

Para Marcial Rubio Correa, “el orden público<sup>17</sup> podría ser definido como un conjunto de normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible y de cuyos márgenes

---

Sin embargo vale la pena señalar que la Corte si hace un desarrollo correcto de esa diferenciación: “(...) Las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (art. 1.1), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia”. (Opinión Consultiva del 06.10.87 Párrafo 25.)

En la Constitución de 1993, parece que se mantuvo similar confusión de garantías y derechos. En el acta de sesiones del Plenario del Congreso Constituyente Democrático, el Congresista Carlos Ferrero Costa señaló: “Considero errado en el texto se establezca la suspensión de las garantías constitucionales (...) propuso se sustituyera dicha locución por la frase suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales”. (Actas de la Sesión del Plenario del CCD Constitución de 1993. Pag. 187)

Como los términos son similares, suspensión de garantías puede significar suspensión de derechos y viceversa.

Considero que la Corte hace una precisión que será necesario tomar en cuenta al interpretar el artículo 137 de la Constitución.

El artículo 27 de la Convención Americana contiene diferentes alocuciones como “suspensión de garantías”, y “suspensión de derechos” y finalmente “derecho de suspensión”, todos los cuales tienen un solo sentido para la Corte:

“El artículo 27 contiene determinadas locuciones que merecen ser destacadas (...) Del análisis de los términos de la Convención en el contexto de éstos, resulta que no se trata de una "suspensión de garantías" en sentido absoluto, ni de la "suspensión de los derechos" ya que siendo éstos consustanciales con la persona **lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio.** (...) la Corte utilizará la expresión empleada por la Convención de "suspensión de garantías". Opinión Consultiva del 06.10.87 Párrafo 18.

Esto nos conduce a establecer una línea divisoria entre suspensión y restricción, sobre la base del goce y ejercicio del derecho, entendiendo que nunca se suspende un derecho, lo que puede suspenderse es su ejercicio.

Finalmente entonces cuando la Constitución se refiere a suspensión de derechos debemos entender que se esta refiriendo a suspensión de garantías. A su vez debe quedar claro que un derecho no se restringe, lo que más bien se restringe es su ejercicio.

El término de SUSPENSION, puede ser peligroso para la actividad tuitiva de los derechos humanos y que es mejor adoptar el término de RESTRICCION, incluso en aquellos casos en que expresamente se hace mención a suspensión.

<sup>17</sup> En la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que viven. Adoptada en la Asamblea General de la ONU mediante Resolución 40/144 del 13 de diciembre de 1985 en el artículo 5 inciso 1, letra e) expresa que “Los extranjeros gozarán (...): El derecho a la libertad de

no puede escapar ni la conducta de los órganos del estado, ni la de los particulares, para lo cual el Estado compromete sus atribuciones coercitivas y coactivas, de ser necesario recurrir a ellas. Así, la diferencia fundamental entre el orden interno y el orden público estriba en que el primero es un concepto esencialmente político social, que atañe a la integridad de la organización social en cada momento, en tanto que el orden público es un concepto esencialmente jurídico, que atañe al cumplimiento ineludible de las disposiciones jurídicas imperativas. Sin embargo, esta misma manera de conceptualizar, estaría indicando que la relación entre ambos conceptos es de género (orden interno), a especie (orden público). Es decir, el orden público no agota al orden interno, pero forma parte de él. Esto es evidente desde que, el orden interno, no puede resultar amenazado sin que se viole ninguna norma jurídica, por ejemplo, en el caso de una gran catástrofe natural.<sup>18</sup>

### **3.- sobre Defensa Nacional**

El Decreto Legislativo 743, ley del Sistema de Defensa Nacional, ya derogado decía en su artículo 1:

*Artículo 1.- La **Defensa Nacional** es la adopción permanente e integral de las previsiones y acciones que **garanticen la independencia, la soberanía y la integridad del país.** El Estado garantiza la Seguridad de la Nación en sus ámbitos interno y externo a través de la Defensa Nacional.*

Esta definición tal vez nos ayude a encontrar el rumbo que toma estos términos. Posteriormente la actual Ley 28478, Ley del Sistema de Seguridad y Defensa Nacional, en su artículo 2 señala: “*El Sistema de Seguridad y Defensa Nacional comprende, además de sus órganos componentes, todos los organismos públicos, personas naturales y jurídicas de nacionalidad peruana. Las personas naturales y jurídicas extranjeras domiciliadas en el país deberán cumplir con las disposiciones que de ella se deriven.*”

### **4.- Cómo enrumbar estas normas excepcionales.**

Debemos decir que dada trascendencia de estas figuras es preciso que la autoridad migratoria adopte un criterio objetivo cuando se encuentre a situaciones de amenaza contra la seguridad del estado, orden interno o defensa nacional; y consideramos que la única cobertura constitucional es la que se encuentra en el artículo 137 inciso 1 de la Constitución, que regula el estado de excepción, es decir la existencia o peligro inminente de una grave circunstancia de anormalidad, cuyo origen puede ser de naturaleza político-social, o deberse a situaciones de fuerza mayor o a crisis económicas. Tales los casos de

---

pensamiento, de opinión, de conciencia y de religión; el derecho a manifestar la religión propia o las creencias propias, con sujeción únicamente a las limitaciones que prescriba la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad pública, el **orden público**, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades fundamentales de los demás”

<sup>18</sup> Marcial Rubio Correa. Título Preliminar. Biblioteca para Leer el Código Civil. Fondo Editorial PUCP. 1990. Pág. 95

guerra exterior, guerra civil, revueltas, motines, revoluciones, cataclismos, maremotos, inflaciones, deflaciones, etc. Mientras no exista este elemento habilitador la autoridad migratoria debe otorgarle todos los derechos del debido proceso (sin restricción alguna) a cualquier ciudadano extranjero.

Incluso en estos casos es básico el control jurisdiccional expresado en la verificación jurídica de la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo de los derechos fundamentales de la persona.<sup>19</sup>

Como se aprecia la excepción no significa carta blanca a las autoridades migratorias, por cuanto “(...) algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni debe (...) entenderse que el gobierno esté investido de poderes abstractos (...).<sup>20</sup>

### **B).- Analizando artículo 63 inciso 2 de la ley de Extranjería**

Para analizar este artículo debemos preguntarnos qué pasa con aquél ciudadano extranjero que ingresó legalmente al Perú y tiene visa para poder permanecer en tierras peruanas; pero lamentablemente por alguna razón de fuerza mayor o caso fortuito pierde la capacidad económica para seguir solventando su estadía. En esos casos parece no tener una legitimidad en el derecho, la cancelación de la permanencia o residencia. No sería lógico que un ciudadano extranjero que contribuyo con su esfuerzo en tierras peruanas y que luego cayó en “desgracia” merezca un trato cruel y sin contemplación. Al parecer este comportamiento subjetivo parece no tener asidero en la Ley de Extranjería.

Consideramos que una justificación objetiva de la situación de emergencia por la que pueda atravesar un ciudadano extranjero si debería ser contemplado y por lo menos permitirle ciertas consideraciones antes de tomar una decisión tan drástica como el de cancelarle la permanencia o residencia. Para ello creo que es perfectamente aplicable el artículo 56 inciso 3 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias, Aprobada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990:

*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 trata lleve residiendo en el Estado de empleo.***

### **C).- Analizando artículo 63 inciso 3 de la ley de Extranjería**

---

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 0017-2003-AI/TC del 16 de marzo del 2004, caso Defensoría del Pueblo, fundamento 18.

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 0017-2003-AI/TC del 16 de marzo del 2004, caso Defensoría del Pueblo, fundamento 18 a 20.

El hecho que una persona sea condenada por el Poder Judicial no puede ser un motivo directo para poder cancelarle la visa, por cuanto se iría en contra de lo establecido por el artículo 139 de la Constitución que afirma: “*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 22.El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.*”

Esta decisión puede traer algunas complicaciones de orden constitucional. Primero es necesario advertir que sólo el Poder Judicial puede expulsar a un extranjero en sentencia consentida o ejecutoriada y si no lo hace este Poder no puede tomarse esta atribución el Poder Ejecutivo por cuanto ello iría en contra el artículo 139 inciso 2 de la Constitución que señala que son principios y derechos de la función jurisdiccional:

*La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. 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.*

Si en la resolución de condena no se ha establecido ninguna pena restrictiva de expulsión, en atribución del artículo 30 inciso 2 del Código Penal entonces no se puede llevar a cabo una medida de este tipo.

Si el autor de un delito puede reincorporarse a la sociedad, no sería dable que el estado proceda a expulsar al ciudadano extranjero sin darle la posibilidad de expresar sus derechos analizando su relación familiar, laboral, amical y de otra índole que haya cultivado en suelo peruano.

En esta parte igualmente será necesario recurrir artículo 19 inciso 2 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias, Aprobada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990:

*Al dictar sentencia condenatoria por un delito cometido por un trabajador migratorio o familiar suyo, se deberán considerar los aspectos humanitarios relacionados con su condición, en particular con respecto a su derecho de residencia o de trabajo.*

#### **D).-Analizando artículo 63 inciso 4 de la ley de Extranjería**

Consideramos que esa información debería ser evaluada en relación a la gravedad que se causa al ordenamiento jurídico y además resolver una sanción proporcional y no arbitraria aun cuando la falta sea evidente.

En consecuencia una evaluación objetiva dentro de un debido proceso y permitiendo el ejercicio de defensa llevaría a un control de las atribuciones sancionatorias. Un excelente

mensaje a la comunidad internacional es ejercer autoridad e imperim respetando la normatividad nacional e internacional.

### **E).- SOBRE LA EXPULSION**

Procede la expulsión del extranjero de suelo patrio por tres razones que pasamos a referir:

#### **1.- Por ingreso clandestino o fraudulento al territorio nacional (artículo 64 inciso 1 de la ley de Extranjería).**

Si bien el estado peruano puede expulsar a aquellas personas que considera no cumplen determinadas condiciones sin embargo debe esta decisión cumplir con elementos de trascendencia y proporcionalidad de la medida. Es decir aún esta decisión soberana está sujeta un control de constitucionalidad.

La Corte Interamericana en su opinión Consultiva señaló: “(...) los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana. (...) es inaceptable deportar a individuos sin darles la posibilidad de argumentar su caso ante las cortes nacionales competentes ya que ello es contrario al espíritu y texto de la Carta y del derecho internacional.”<sup>21</sup>

#### **2.- Por mandato de la autoridad judicial competente (artículo 64 inciso 2 de la ley de Extranjería).**

Si la decisión de la expulsión es un mandato del Poder Judicial entonces el Poder Ejecutivo solo le toca hacer cumplir ese mandato judicial y ya no constituye una decisión administrativa. Deberá en este punto tomarse en cuenta que el proceso deberá concluir en última instancia o ser declarada consentida.

Al respecto el Código Penal en su artículo 30 inciso 2 expresa que: “*Las penas restrictivas de libertad son: La expulsión del país tratándose de extranjeros. (...) se aplican después de cumplidas la pena privativa de libertad.*” Ello nos revela que no habrá expulsión por mandato judicial si el delito fue sancionado con penas que no han merecido la privación de la libertad efectiva.

#### **3.- A quien se le haya dado salida obligatoria o cancelándose su permanencia o residencia y no haya abandonado el territorio nacional (artículo 64 inciso 3 de la ley de Extranjería).**

Con respecto a esta causal resulta una consecuencia de la decisión de cancelar la permanencia o decisión para lo cual deberá el lector tomar los argumentos ya esgrimidos en el punto anterior.

#### **4.- Como materializar la expulsión administrativa.**

---

<sup>21</sup> Opinión Consultiva de la Corte Interamericana. Fundamento 119.

La expulsión como expresamos es una medida drástica y el último camino que adopta la administración pero cabe en este aspecto algunas preguntas:

Qué pasa si la autoridad migratoria decidió cancelarle la residencia pero esa resolución ha sido impugnada ante el Poder Judicial; en este caso se debería materializar la medida de todas maneras o es necesario esperar que el Poder Judicial resuelva en última instancia. Al parecer si nos atenemos a lo expresado por la normativa internacional el ciudadano extranjero debería permanecer en suelo peruano hasta que el Poder Judicial pueda emitir la resolución final; pero esta posición llevaría a crear una incertidumbre durante meses o años en que demora el proceso judicial. Si nos atenemos a la legislación nacional parece que las resoluciones deben ser cumplidas al margen que sean cuestionadas o no.

La autoridad migratoria emite actos administrativos y en tal sentido se rige supletoriamente por la Ley General de Procedimientos Administrativos, artículo 192:

***Los actos administrativos tendrán carácter ejecutivo**, salvo disposición legal expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o plazo conforme a ley.*

Pero a su vez la misma Ley de Procedimientos Administrativos, artículo 12 expresa

*12.1 La declaración de nulidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha del acto, salvo derechos adquiridos de buena fe por terceros, en cuyo caso operará a futuro.*

*12.2 Respecto **del acto declarado nulo, los administrados no están obligados a su cumplimiento** y los servidores públicos deberán oponerse a la ejecución del acto, fundando y motivando su negativa.*

Por ello consideramos que una medida drástica como es la expulsión se debe ventilarse en un proceso urgente como es el habeas corpus.

Merece relatar como respaldo a esta posición lo ocurrido con el Religioso Británico Mac Auley Paul Michael a quién se le cancelo su residencia y se pretendía su expulsión. Se logró impedir este atropello mediante una Habeas Corpus interpuesto ante el Primer Juzgado Penal de Iquitos, departamento de Loreto en Resolución del 12 de julio del 2010 se expreso estos fundamentos en el Noveno Considerando de la Sentencia<sup>22</sup>:

*“Que analizados los autos se advierte que los hechos y petitorio que la demandada si están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido por el habeas corpus en la media que la Resolución Administrativa – Resolución Ministerial 571 – 2010 – IM/1601 expedida por el Ministro del Interior Octavio Salazar de fecha 11 de julio de 2010 (...) **resuelve cancelar la residencia en el Perú del demandante como religioso; que***

---

<sup>22</sup> Se puede observar en el Link <http://blog.dhperu.org/wp-content/2010/docs/paulmcauley.pdf> revistado el 3/01/2011.

**abandona el país en el plazo de 7 días calendarios contados a partir de la notificación con la resolución y bajo apercibimiento de dictar su expulsión del país e impedido de ingresar al territorio nacional; sin embargo se aprecia de que no se le ha dado la oportunidad al hoy demandante dentro del debido proceso administrativo a ejercer su derecho a la defensa prescrito en el artículo 139 inc. 14 de la constitución política que establece “el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del Proceso” que constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma el ámbito del debido proceso, asimismo se pretende restringir su derecho a la asociación “Red Ambiental Loretana” que reconoce el artículo 2 inc. 13 de la Constitución este derecho garantiza al asociado el pleno ejercicio o goce del derecho que se deriva de dicha condición. Significa esto que los derechos de un asociado están reconocidos en sus respectivos estatutos (...) de manera que un atestado no puede restringir o limitar esos derechos de manera injustificada sin cumplir exigencias del principio de proporcionalidad. Con relación a la pretendida motivación de la resolución ministerial su contenido es meramente enunciativa no precisa los cargos y descargos del hoy demandante en la supuesta investigación contendida en el atestado en referencia lo que conlleva afectación del debido procedimiento administrativo afectando por ende el derecho a su residencia y amenaza de su libertad de tránsito con el argumento de haberse realizado investigaciones establecidas en el atestado.”**

Como ya expresamos el Código Procesal Constitucional en el artículo 25°, inciso 6 establece un mecanismo de protección de los derechos de los extranjeros y encarga al hábeas corpus como el mecanismo idóneo ante la acción u omisión que amenace o vulnere “El derecho de los nacionales o de los extranjeros residentes a ingresar, transitar o salir del territorio nacional, salvo mandato judicial o aplicación de la Ley de Extranjería o de Sanidad”.

## **VI.- LOS DERECHOS LABORALES DE LOS MIGRANTES**

Una de las razones más recurrentes de las migraciones es por motivos laborales por ello en este punto dedicaremos un breve análisis a la Ley laboral que regula el contrato de los extranjeros.

Las normas laborales del personal extranjero son:

- El Decreto Legislativo 689, Ley para la contratación de trabajadores extranjeros.
- El Reglamento de la Ley de Contratación de Trabajadores Extranjeros, D. S. 014-92-TR.

### **1.- Preferencia de contratar nacionales: ¿Es una norma de distinción o discriminación?**

El decreto legislativo 689 en su artículo 1) establece una clara preferencia a los nacionales respecto de los extranjeros cuando señala: “Los empleadores, cualquiera fuere su actividad o nacionalidad, **darán preferencia** a la contratación de trabajadores nacionales.”

Merece tomar en cuenta lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

*“El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.”*<sup>23</sup>

Brindar una preferencia a la contratación de los trabajadores extranjeros no significa una discriminación por cuanto los extranjeros que pueden ingresar en la planilla de una empresa tienen como tope el 20% del personal total contratado. Si existen 100 trabajadores en total, de ellos pueden contratarse hasta 20 trabajadores extranjeros. Ello se encuentra regulado en el artículo 4 de la Ley: *“Las empresas nacionales o extranjeras podrán contratar personal extranjero en una proporción de hasta el 20% del número total de sus servidores, empleados y obreros. Sus remuneraciones no podrán exceder del 30% del total de la planilla de sueldos y salarios.”*

Adicionalmente es interesante señalar que un grueso sector de personas no se encuentra dentro de este tope siempre que acrediten determinada condición.

- Por ejemplo si el trabajador tiene una familiar peruano que es esposa (o), padre, hijo o hermano. (Artículo 3 inciso a de la Ley)
- El extranjero en vía de inmigrante, es decir aquel extranjero que ya está por más de dos años en la calidad de residente en el Perú por cualquier motivo, laboral, religioso, educativo, etc. Y además muestre su interés de permanecer por más tiempo en tierras peruanas. (Artículo 3 inciso b de la Ley).
- Por convenio de reciprocidad laboral con el país de la persona extranjera que solicita la exoneración. (Artículo 3 inciso c de la Ley). En estos momentos existe convenio aprobados por la Comunidad Andina de Naciones suscrito el 25 de junio del 2003, sobre migración laboral pero aún falta reglamentarlo.
- El personal de empresas extranjeras dedicadas al servicio internacional de transporte, terrestre, aéreo o acuático con bandera y matrícula extranjera. (Artículo 3 inciso de la Ley).
- El personal extranjero que labore en las empresas de servicios multinacionales o bancos multinacionales, sujetos a las normas legales dictadas para estos casos específicos. (Artículo 3 inciso e de la Ley).
- El personal extranjero que, en virtud de convenios bilaterales o multilaterales celebrados por el Gobierno del Perú, prestare sus servicios en el país. (Artículo 3 inciso f de la Ley).
- El inversionista extranjero, haya o no renunciado a la exportación del capital y utilidades de su inversión, siempre que ésta tenga un monto permanente durante la vigencia del contrato no menor de 5 Unidades Impositivas Tributarias. (Artículo 3 inciso g de la Ley)

---

<sup>23</sup> Opinión Consultiva de la Corte Interamericana. Fundamento 148.

- Los artistas, deportistas y en general aquellos que actúen en espectáculos públicos en el Territorio de la República durante un período máximo de tres meses al año. (Artículo 3 inciso h de la Ley).

## **2.- Derechos laborales sin visa ¿es posible?.**

Los contratos laborales<sup>24</sup> con extranjeros, son suscritos y aprobados por un plazo no mayor de 3 años, los mismos que pueden ser prorrogables en forma indefinida con el sólo compromiso de capacitar a un personal nacional para que reemplace al extranjero. El artículo 5 de la ley señala:

*Los contratos de trabajo a que se refiere la presente Ley deberán ser celebrados por escrito y a plazo determinado, por un período máximo de 3 años prorrogables, sucesivamente, por períodos iguales, **debiendo constar además, el compromiso de capacitar al personal nacional en la misma ocupación.** La Autoridad competente **al otorgar la visa correspondiente tendrá en cuenta el plazo de duración del contrato.***

Debemos tomar en consideración que una vez sea aprobado el contrato de trabajo de un trabajador extranjero se debe solicitar la autorización de la visa para laborar en calidad de trabajador lo que se denomina la calidad migratoria habilitante.

Ello nos lleva a plantear la pregunta qué pasa si el extranjero suscribe un contrato de trabajo y no obtiene de la Autoridad Migratoria, por alguna razón, la calidad migratoria habilitante o sea la visa de trabajador. Al parecer el Reglamento nos da la respuesta señalando que no se produce ningún vínculo laboral en el Perú si es que no se obtiene previamente la visa. Veamos el artículo 1 del Reglamento de la Ley:

*Los contratos de trabajo de personal extranjero son aprobados por la Autoridad Administrativa de Trabajo.*

*La Autoridad Migratoria constata la aprobación del contrato de personal extranjero en virtud de lo regulado en el presente Decreto Supremo; ninguna autoridad administrativa puede exigir requisito adicional.*

**El personal sólo podrá iniciar la prestación de servicios aprobado el respectivo contrato de trabajo y obtenida la calidad migratoria habilitante.”**

<sup>24</sup> La Corte Interamericana en su Opinión consultiva, fundamento 141 señala una regla que puede aplicarse tanto si el empleador es el estado o un particular, igual se puede generar una responsabilidad del estado si no hace cumplir la normativa internacional: (...) *Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. **En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.***

Sin embargo la respuesta internacional parece no concordar con esta legislación. La Corte interamericana realiza previamente una respuesta sobre la norma de aplicación más favorable en conflictos de normas internas e internacionales:

*Este Tribunal señala que como son numerosos los instrumentos jurídicos en los que se regulan los derechos laborales a nivel interno e internacional, la interpretación de dichas regulaciones debe realizarse conforme **al principio de la aplicación de la norma que mejor proteja** a la persona humana, en este caso, **al trabajador**. Esto es de suma importancia ya que no siempre hay armonía entre las distintas normas ni entre las normas y su aplicación, lo que podría causar un perjuicio para el trabajador. **Así, si una práctica interna o una norma interna favorece más al trabajador que una norma internacional, se debe aplicar el derecho interno**. De lo contrario, **si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados o reconocidos estatalmente, éstos se le deberán respetar y garantizar igualmente**.<sup>25</sup>*

El derecho laboral constituye también un derecho humano laboral y por ende un derecho fundamental por ello es necesario garantizarlo aunque no se tenga la visa del trabajador por la autoridad migratoria. La Corte señala:

***En muchas ocasiones sucede que no se reconocen a los trabajadores migrantes indocumentados los derechos laborales** ya mencionados. Por ejemplo, muchos empleadores los contratan para que presten determinado servicio a cambio de una remuneración más baja a la que les correspondería; los despiden por formar parte de sindicatos; los amenazan con deportarlos, entre otras situaciones. **Incluso, en algunas ocasiones los trabajadores migrantes indocumentados no pueden acudir a los tribunales de justicia para reclamar sus derechos por temor a su situación irregular**. Esto no debe ocurrir; pese a que podría verse deportado un trabajador migrante indocumentado, **éste último tiene siempre el derecho de hacerse representar ante el órgano competente para que se le reconozca todo derecho laboral que haya adquirido** como trabajador.*

*La Corte considera que los **trabajadores migrantes indocumentados**, que se encuentran en una situación de vulnerabilidad y discriminación con respecto a los trabajadores nacionales, **poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo**, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica. **Los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos**.<sup>26</sup>*

---

<sup>25</sup> Opinión Consultiva de la Corte Interamericana. Fundamento 156.

<sup>26</sup> Opinión Consultiva de la Corte Interamericana. Fundamento 159 y 160.

## **VII.- CONCLUSIONES:**

**PRIMERA:** El hecho que una persona sea extranjera no significa en modo alguno que sea un *capitis diminutio*. El extranjero que pisa suelo peruano debe encontrarse premunido de todos los derechos y garantías que lo dignifique, en ese sentido cualquier limitación a sus derechos constituye una indefensión y debe ser denunciado, porque puede perjudicarlo sobre su estatus.

**SEGUNDO:** La facultad soberana de un país, ejercida por la Autoridad Migratoria para decidir quien ingresa y quién sale del país esta sujeto a un control jurisdiccional que respete el orden internacional y constitucional.

**TERCERO:** El habeas corpus es la vía urgente para resolver los abusos en contra de extranjeros, que puedan cometer las autoridades migratorias. En ese sentido seria necesario que la Autoridad Migratoria pueda brindar todo un esquema de derechos al que pueden recurrir los extranjeros los mismos que podrían transmitirse en diferentes idiomas.

**CUARTO:** El Perú es una riqueza cultural amalgamada por diferentes experiencias culturales de otros países, por lo que debemos ser muy amables con los extranjeros para que en igualdad de reciprocidad nos entreguen similar buen trato.

**QUINTO:** Existe un orden internacional que viene promoviendo los derechos de los migrantes y ante el conflicto que se presente con las normas internas se debe preferir aquella que protege en mejor medida los derechos de los migrantes.

**SEXTO:** El derechos del migrante y los derechos laborales son derechos fundamentales que deben ser custodiados autónomamente y no significa en modo alguno que si no se obtiene la calidad migratoria en un Perú se pierde los derechos laborales. Puede ampararse derechos laborales de migrantes ilegales. Todo ello para evitar que se produzca abusos contra sectores vulnerables.

**SEPTIMO:** Ahora que el Perú está siendo observado a nivel mundial por su economía, su comida, cultura entre otros aspectos y hemos incrementado el flujo de inmigración por razones de turismo y de negocio en el Perú es necesario crear un trato correcto y digno de los amigos extranjeros, que luego incluso participa también en la construcción de nuestras utopías y resuelven los problemas del día a día. Tenemos así que en la última elección municipal fue elegido el ciudadano coreano Hung Won Jung como alcalde del distrito de la Merced, provincia de Chanchamayo y departamento de Junín.