



FACULTAD DE
DERECHO



Lima, 12 de julio de 2020

Señores(as)
Integrantes de la Comisión de Relaciones Exteriores
Congreso de la República del Perú
Presente.-

Referencia: **Presentación de Opinión Jurídica** relativa al Proyecto de Ley Nº 05349-2020-CR

De nuestra consideración:

Por medio de la presente comunicación les saludamos en nombre de la **Clínica Jurídica y Responsabilidad Social - Sección Derechos de las Personas Migrantes y Refugiadas**; y del **Grupo de Investigación sobre Protección Internacional de los Derechos de las Personas y los Pueblos (PRIDEP)**, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

La Clínica Jurídica y Responsabilidad Social es un curso obligatorio de la carrera de Derecho, coordinado por la Oficina Académica de Responsabilidad Social (OARS) de la Facultad de Derecho. El curso se concibe como el escenario pertinente para que los alumnos(as) apliquen los conocimientos hasta entonces adquiridos en la solución de problemas socio jurídicos de la realidad nacional, mediante el litigio de casos reales, la promoción de normas y políticas públicas, la asesoría jurídica y la capacitación a organizaciones sociales o entidades públicas con enfoque de responsabilidad social.

Por su parte, el Grupo de Investigación sobre Protección Internacional de los Derechos de las Personas y los Pueblos (PRIDEP) se encuentra conformado por estudiantes, docentes y egresado/as de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tiene como objetivo constituirse como un espacio de reflexión crítica, investigación y difusión de los derechos de las personas y los pueblos. Por ello, se enfoca en los estándares y mecanismos internacionales para la protección de los derechos humanos, así como de la responsabilidad internacional en casos de violaciones de los mismos.

En ese marco, hemos tomado conocimiento del **Proyecto de Ley Nº 05349/2020-CR, "Ley que dispone la inaplicación e invocación del Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular de Naciones Unidas y otras medidas"**, impulsado por el Grupo Parlamentario "Acción Popular", que actualmente se encuentra en la Comisión de Relaciones Exteriores.

1/2

Av. Universitaria Nº 1801, San Miguel.
T: 511 626-2000 anexo 5651
F: 511 626-2881
facderecho@pucp.edu.pe
www.pucp.edu.pe



FACULTAD DE
DERECHO



En ese sentido, hemos considerado pertinente **remitirles la presente Opinión Jurídica, que contiene nuestro análisis de la convencionalidad y constitucionalidad del Proyecto de Ley, así como el impacto de la vigencia de dicha propuesta normativa.** Dicha Opinión Jurídica ha sido elaborada por la Clínica Jurídica y Responsabilidad Social - Sección Derechos de las Personas Migrantes y Refugiadas, a cargo de la profesora María José Barajas de la Vega; así como por el Grupo de Investigación sobre Protección Internacional de los Derechos de las Personas y los Pueblos, a cargo del profesor José Burneo Labrín.

Agradecemos que la Comisión de Relaciones Exteriores tenga en consideración nuestro pedido de incluir la revisión de nuestro documento en su proceso de discusión sobre el Proyecto de Ley.

Les expresamos nuestro agradecimiento por la amable atención al presente y nos despedimos con la seguridad de que nuestro pedido tendrá acogida en la citada Comisión.

Atentamente,

RENATA ANAHÍ BREGAGLIO LAZARTE
JEFA DE LA OFICINA ACADÉMICA DE
RESPONSABILIDAD SOCIAL
FACULTAD DE DERECHO

MARÍA JOSÉ BARAJAS DE LA VEGA
PROFESORA DE LA C.J.R.S. SECCIÓN-
DERECHOS DE LAS PERSONAS
MIGRANTES Y REFUGIADAS

JOSÉ BURNEO LABRÍN
COORDINADOR DEL GRUPO DE INVESTIGACIÓN
SOBRE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS
DERECHOS DE LAS PERSONAS Y LOS PUEBLOS
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA PUCP

ADJUNTO: Opinión Jurídica del Proyecto de Ley N°05349/2020-CR (copia simple).

2/2

Av. Universitaria N° 1801, San Miguel.
T: 511 626-2000 anexo 5651
F: 511 626-2881
facderecho@pucp.edu.pe
www.pucp.edu.pe



OPINIÓN JURÍDICA¹

PROYECTO DE LEY 05349-2020-CR, QUE DISPONE LA INAPLICACIÓN E INVOCACIÓN DEL PACTO MUNDIAL PARA UNA MIGRACIÓN SEGURA, ORDENADA Y REGULAR DE NACIONES UNIDAS²

1. DESCRIPCIÓN DE LA PROPUESTA NORMATIVA

El 25 de mayo de 2020, las/los congresistas del Grupo Parlamentario “Acción Popular” presentaron el Proyecto de Ley Nro. 5349/2020-CR, “Ley que dispone la inaplicación e invocación del Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular de Naciones Unidas y Otras Medidas” (en adelante, el Proyecto de Ley).

El Proyecto de Ley dispone que se deben adoptar dos medidas específicas: por una parte, **suspender de manera inmediata los permisos temporales de permanencia (PTP)** otorgados a las personas venezolanas que radican en nuestro país e impedir su renovación. Y, en segundo lugar, **tipificar penalmente las conductas relacionadas al reingreso irregular de la población migrante venezolana.**

En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley se señala que la migración de población venezolana en nuestro país habría generado mayor cantidad de desempleo, situación que se vería incrementada por la crisis sanitaria debido al COVID-19. Según su criterio, es por esta crisis que las/los trabajadores a nivel nacional se encontrarían afectados (pertenezcan al sector formal o informal). De otro lado, se menciona que el Gobierno peruano ha ido desarrollando diversas medidas y programas sociales dirigidos a personas que se vean afectadas económicamente. Medidas de protección que - según la Exposición de Motivos - deben dirigirse exclusivamente a personas nacionales. En ese sentido, las/los autores del Proyecto de Ley señalan que, para atender exclusivamente a la población nacional en el contexto de pandemia, es necesario **dejar de ser parte del Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular de las Naciones Unidas.**

2. SITUACIÓN ACTUAL DE LA POBLACIÓN MIGRANTE VENEZOLANA

La situación actual del mundo respecto a la pandemia del Covid-19 ha generado que las personas migrantes, solicitantes de refugio o refugiadas tengan dificultades para sobrevivir. Este es el caso de la población venezolana que se encuentra en el Perú, la cual se ve inmersa en diversos desafíos que afronta día a día: la deficiencia en atención médica, desalojos de sus lugares de residencia o simplemente encontrarse en imposibilidad de trabajar debido al Estado de Emergencia declarado desde el 16 de marzo

¹ La presente opinión técnica fue elaborada, únicamente, por Romy Castillo Villar, Karen Lopez Retuerto, Andrea Luque Armestar, Shellzy Canlla Mas, Cynthia Balbuena Sancho y Pamelhy Valle Chacaltana, investigadoras del Grupo de Investigación sobre Protección Internacional de los Derechos de las Personas y los Pueblos (PRIDEP) de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP); y por Annette Sandoval Silva, Diana Espino Pérez y Alexander Canales Gonzáles, estudiantes de la Clínica Jurídica sobre el Derecho de las Personas Migrantes y Refugiadas de la Facultad de Derecho de la PUCP, bajo la coordinación de la profesora María José Barajas Vega.

² La profesora Julissa Mantilla Falcón no participó en la elaboración de esta Opinión Jurídica en razón del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.



del presente año³. Todo ello, de acuerdo a los últimos comunicados realizados por el embajador de Venezuela en Perú, el señor Carlos Scull, quien se ha pronunciado sobre lo siguiente:

“La situación de los migrantes venezolanos es desesperante. Tenemos un censo de 153 mil hogares en condiciones de vulnerabilidad y existen 55 mil venezolanos que están en peligro de desalojo. Nos preocupa que puedan quedar en la calle y que se expongan al contagio”⁴

Esta situación de vulnerabilidad evidentemente se agravó debido a la pandemia; no obstante, la situación de las personas migrantes venezolanas ya se había visto afectada, debido a las políticas migratorias cada vez más restrictivas que se tomaron en el país desde el 2018. Lo anterior, dificulta la posibilidad de que estas personas puedan obtener una calidad de vida óptima y humana, que no estaban teniendo en su país, debido a la crisis política, económica y actos de violencia que hasta la fecha siguen presentes.

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario explicar, en primer lugar, la distinción conceptual vinculada con las distintas categorías de personas en situación de movilidad humana. De esta manera, el término “migrante” aplica a aquellas personas independientemente de su nacionalidad que “eligen trasladarse [...] principalmente para mejorar sus vidas al encontrar trabajo o por educación, reunificación familiar, o por otras razones”⁵. En el caso peruano, en respuesta a la migración venezolana, se creó la figura del Permiso Temporal de Permanencia⁶ (en adelante, PTP) para regularizar su estancia en el país. Es por ello que, adicionalmente al término “migrante”, podemos hablar de aquellas/aquellos que contaban con este PTP, que les permitía “permanecer en el territorio de forma regular por un año (prorrogable), acceder al mercado de trabajo y, eventualmente, obtener un permiso de residencia permanente”⁷.

En segundo lugar, podemos afirmar que la ola migratoria también trajo consigo varios casos de solicitud de refugio, siendo que las personas que solicitan ser reconocidas como refugiadas⁸ son aquellas personas que buscan protección internacional bajo la definición

³ Decreto Supremo Nro. 044-2020-PCM, publicado en el Diario oficial El Peruano, el 15 de marzo de 2020. Declaró Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19, ha sido prorrogado en varias oportunidades hasta el 31 de julio del 2020, mediante el Decreto Supremo Nro. 116-2020-PCM, publicado en el Diario oficial El Peruano, el 26 de junio del 2020.

⁴ Morales, M. (2020). “COVID-19: Los migrantes venezolanos que se llevó el coronavirus en Perú”. Consultado el 06 de julio de 2020.

⁵ Edwards, A. (2016). “¿Refugiado o Migrante? ¿Cuál es el término correcto? Consultado el 10 de julio de 2020.

⁶ Permiso Temporal de Permanencia, creado mediante el Decreto Supremo Nro. 002-2017.

⁷ Fernández, N. (2019). “Finalizado el plazo para que las personas venezolanas soliciten el PTP, ¿ahora qué?”. Consultado el 15 de febrero de 2020.

⁸ En el caso de los solicitantes de refugio se encuentra protegido hasta que defina su situación de refugiado o no, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 5° de la Ley N° 27891, “Ley del Refugiado”:

5.1 Toda persona que invoque la condición de refugiado, puede ingresar a territorio nacional, no pudiendo ser rechazada, devuelta, expulsada, extraditada o sujeta a medida alguna que pueda significar su retorno al país donde su vida, integridad o su libertad estén amenazadas por las razones señaladas en el Artículo 3 de la presente Ley.



de refugiado de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 o bajo la definición ampliada de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984. Cabe precisar que la Ley n° 27891, Ley del Refugiado, reconoce ambas definiciones.

Las políticas migratorias tomadas a partir de la migración venezolana, con el tiempo se empezaron a volver más restrictivas, siendo que “en agosto de 2018, la presentación del pasaporte se vuelve obligatoria para todas las personas de nacionalidad venezolana que deseen entrar al Perú”⁹, si bien esta medida fue temporalmente suspendida, se incorporó nuevamente tres meses después. Posteriormente, se estableció otra restricción al “entrar en vigor la visa humanitaria del Perú, único documento autorizado para entrar al país” (Rivadeneira, 2019). Posterior a esas dos medidas migratorias, surge el adelanto de la fecha límite para solicitar el PTP, que como se había explicado antes, brindaba algunas facilidades para permanecer de manera regular en el territorio y la posibilidad de ingresar al mercado laboral. Así, mediante el Decreto Nro. 007-2018-IN “se adelantó la fecha límite para solicitar el PTP del 30 de junio de 2018 al 31 de diciembre. Además, estableció que solo podrían solicitar el PTP aquellas personas venezolanas que hubiesen ingresado al país el 31 de octubre de 2018” (Fernández Rodríguez, 2019).

En ese sentido, podemos percibir que el gobierno actual ha tomado medidas cada vez más restrictivas en lo que respecta a la población migrante venezolana, afectando no solo a personas migrantes, sino también a personas que buscan protección internacional como refugiadas.

Ahora bien, el 31 de enero de 2018 se aprobaron los *Lineamientos para la obtención de la Calidad Migratoria Especial Residente para las Personas de Nacionalidad Venezolana con Permiso Temporal de Permanencia*, la cual resultaba de “la aplicación a los administrados beneficiarios del PTP, luego de un (01) año de permanencia en el Perú con dicho permiso temporal habiendo cumplido con las condiciones establecidas para el residente” (De la Piedra, 2019), siendo posible que, a través de esta calidad migratoria especial, “acceder a derechos como la de inmigrante o de naturalización peruana” (Migraciones. Superintendencia Nacional de Perú, 2017). **Se debe tener en cuenta que desde que finalizó el plazo para la emisión del PTP, muchas personas venezolanas se han quedado sin alternativa para tramitar la calidad migratoria especial**, ya que solo está habilitada para quienes pudieron obtener su PTP, y considerando las políticas restrictivas que se tomaron en el Perú respecto a la migración venezolana, muchos venezolanos y venezolanas que llegaron después octubre del 2018, no pudieron acceder a este beneficio.

5.2 El solicitante de refugio puede permanecer en el país hasta que se defina en última instancia su situación.

5.3 No puede invocar este derecho quien, por razones fundadas, sea considerado un peligro o haya cometido un delito grave fuera y antes de ingresar al Perú, y constituya una amenaza para el orden público y la seguridad interna.

⁹ Rivadeneira, D. (2019). Así es como Perú cerró sus puertas a los migrantes venezolanos. *The Conversation*.



3. EL IMPACTO POSITIVO DE LA MIGRACIÓN VENEZOLANA A LA ECONOMÍA DEL PAÍS

El Servicio de Estudios Económicos de BBVA (2019), a través de su informe “*Inmigración venezolana a Perú: características e impactos macroeconómicos*”, comenta que, producto de la llegada de más de 800 mil venezolanos a Perú, se ha modificado la oferta de factores productivos. Así, señala que **se generó un impacto fiscal positivo con un influjo anual que alcanzó su pico en 2018** (en promedio para el 2018 y 2019, el impacto neto equivale a 0,08% del PIB).

Ahora, ¿por qué se sostiene que el impacto ha sido positivo? Se ha observado que la migración venezolana ha modificado la oferta de factores productivos en la economía peruana, puesto que se generó una mayor disponibilidad de mano de obra y de capital humano, así como una demanda de bienes y servicios. Es así que, el resultado de los impactos sobre el PIB observado y potencial han generado una brecha de producto más amplia (menor en casi seis décimas de punto porcentual del PIB potencial según los estimados). Asimismo, se estima que en el 2018 se alcanzó el más alto pico, puesto que el PIB potencial aumentó 4,4%, es decir, casi un punto porcentual más de lo que hubiera aumentado si la inmigración de ciudadanos venezolanos no se hubiese dado¹⁰.

El resultado de este reporte se desarrolla a través de una estimación del impacto de la migración sobre el PIB potencial, posteriormente se calcula las brechas del producto con y sin el efecto de la migración venezolana. Lo cual demostró que se produjo un crecimiento del PIB y una brecha negativa del producto ampliada: respecto al crecimiento del PIB potencial, en el año 2018, sin la población migrante hubiese resultado 3.4% con un porcentaje interanual, pero con migrantes fue de 4.4%. Sobre la brecha del producto en ese mismo año, sin la migración venezolana es de 0.1% y con la migración es de -0.5%, es decir seis décimas de punto porcentual más arriba. Para el 2019 esta brecha aumentó a -1.7% del PIB potencial, lo cual hubiera sido -0.9% sin estos¹¹.

Según el estudio, es importante tener en cuenta que uno de los factores que ha apoyado a tal resultado es que la población migrante tiene características específicas: su mayoría se encuentra en una edad activa laboralmente (entre los 26 y 35 años), además que se observa un número de años de estudios más elevado que el promedio de población peruana (Perú: 10.5 años, Venezuela: 13.5 años)¹².

Sin embargo, el referido estudio sostiene que este impacto no ha llegado a un tope máximo debido a que las/los migrantes venezolanos no han sido empleados de una manera adecuada. Por ejemplo, el 89% de las/los trabajadores dependientes no tiene un contrato, 76% labora en empresas pequeñas que en su mayoría son informales, 97% no tiene seguro de salud que debe otorgar el empleador de manera obligatoria y,

¹⁰ BBVA (2019). *Inmigración venezolana a Perú: características e impactos macroeconómicos*. BBVA Research, p. 3.

¹¹ Ibidem, p. 38.

¹² Ibidem, p. 10.



normalmente suelen trabajar en un promedio de 60 horas semanales, siendo su ingreso promedio mensual de S/ 1,116 (mil cientos dieciséis nuevos soles)¹³.

Por otra parte, es conveniente desmentir algunas falacias que se han ido desarrollando respecto al impacto de las personas migrantes en nuestro país relacionado al impacto económico y laboral que han generado. La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) han presentado el estudio “*Impacto de la inmigración venezolana en el mercado laboral de tres ciudades: Lima, Arequipa y Piura*”, elaborado por la Universidad Antonio Ruiz de Montoya (UARM) y el Programa Laboral de Desarrollo (PLADES, 2019). Este estudio concluye que, en primer lugar, es falsa la creencia de que el ingreso masivo de ciudadanos/as venezolanos/as desplaza a las/los trabajadores/as peruanos/as, ya sea en puestos formales o informales. En segundo lugar, concluye que **no se puede comprobar que el ingreso elevado de migrantes al mercado laboral haya generado una disminución del promedio del salario de las actividades económicas en zonas urbanas**. Y, en tercer lugar, a pesar de que en un inicio sí existían preferencias al momento de seleccionar personal extranjero, actualmente, no existen.

En relación al primer punto, se establece que, de acuerdo con la data de la Planilla Electrónica, en enero de 2019: “las personas venezolanas solo representaban el 7% de las/los 400,000 inmigrantes que se estima formarían parte activa del mercado laboral local. En ese sentido, en términos de impacto sobre el empleo formal, esta participación resulta irrelevante”¹⁴.

Sobre el segundo punto, se indica que, según las cifras publicadas por el BCR, con información del INEI, entre el 2017 y los primeros meses del 2019 se habría registrado una reducción del ingreso promedio mensual en el sector privado de -10% (equivalente a S/ 246), al caer de S/ 2,498 a S/ 2,252. El impacto de los ingresos solo se podría dar en sectores donde la migración venezolana abunda como sería el informal¹⁵.

Finalmente, con relación al tercer punto, señala que el proceso de inclusión laboral de las personas migrantes venezolanas ha pasado por diversos cambios. Entre el año 2016 y 2017, existía una elevada empleabilidad por las competencias laborales y por su carácter afable en actividades vinculadas con la atención al público, comercio, ventas y servicios. Sin embargo, en la actualidad se están desarrollando ciertos cambios en las preferencias en la contratación de empleados/as.

En el mercado laboral persiste la asimetría informativa que existe en las contrataciones de trabajo, que se aprovecha de la situación de vulnerabilidad de las personas migrantes, y en particular de aquellas en situación irregular. Es a través de las labores inspectoras de la Autoridad Administrativa de Trabajo (SUNAFIL) que se debe monitorear el cumplimiento de las condiciones de trabajo equilibradas para todos/todas, sin distinción.

¹³ Ibidem, p. 11.

¹⁴ Organización Internacional para las Migraciones (2019). Impacto de la Inmigración Venezolana en el Mercado Laboral de Tres Ciudades: Lima, Arequipa y Piura’, p. 66

¹⁵ Ibidem, p. 67.



4. MARCO TEÓRICO

4.1. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DESDE UN ENFOQUE DE MOVILIDAD HUMANA

En primer lugar, es necesario señalar qué es lo que se entiende por movilidad humana y cuál es la relación de este concepto con el principio de igualdad y no discriminación. Según la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes de la CIDH, podemos entender la movilidad humana como:

“La movilización de personas de un lugar a otro en ejercicio de su derecho a la libre circulación. Es un proceso complejo y motivado por diversas razones (voluntarias o forzadas), que se realiza con la intencionalidad de permanecer en el lugar de destino por períodos cortos o largos o, incluso, para desarrollar una movilidad circular” (CIDH, 2020).

En segundo lugar, es necesario recordar que el principio de igualdad y no discriminación tiene carácter de *ius cogens*,¹⁶ y, asimismo, “supone que todas las personas son titulares de las garantías por el hecho mismo de pertenecer a la especie humana, en razón de ello, la igualdad y no discriminación conforma casi un binomio inseparable con la dignidad de la persona humana” (Palacios Sanabria, 2012, pág. 79).

Por lo tanto, en atención al referido principio, los Estados “*no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes*”¹⁷. Frente a prácticas discriminatorias, los Estados están obligados a:

“prevenir, controlar y sancionar las prácticas racistas, xenófobas y violentas cometidas contra personas en situación de movilidad humana en el país, asegurando la reparación integral de los derechos de las personas víctimas de dichos actos, e impulsar su prevención en el exterior”¹⁸ (Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana de Ecuador, 2014, pág. 69)

Así, las políticas y normas que los Estados decidan llevar a cabo deben respetar los derechos humanos de todas las personas sin distinción alguna.

4.2. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES COMO LÍMITE A LA FACULTAD DEL ESTADO PERUANO PARA FIJAR SU POLÍTICA MIGRATORIA

En virtud de lo mencionado anteriormente, el respeto de los derechos humanos de las personas migrantes es el límite que tienen los Estados al momento de fijar las políticas migratorias que operarían dentro su jurisdicción.

¹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2003). Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 110

¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2003). Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 119

¹⁸ Esta forma parte de las políticas tomadas en pro de la protección integral y restitución de derechos que Ecuador ha realizado, siendo tomado como ejemplo para que más países de la región latinoamericana puedan proporcionar medidas similares en vista de la protección de derechos humanos.



Así, las políticas migratorias que aprueben los Estados no pueden estar basadas en prejuicios sobre un determinado grupo de personas. De lo contrario, se estaría institucionalizando la xenofobia, lo que legitimaría prácticas discriminatorias o la limitación del goce de derechos de las/los migrantes, refugiados y/o solicitantes de refugio.

Es importante recordar que los Estados deben estar en la capacidad de identificar la xenofobia a fin de tomar las medidas necesarias que permitan contrarrestar información falsa que puede circular en medios de comunicación; así como, desmentir mitos en torno a la población migrante. De lo contrario, el “no corregir o no responder a la información falsa en los medios [...] puede ser interpretado como una anuencia y puede afectar negativamente la opinión pública y el ambiente de protección” (ACNUR, 2009, pág. 5). En general, “aunque el racismo y la xenofobia son subjetivos, afectan de manera objetiva las vidas de muchas personas a quienes se le niega los derechos y oportunidades que les corresponde, especialmente cuando se han visto obligados a abandonar sus países de origen” (Freier y Castillo, 2018).

5. ANÁLISIS DE LA CONVENCIONALIDAD DE LA PROPUESTA NORMATIVA

Los derechos de las personas migrantes se encuentran reconocidos en el Perú dentro su marco constitucional, en virtud de las obligaciones en materia de derechos humanos contraídas en ejercicio de su soberanía, así como en los tratados de derechos humanos de los que el Perú es parte.

Es necesario referirnos a la normativa interna e internacional. En el primer caso, mencionaremos los artículos constitucionales y las normas nacionales que sean aplicables. En el segundo caso, señalaremos el reconocimiento de este derecho en la normativa internacional, incluidos en los tratados de derechos humanos de los que el Perú sea Estado parte y en parte de la interpretación de los órganos de derechos humanos. Lo anterior, nos permitirá conocer cuáles son los fundamentos jurídicos supranacionales que sustentan las obligaciones del Estado peruano en la materia.

El artículo 3^o¹⁹ de la Constitución Política del Perú acoge un sistema de *numerus apertus* de derechos constitucionales. Asimismo, el artículo 55^o señala que “los tratados celebrados por [el] Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”; por tanto, los tratados internacionales en materia de derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además, detentan rango constitucional. Por ello, no se excluye a “otros de naturaleza análoga” o que “se fundan” en la dignidad del hombre.

En ese sentido, los derechos de naturaleza análoga pueden estar comprendidos en cualquier otra fuente distinta a la Constitución; es así que, el Tribunal Constitucional menciona en su Exp. N^o. 0025-2005-PI/TC²⁰ que, resulta indudable que tal fuente reside en los tratados internacionales sobre derechos humanos que conforman nuestro ordenamiento. Cabe recordar así que, por más que un derecho ya esté contemplado en la

¹⁹ Artículo 3.- Derechos Constitucionales. *Numerus Apertus*. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

²⁰ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia EXP. N.º 00025-2005-PI/TC



Constitución como fundamental, su reconocimiento como derecho humano amplía su ámbito de protección²¹.

De igual manera, respecto a la normativa internacional, la Carta de Naciones Unidas nos habla sobre la obligatoriedad de los tratados para las partes al señalar que “[...] los Pueblos de las Naciones Unidas han resuelto crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional” (“Preámbulo”).

Igualmente, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969²² en su artículo 26^o²³ reconoce una regla internacional universal que no admite excepciones, el cual señala que el Estado Parte debe siempre cumplir con el tratado al que voluntariamente se ha obligado. Además, menciona que los tratados de Derechos Humanos poseen una naturaleza especial, es así como en su artículo 60^o²⁴ establece que la facultad para proceder a la conclusión o suspensión de los efectos de un tratado no es aplicable para las disposiciones que tengan como objeto la protección de la persona humana.

En relación a ello, tenemos que el Estado peruano es parte de instrumentos internacionales convencionales que reconocen y protegen los derechos humanos de las personas migrantes, tanto en el sistema de Protección Universal de Derechos Humanos, así como del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En esa misma materia, también se encuentra comprometido con las diversas recomendaciones o declaraciones derivadas de ambos sistemas de protección. Lo anterior, será desarrollado en los siguientes apartados.

5.1 INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DE PERSONAS MIGRANTES

5.1.1 INSTRUMENTOS INTERNACIONALES CONVENCIONALES DENTRO DEL SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Acorde con las obligaciones internacionales que el Estado peruano ha asumido, se evidencia que la propuesta legislativa afecta de manera directa los derechos de las personas migrantes. Por ejemplo, la Convención Internacional sobre la Protección de los

²¹ Abugattás, G. (2019). Tratados que requieren la aprobación del Congreso de la República del Perú. *Agenda Internacional*, 26(37), 211-243. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/21272>

²² Adoptada el 23 de mayo de 1969 y en vigor desde el 27 de enero de 1980.

²³ Convención de Viena 1969.

Artículo 26.- Pacta sunt servanda Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

²⁴ Convención de Viena 1969

Artículo 60. Terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación.

1. Una violación grave de un tratado bilateral por una de las partes facultará [...] para dar por terminado el tratado [...].

2. Una violación grave de un tratado multilateral por una de las partes facultará: a) a las otras partes [...] para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente o darlo por terminado [...].

5. Lo previsto en los párrafos 1 a 3 no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados [...] (resaltado agregado).



Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus familiares²⁵ prohíbe la adopción de medidas de expulsión colectiva. Por tanto, cada caso de expulsión debe ser examinado de manera individual y permitiendo que la persona sujeta al procedimiento administrativo pueda ejercer su derecho a la defensa²⁶. De igual manera, esta Convención rechaza el uso de la expulsión como medio de privar a un trabajador migrante o un familiar suyo de los derechos emanados de la autorización de residencia y el permiso de trabajo²⁷.

Asimismo, la Organización Internacional del Trabajo²⁸ ha desarrollado un estándar mínimo universal de principios y normas que protegen los derechos de las/los trabajadores migrantes. Entre los cuales tenemos, el Convenio sobre los trabajadores migrantes (C97 OIT), Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes (C143 OIT), y la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (R86 OIT).

Estos instrumentos, convenios y resoluciones han permitido el desarrollo de un marco jurídico internacional que protege los derechos de las personas migrantes. Así también, han servido de base en la formación de instrumentos jurídicos no vinculantes que evidencian la preocupación de los Estados de eliminar aquellos factores que intensifican la situación de vulnerabilidad de las personas migrantes.

5.1.2 INSTRUMENTOS INTERNACIONALES NO CONVENCIONALES DENTRO DEL SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Desde los órganos no convencionales sobre derechos humanos de las Naciones Unidas destacamos instrumentos, tales como: i) la Declaración de Cartagena, ii) la Guía para los derechos humanos de las personas migrantes en el marco del Covid-19 del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; iii) la nota de orientación con relación al Covid-19 sobre la prohibición de desalojos, emitida por el Relator Especial sobre el derecho a la vivienda adecuada; y iv) la Guía conjunta del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y el Relator Especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes de Naciones Unidas.

La Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984²⁹ tiene aportes importantes como la aplicación de la definición ampliada de refugiado; asimismo, reconoce que la reunificación de las familias constituye un principio fundamental en materia de refugiados, el cual debe inspirar el régimen de tratamiento humanitario en el país de asilo. Además, reconoce la importancia del principio de no devolución y la necesidad de otorgar facilidades en los casos de repatriación voluntaria. Lo anterior, se encuentra así regulado en el artículo 25° de la Ley del Refugiado en el Perú.

²⁵ Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución N° 45/158, el 18 de diciembre de 1990.

²⁶ Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus familiares, artículo 22.1

²⁷ *Ibidem*, artículo 56.2.

²⁸ Perú es miembro de esta organización internacional desde 1919.

²⁹ Adoptada por el "Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios", celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984.



Los otros tres documentos desarrollan cuáles son las obligaciones asumidas por el Estado peruano en tanto miembro de la Organización de las Naciones Unidas. Así, entre otras se formularon recomendaciones específicas relacionadas al: acceso a instalaciones, bienes y servicios de salud; personas migrantes viviendo en campamentos o condiciones inseguras; derecho al trabajo digno y protección social; derecho a la educación; detención de personas migrantes; gestión de fronteras y xenofobia. Y, en especial, se instó a los Estados a incluir a las personas migrantes en cualquier respuesta de salud pública y recuperación del Covid-19, independientemente de su estatus migratorio³⁰. Asimismo, otra de las recomendaciones se vinculó a las personas trabajadoras migrantes y la obligación de los Estados de proporcionar alternativas seguras de alojamiento, a fin de evitar desalojos forzosos, prohibidos por el derecho internacional de los derechos humanos³¹. Finalmente, reconocieron los efectos serios y desproporcionados en las personas migrantes y sus familiares, ocasionados por la pandemia. En ese sentido, señalaron específicamente, 17 recomendaciones para los Estados, respecto de las personas trabajadoras migrantes, entre ellas, su inclusión en los planes y políticas de prevención y respuesta ante el Covid-19; y el deber de garantizar el acceso a los servicios sociales, educativos y de salud; implementar medidas para la integración de las personas; etc³².

Por otra parte, también es posible destacar la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes³³, que expresa la voluntad política de los Estados de proteger los derechos humanos de todos las/los refugiados y migrantes, independientemente de su condición. Asimismo, reconoce la responsabilidad de los Estados de eliminar todo acto de discriminación hacia los refugiados y migrantes. En relación a las/los migrantes, los Estados asumen el compromiso de proteger la seguridad, la dignidad, los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos las/los migrantes, independientemente de su estatus migratorio.

Y, por último, el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular³⁴, respetando la soberanía de los Estados para gestionar sus fronteras y sus políticas migratorias, destaca el compromiso de utilizar la detención de las/los migrantes sólo como último recurso³⁵. Además, señala que los Estados asumen la responsabilidad de eliminar todas las formas de discriminación y promover un discurso público con base empírica sobre la migración a efecto de generar una percepción constructiva sobre el fenómeno migratorio³⁶.

³⁰ Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2020). Covid-19 y los derechos humanos de los migrantes: guía los derechos humanos en el centro de la respuesta temas destacados covid-19 y los derechos humanos de los migrantes. *OHCHR*. Recuperado de: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/OHCHRGuidance_COVID19_Migrants_sp.pdf

³¹ Farha, L. (2020). Nota de orientación Covid-19: Prohibición de desalojos. *OHCHR*. Recuperado de: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Housing/SR_housing_COVID-19_guidance_evictions.pdf

³² González, F. y otros (2020). Joint Guidance Note on the Impacts of the COVID-19 Pandemic on the Human Rights of Migrants. *OHCHR*. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/CMWSPMJointGuidanceNoteCOVID-19Migrants.pdf>

³³ Adoptado en el septuagésimo primer período de sesiones, el 13 de septiembre de 2016.

³⁴ Adoptado en la Conferencia Intergubernamental sobre la Migración internacional, llevada a cabo el 10 y 11 de diciembre de 2018.

³⁵ Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular, objetivo 13.

³⁶ *Ibidem*, objetivo 17.



5.1.3 INSTRUMENTOS CONVENCIONALES DENTRO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

El Perú, en su calidad de Estado Miembro de la Organización de los Estados Americanos, tiene la obligación de promover y proteger los derechos humanos. Por ello, ha ratificado uno de los principales tratados de derechos humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos – CADH. Además, instrumentos interamericanos como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que se utiliza para interpretar y aplicar la Carta de la OEA, constituye una fuente de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos³⁷.

En ese sentido, la Declaración Americana, en aras de respetar y garantizar los derechos de las personas migrantes, establece en su artículo XXVII que, toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.

Asimismo, la CADH no solo establece en el artículo 1, numeral 1, la obligación de respetar y garantizar los derechos y libertades de las personas reconocidos en el tratado, sino que la misma deberá realizarse 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. A su vez, es de relevancia para la presente opinión técnica, los numerales 8 y 9 del artículo 22, que establecen, por un lado, que en ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas (principio de no devolución), por otro lado, la prohibición absoluta de expulsiones colectivas de las/los extranjeros.

Cabe mencionar que, los otros instrumentos interamericanos³⁸ adoptados por el Estado peruano, también pueden ser aplicados para proteger y promover los derechos de las personas migrantes.

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos (1989). Opinión Consultiva OC-10/89. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Con relación a ello, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece que la interpretación de los derechos fundamentales y libertades reconocidos, expresa e implícitamente, en la Constitución debe ser conforme al “Derecho Internacional de los Derechos Humanos, esto es, a la luz de los instrumentos internacionales sobre la materia que el Perú haya ratificado y de la jurisprudencia de los tribunales internacionales autorizados para interpretarlos (artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional)”. En efecto, la vinculatoriedad de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos–Corte IDH se da por las disposiciones referidas.

³⁸ Los instrumentos interamericanos son los siguientes: 1) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 2) Convención Americana sobre Derechos Humanos; 3) Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; 4) Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”; 5) Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; 6) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”; 7) Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; 8) Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; 9)



Por último, resulta importante señalar la existencia de los Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas, aprobados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³⁹ en la resolución 04/19, el 07 de diciembre de 2019. Se trata de un conjunto de principios que buscan orientar a los Estados Miembros en sus obligaciones generales de derechos humanos en materia de personas migrantes, refugiadas, apátridas y víctimas de la trata de personas. Asimismo, estos sirven como guía para el desarrollo de legislación, decisiones administrativas, políticas públicas, prácticas, programas y jurisprudencia pertinente de los Estados.

5.1.4 INSTRUMENTOS NO CONVENCIONALES DENTRO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS.

En este apartado sistematizaremos algunos de los principales pronunciamientos, resoluciones y declaraciones emitidas por los órganos de derechos humanos del Sistema Regional Interamericano, no convencional, relacionadas a los derechos de las personas en situación de movilidad en el contexto de la pandemia por el Covid-19.

En el marco de los pronunciamientos emitidos en el Sistema Regional Interamericano de Derechos Humanos no convencional, tenemos: i) la Resolución N°1/2020 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); ii) el Comunicado de prensa N°077/20 “La CIDH urge a los Estados proteger los derechos humanos de las personas migrantes, refugiadas y desplazadas frente a la pandemia del COVID-19; y iii) el Comunicado de prensa N°112/20 “CIDH llama a los Estados a garantizar derechos de personas venezolanas que retornan a Venezuela ante la pandemia del COVID-19”.

Los tres pronunciamientos de la CIDH desarrollaron un listado de obligaciones de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos en el contexto del Covid-19. Obligaciones que alcanzan también al Estado peruano, en tanto Estado miembro de la mencionada organización. Entre ellas, específicamente, se instó a los Estados a “evitar el empleo de estrategias de detención migratorias, deportaciones o expulsiones colectivas, etc.; e implementar medidas para prevenir y combatir la xenofobia y la estigmatización de las personas en situación de movilidad, impulsando acciones de sensibilización a través de campañas”⁴⁰. Adicionalmente, la CIDH valoró iniciativas como la suspensión o reducción de la aplicación de medidas de expulsión en el caso peruano⁴¹. Y, también recordó a los Estados miembros su deber de asegurar que los procesos de

Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia; 10) Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia..

³⁹La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es el órgano principal y autónomo de la OEA, cuyo mandato se encuentra en el Capítulo XV de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y el Capítulo VI de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁴⁰ CIDH (2020). Resolución N°1/2020. Pandemia y Derechos Humanos en las Américas, adoptada el 10 de abril de 2020, párr. 58 al 62. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>

⁴¹ CIDH (2020). Comunicado de prensa N°077/20. La CIDH urge a los Estados proteger los derechos humanos de las personas migrantes, refugiadas y desplazadas frente a la pandemia del COVID-19. OEA. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/077.asp>



retorno sean voluntarios, y promover soluciones duraderas y sostenibles para el retorno seguro de migrantes, especialmente tratándose de niños y niñas no acompañados⁴².

6. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA PROPUESTA NORMATIVA A LA LUZ DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD

Todas las normas y obligaciones desarrolladas anteriormente deben interpretarse de un modo sistemático y bajo el principio pro persona⁴³. Asimismo, sirven de parámetro para la aplicación del principio de convencionalidad⁴⁴. Respecto a este principio, el Tribunal Constitucional del Perú, en su sentencia EXP. N° 2798-2004-HC/TC del 9 de diciembre de 2004⁴⁵, indicó que:

“8. [...] [T]oda 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. En este sentido, es un principio general del derecho internacional el que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado o de normas imperativas de Derecho Internacional”.

La propuesta normativa contenida en el Proyecto de Ley N°5349-2020-CR, **Ley que dispone la inaplicación y no invocación del Pacto Mundial para una migración segura, ordenada y regular de Naciones Unidas y otras medidas**, busca incorporar en

⁴² CIDH (2020). Comunicado de prensa N°112/20. CIDH llama a los Estados a garantizar derechos de personas venezolanas que retornan a Venezuela ante la pandemia del COVID-19. OEA. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/101.asp>

⁴³ Tribunal Constitucional del Perú (2009). Expediente N° 02005-2009-PA/TC.LIMA. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.pdf>

⁴⁴ 6.1.2. Principio pro homine. 33. *El principio pro homine es un principio hermenéutico que al tiempo de informar el derecho de los derechos humanos en su conjunto, ordena que deba optarse, ante una pluralidad de normas aplicables, siempre por aquella norma iusfundamental que garantice de la manera más efectiva y extensa posible los derechos fundamentales reconocidos; es decir aquella que despliegue una mayor eficacia de la norma. O como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, 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 los 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”.*

⁴⁴ Corte IDH (2011). Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones.

“193. Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

⁴⁵ Tribunal Constitucional del Perú (2004). Expediente N° 2798-2004-HC/TC. Recuperado de: <http://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2017/07/14150536/caso-gabriel-vera-navarrete.pdf>



nuestro ordenamiento las siguientes medidas: en primer lugar, en base a sus artículos 2 y 3, se pretende dejar sin efecto los Permisos Temporales de Permanencia otorgados a las/los ciudadanos venezolanos al amparo de los Decretos Supremos N° 002-2017-IN, N° 023-2017-IN, N° 001-2018-IN del 22 de enero del 2018 y N° 007-2018-IN, para que estos sean puestos a disposición de la autoridad migratoria peruana con el fin de retornarlos a su país de origen. Y, en segundo lugar, a través de su artículo 4, propone la imposición de una sanción penal con pena privativa de la libertad a todo aquel extranjero que ingrese de manera irregular a territorio peruano.

En ese sentido, se procederá a evaluar la primera propuesta normativa a la luz del **test de proporcionalidad**. El primer paso del test es el principio de idoneidad. En ese sentido, se advierte que, de acuerdo a la exposición de motivos, dicha propuesta tiene como objetivo velar por la seguridad nacional. Así, las medidas establecidas en los artículos 2 y 3 del Proyecto de Ley para alcanzar dicho objetivo son: dejar sin efecto el Permiso Temporal de Permanencia (PTP) y disponer que las personas venezolanas a quienes se les dejó sin efecto su PTP se pongan a disposición de las autoridades migratorias para el retorno a Venezuela.

Al respecto, se debe señalar que estas medidas afectan de manera directa el principio de igualdad y no discriminación, el cual tiene carácter de *ius cogens*⁴⁶. Ya la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los Estados no deben discriminar ni tolerar situaciones de discriminación contra las personas migrantes⁴⁷. Asimismo, ha determinado que no se puede devolver a una persona extranjera, sin importar su situación migratoria, cuyos derechos a la vida, integridad o libertad se encuentren en riesgo o amenazados. Lo anterior, en atención al principio de no devolución reconocido en el artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)⁴⁸. En la misma línea, se debe destacar que la expulsión colectiva está expresamente prohibida por el inciso 9 del artículo 22 del mencionado tratado. Esta expulsión colectiva se configura cuando la decisión que la justifica no se basa en un análisis individual y objetivo⁴⁹.

Por tanto, las referidas medidas no son idóneas para cumplir con el fin constitucional propuesto, por cuanto por sí mismas no son medidas acordes a nuestro marco constitucional ni a nuestras obligaciones internacionales; sino que vulneran el principio de igualdad y no discriminación, el principio de no devolución, y transgreden la prohibición expresa de no aplicar expulsión colectiva (contenida en la CADH). **Habiendo señalado que las medidas no superan el primer paso del test, no es posible continuar con el análisis de los principios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.**

Respecto a la segunda propuesta recogida en el artículo 4 del Proyecto de Ley, esto es, la criminalización del reingreso irregular, en primer lugar, se debe señalar que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha sostenido que el ingreso irregular no debe

⁴⁶ Corte IDH (2003). Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 110

⁴⁷ Ibidem, párr. 119

⁴⁸ Corte IDH (2013). Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia: Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 135.

⁴⁹ Corte IDH (2014). Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 361



ser considerado delito⁵⁰ y, en ese sentido, la detención de personas extranjeras no debe perseguir fines punitivos⁵¹. En general, la tipificación del ingreso irregular como delito “trasciende el interés legítimo de los Estados de controlar y regular la inmigración ilegal y da lugar a detenciones innecesarias”⁵².

En segundo lugar, se debe considerar que “el Legislador no tiene una «discrecionalidad absoluta» para establecer las conductas que pueden resultar punibles”.⁵³ Y, en ese sentido, “se encuentra prohibido de discriminar a las personas cuando tipifica determinadas conductas”.⁵⁴ Asimismo, en el marco del principio de mínima intervención del Derecho penal, se tiene que tener en cuenta que éste “sólo debe ser utilizado cuando no funcionen ya otros medios (disposiciones de derecho disciplinario, de derecho administrativo sancionatorio, o de otras especialidades del ordenamiento jurídico)”⁵⁵. En el Perú, en el marco del Decreto Legislativo N° 1350 y su reglamento, ya existen medidas administrativas dirigidas a sancionar el ingreso irregular de aquellas personas extranjeras que ingresan de manera irregular a territorio nacional. Por lo expuesto, esta segunda disposición normativa tampoco supera el primer paso del test.

7. CONCLUSIÓN

Las propuestas normativas contenidas en el Proyecto de Ley N° 05349-2020-CR son inconstitucionales e inconvenientes. Por tanto, la aprobación del referido Proyecto **NO RESULTA VIABLE**.

⁵⁰ Corte IDH (2014). Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párr. 150

⁵¹ Ibidem, párr. 151.

⁵² Consejo de Derechos Humanos (2008). Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. A/HRC/7/4, párr. 53.

⁵³ Tribunal Constitucional del Perú (2006). Expediente N° 0012-2006-PI/TC, fundamento 14.

⁵⁴ Ibid., fundamento 16.

⁵⁵ Ibid., fundamento 32.



BIBLIOGRAFÍA

- Abugattás, G. (2019). Tratados que requieren la aprobación del Congreso de la República del Perú. *Agenda Internacional*, 26(37), 211-243. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/21272>
- ACNUR (2009). La lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia a través de un enfoque estratégico. *Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Departamento de Protección Internacional*. Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7320.pdf?view=1>
- BBVA (2019). 'Inmigración venezolana a Perú: características e impactos macroeconómicos. *BBVA Research*. Recuperado de: <https://www.bbvaesearch.com/publicaciones/inmigracion-venezolana-a-peru-caracteristicas-e-impactos-macroeconomicos/>
- CIDH. (2020). Algunas precisiones y términos relevantes. *CIDH*. Recuperado el 06 de julio de 2020. <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/mandato/precisiones.asp>
- CIDH (2020). Resolución N°1/2020. Pandemia y Derechos Humanos en las Américas, adoptada el 10 de abril de 2020, párr. 58 al 62. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>
- CIDH (2020). Comunicado de prensa N°077/20. La CIDH urge a los Estados proteger los derechos humanos de las personas migrantes, refugiadas y desplazadas frente a la pandemia del COVID-19. *OEA*. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/077.asp>
- CIDH (2020). Comunicado de prensa N°112/20. CIDH llama a los Estados a garantizar derechos de personas venezolanas que retornan a Venezuela ante la pandemia del COVID-19. *OEA*. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/101.asp>
- Consejo de Derechos Humanos (2008). Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. A/HRC/7/4.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003). Opinión Consultiva OC-18/03. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Consultado el 05 de julio de 2020. Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013). Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia: Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014). Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.



- De la Piedra, M. G. (2019). Calidad Migratoria Especial para venezolanos: ¿Cómo y cuándo procede? *AOV. Abogados*. Consultado el 15 de junio de 2020. Recuperado de: <https://www.aovabogados.com.pe/post/2019/04/11/calidad-migratoria-especial-venezolanos>
- Edwards, A. (2016). ¿Refugiado o Migrante? ¿Cuál es el término correcto? *ACNUR*. Consultado el 15 de junio de 2020. Recuperado de: <https://www.acnur.org/noticias/noticia/2016/7/5b9008e74/refugiado-o-migrante-cual-es-el-termino-correcto.html>
- Farha, L. (2020). Nota de orientación Covid-19: Prohibición de desalojos. *OHCHR*. Recuperado de: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Housing/SR_housing_COVID-19_guidance_evictions.pdf
- Fernández, N. (2019). Finalizado el plazo para que las personas venezolanas soliciten el PTP, ¿ahora qué? Lima: IDEHPUCP. Consultado el 15 de febrero de 2020. Recuperado de: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/finalizado-el-plazo-para-que-las-personas-venezolanas-soliciten-el-ptp-ahora-que/>
- Freier, F., y Castillo, S. (2018). La xenofobia, el racismo y la migración. *Revista Ideele* (283). Recuperado de: <https://revistaideele.com/ideele/content/la-xenofobia-el-racismo-y-la-migraci%C3%B3n>
- García, E. (2018). ¿La inmigración venezolana quita puestos de trabajo a los peruanos? *Andina: Agencia Peruana de Noticias*. Recuperado de: <https://andina.pe/agencia/noticia-la-inmigracion-venezolana-quita-puestos-trabajo-a-los-peruanos-707323.aspx>
- González, F. y otros (2020). Joint Guidance Note on the Impacts of the COVID-19 Pandemic on the Human Rights of Migrants. *OHCHR*. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/CMWSPMJointGuidanceNoteCOVID-19Migrants.pdf>
- Migraciones. Superintendencia Nacional de Perú (2017). Calidad Migratoria Especial Residente para Personas de Nacionalidad Venezolana Con Permiso Temporal De Permanencia–PTP. Consultado el 15 de junio de 2020. Recuperado de: <https://sel.migraciones.gob.pe/web-cita-resven/Citas-en-Linea-Informativo>
- Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana de Ecuador. (2014). *Agenda Nacional de Igualdad para la movilidad humana*. Quito: Ministerio de RR.EE. de Ecuador.
- Ministerio del Interior (2017). Decreto Supremo N° 002–2017. Aprueban lineamientos para el otorgamiento del Permiso Temporal de Permanencia para las personas de nacionalidad venezolana. Recuperado de: <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/aprueban-lineamientos-para-el-otorgamiento-del-permiso-tempo-decreto-supremo-n-002-2017-in-1469654-3>



- Morales, M. (2020). COVID-19: Los migrantes venezolanos que se llevó el coronavirus en Perú. *Convoca*. Consultado el 06 de julio de 2020. Recuperado de: <https://convoca.pe/agenda-propia/covid-19-los-migrantes-venezolanos-que-se-llevo-el-coronavirus-en-peru>
- Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2020). Covid-19 y los derechos humanos de los migrantes: guía los derechos humanos en el centro de la respuesta temas destacados covid-19 y los derechos humanos de los migrantes. *OHCHR*. Recuperado de: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/OHCHRGuidance_COVID19_Migrants_sp.pdf
- Organización Internacional para las Migraciones (2019). Impacto de la Inmigración Venezolana en el Mercado Laboral de Tres Ciudades: Lima, Arequipa y Piura'. Recuperado de: <https://peru.iom.int/sites/default/files/Documentos/IMPACTOINM2019OIM.pdf>
- Países participantes de la XI Conferencia Sudamericana sobre Migraciones. (2011). Declaración de Brasilia. *XI Conferencia Sudamericana sobre Migraciones*, pp. 1-6. Brasilia.
- Palacios, M. T. (2012). La aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los trabajadores migratorios. Sevilla: Repositorio del Comité de Doctorados de la Universidad de Sevilla.
- Presidencia del Consejo de Ministros (2020). Decreto Supremo N° 044-2020-PCM. Decreto Supremo que declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19. Recuperado de: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/566448/DS044-PCM_1864948-2.pdf
- Rivadeneira, D. (2019). Así es como Perú cerró sus puertas a los migrantes venezolanos. *The Conversation*. Recuperado el 15 de junio de 2020. <https://theconversation.com/asi-es-como-peru-cerro-sus-puertas-a-los-migrantes-venezolanos-127975>
- Tribunal Constitucional del Perú (2004). Expediente N° 2798-2004-HC/TC. Recuperado de: <http://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2017/07/14150536/caso-gabriel-vera-navarrete.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú (2009). Expediente N° 02005-2009-PA/TC.LIMA. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú (2006). Expediente N° 0012-2006-PI/TC.LIMA. Recuperado de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00012-2006-AI.html>