



UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**ESTATUTO JURÍDICO DEL REFUGIO PARA EXTRANJEROS QUE HAN
CUMPLIDO UNA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD Y TIENEN MANDATO
JUDICIAL DE EXPULSIÓN DEL TERRITORIO PERUANO**

TESIS PARA OPTAR AL TITULO DE ABOGADO

PRESENTADO POR: Bach. José María Herrera Albino

ASESOR: Isaac Enrique Castro Cuba Barineza PhD.

CUSCO – PERU

2016



DEDICATORIA

Con mucho cariño a mis padres, Irlanda y José por ser los pilares de mi vida y enseñarme a ser buen hombre; a mis hermanos, por contribuir en mi formación; a mis sobrinos por darme fuerza, a mis tíos que siempre estuvieron a mi lado, igualmente a mis abuelos y bisabuelos, por ser mis guías y modelos de vida.



AGRADECIMIENTO

Agradezco muchísimo a toda mi familia por el apoyo constante en mi formación tanto personal como académico, a mis abuelos y tíos que de Dios gozan y que siempre me aconsejaron, que son referencias para seguir adelante y ser un gran profesional. Asimismo para mis amigos, profesores, docentes y magistrados que aportaron en mi formación ética-profesional. Finalmente, agradecer especialmente por el apoyo brindado durante esta ardua labor de realizar una tesis, a mi asesor y maestro Isaac Enrique Castro Cuba Barineza PhD. por la ayuda y orientación en el desarrollo de este trabajo de investigación, del cual no hubiera sido posible realizarlo sin su supervisión y su profesionalismo.



RESUMEN

En la actualidad, el efecto migratorio ha tomado importancia en nuestro país, es por ello la necesidad de desarrollar y aportar una alternativa al conocimiento jurídico y en especial a nuestra legislación nacional, en ese sentido, se pone a consideración la tesis universitaria titulada: “ESTATUTO JURÍDICO DEL REFUGIO PARA EXTRANJEROS QUE HAN CUMPLIDO UNA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD Y TIENEN MANDATO JUDICIAL DE EXPULSIÓN DEL TERRITORIO PERUANO,(Estudio realizado en la ciudad de Cusco en el año 2016)”. Esta investigación principalmente responde a la necesidad de resolver aquellos vacíos y deficiencias de la ley, en materia de migraciones y el rol que cumple el derecho internacional y humanitario en nuestro país. Teniendo como objetivo de esta investigación, determinar si el extranjero que habiendo cumplido una pena privativa de la libertad en el Perú y tiene un mandato judicial de expulsión del territorio, puede ser expulsado si se acoge al estatuto jurídico del refugio. En ese sentido, la investigación está estructurada en tres capítulos: el capítulo primero es referente al problema de investigación y la metodología utilizada en dicha investigación, el mismo que aborda el planteamiento y formulación del problema, objetivos, justificación, metodología aplicada, las técnicas e instrumentos de recolección de datos, la hipótesis de trabajo y las categorías de estudio. Asimismo, en el capítulo segundo se realiza el desarrollo temático, que esta subdividida en tres subcapítulos: el subcapítulo primero que versa sobre la pena privativa de la libertad, el subcapítulo segundo acerca de la expulsión de extranjeros



del territorio nacional y el subcapítulo tercero que desarrolla acerca del estatuto jurídico del refugio en la doctrina y legislación. Por último en el capítulo tercero nos avocamos a los resultados, que contiene los argumentos para otorgar el estatuto del refugio a extranjeros que han cumplido pena privativa de la libertad en el Perú. Finalmente se consignan las conclusiones y recomendaciones del estudio, así como las referencias bibliográficas consultadas.

PALABRAS CLAVE: Pena privativa de libertad, Expulsión del territorio por mandato judicial y Estatuto Jurídico del Refugio.



SUMMARY

Currently, the migration effect has become important in our country, is for this reason the necessity to develop and provide an alternative to legal knowledge and especially our national legislation, in that sense, is submitted on the university thesis entitled "LEGAL STATUS OF SHELTER FOR FOREIGNERS WHO HAVE SERVED A CUSTODIAL PENA AND HAVE INJUNCTIVE EXPULSION OF PERUVIAN TERRITORY (held in the city of Cusco in 2016 Study)". This research responds primarily to the need to resolve those gaps and shortcomings of the law on migration and the role played by international and humanitarian law in our country. Taking aim of this investigation, determine whether the alien having served a sentence of freedom in Peru and has a writ of expulsion, it may be expelled if you choose the legal status of the shelter. In that sense, research is divided into three chapters: the first chapter is a reference to the research question and the methodology used in the investigation, the same that addresses the planning and formulation of the problem, objectives, rationale, methodology applied, the techniques and data collection instruments, the working hypothesis and categories of study. The first subchapter deals with the deprivation of freedom, the second subchapter about the expulsion of foreigners from the national territory and the third subchapter developing: Also in the second chapter thematic development, which is subdivided into three subchapters is performed on the legal



status of refuge in doctrine and legislation. For final in the third chapter we have sought to the result, which contains the arguments for giving the status of the shelter to foreigners who have served deprivation of freedom in Peru. Finally, conclusions and recommendations of the study and consulted references are recorded.

KEYWORDS: imprisonment, from the territory injunctive and Legal Status Refuge.



ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

RESUMEN

INTRODUCCION

CAPITULO I.....	6
1. EL PROBLEMA Y EL METODO DE INVESTIGACION.....	6
1.1 Planteamiento del problema.....	6
1.2 Formulación del problema.....	8
1.2.1 Problema Principal.....	8
1.2.2 Problemas secundarios.....	9
1.3 Objetivos de la investigación.....	9
1.3.1 Objetivo General.....	9
1.3.2 Objetivos Secundarios.....	10
1.4 Justificación del estudio.....	10
1.5 Metodología aplicada al estudio.....	12
1.5.1 Diseño Metodológico.....	12
1.6 Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	13
1.7 Hipótesis de trabajo.....	13
1.8 Categorías de estudio.....	13
CAPITULO II.....	15
2. DESARROLLO TEMATICO.....	15
SUBCAPITULO I.....	15
2.1. LAS PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD.....	15
2.1.1 Definición de la pena.....	15
2.1.2 Principios básicos.....	16
2.1.3 Caracteres de la pena.....	21
2.1.4 La fundamentación y determinación de la pena.....	21
2.1.4.1 Caracteres en la medición de la pena.....	25



- 2.1.4.2 Criterios acogidos en la determinación de la pena.....26
- 2.1.4.3 La determinación de la pena en sentido estricto: “La responsabilidad gravedad del hecho punible cometido”.....28
- 2.1.5 Clases de pena.....29
 - 2.1.5.1 De acuerdo a la doctrina.....29
 - 2.1.5.2 De acuerdo al Código Penal.....29
- 2.1.6 Finalidad y función de la pena.....38
- 2.1.7 Suspensión de la pena.....43
- 2.1.8 Objetivo y Justificación de la pena.....43
- 2.1.9 Extinción y prescripción de la ejecución de la pena.....44
- SUBCAPITULO II.....45
- 2.2 EXPULSION DE EXTRANJEROS DEL TERRITORIO NACIONAL.....45
 - 2.2.1 Definición de Expulsión.....45
 - 2.2.2 Naturaleza de la Expulsión.....46
 - 2.2.3 La Expulsión según la doctrina.....55
 - 2.2.4 Principios Básicos.....62
 - 2.2.5 El tratamiento Jurídico de la Expulsión en la Legislación Peruana.....85
 - 2.2.6 La Expulsión en el Derecho Internacional.....90
- SUBCAPITULO III.....96
- 2.3 EL ESTATUTO JURIDICO DEL REFUGIO EN LA DOCTRINA Y LEGISLACION.....96
 - 2.3.1 El Estatuto Jurídico.....96
 - 2.3.2 Reseña Histórica del Refugio.....102
 - 2.3.3 El Refugio en la Doctrina.....107
 - 2.3.4 Concepto de Refugiado.....109
 - 2.3.5 El Refugio en la Legislación Peruana.....120
 - 2.3.6 El Refugio en la Legislación Internacional.....126
- CAPITULO III.....131
- 3. RESULTADOS: ARGUMENTOS PARA OTORGAR EL ESTATUTO DEL REFUGIO A EXTRANJEROS QUE HAN CUMPLIDO PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EN EL PERU.....131
 - 3.1 Situación actual del extranjero que ha cumplido una pena privativa de la libertad en el Perú y tiene un mandato judicial de expulsión del territorio peruano.....131
 - 3.2 Argumentos basados en la jurisprudencia.....136
 - 3.2.1 Jurisprudencia internacional.....136
 - 3.2.2 Jurisprudencia nacional.....142



3.3 Argumentos basados en el Derecho Internacional.....146

3.3.1 Declaración Universal de Derechos Humanos.....147

3.3.2 Convención Americana de los Derechos Humanos.....150

3.3.3 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.....155

3.4 Argumentos basados en basados en la Legislación Peruana158

3.4.1 Constitución Política del Perú de 1993.....159

3.4.2 Decreto Legislativo N°1236 “Ley de Migraciones”164

3.4.3 Ley del Refugiado, Ley N° 27891.....178

3.4.4 Reglamento de la Ley del Refugiado D. S. N° 119-2003-RE.....187

3.5 Argumentos basados en la doctrina jurídica.....194

CONCLUSIONES.....212

RECOMENDACIONES.....214

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....217

ANEXO.....219



INTRODUCCIÓN

La frecuente migración de extranjeros al territorio peruano, últimamente ha sido dinámica, cada año aumenta el número de inmigrantes a nuestro país, la cual ha obedecido a razones netamente socioeconómicas como jurídicas.

La intromisión de turistas extranjeros al territorio nacional en búsqueda de trabajo se ha hecho presente casi siempre de manera negativa, en relación a su calidad migratoria, vulnerando en ocasiones a la sociedad, y poniendo en riesgo su propia situación migratoria, en espacios donde la norma no ha sido clara ni específica, generando un desconcierto e inseguridad jurídica.

En el Perú, la entrada en vigencia de la denominada “Ley de Migraciones Nro. 1236”, promulgada el 26 de setiembre de 2015; por ahora ha estado libre de críticas y cuestionamiento, principalmente porque es la modificación al Decreto Legislativo Nro. 703, Ley de Extranjería promulgada en el año 1991, la cual quedo obsoleta por el actual crecimiento migratorio en el Perú.

La expectativa que ha generado la entrada en vigencia de esta nueva disposición, ha sobrepasado largamente cualquier optimismo de sus propios mentores, el hecho de que esta norma se encuentra entre las más modernas de la región, fortalece la seguridad



del país, atrae y facilita las inversiones y negocios, además de privilegiar una situación migratoria ordenada al mismo tiempo que protege a las personas más vulnerables.

A diferencia de la norma antecesora, la nueva norma otorga a Migraciones la facultad de fiscalizar las actividades que realizan los extranjeros, ahorrándole tiempo y presupuesto del que carecía la Policía Nacional, que además de ello no se daba abasto por los problemas logísticos y de personal.

El presente trabajo de tesis, constituye una investigación jurídica cualitativa, de tipo dogmático, enmarcada en el campo del Derecho Internacional y Derechos Humanos, que se pone a consideración de esta Escuela de Derecho de la Universidad Andina del Cusco, sus autoridades, dictaminantes, investigadores y lectores en general.

El autor



CAPITULO I

1. EL PROBLEMA Y EL METODO DE INVESTIGACION

1.1 Planteamiento del problema

La Ley del Refugiado Nro. 27891, publicada en fecha 22 de diciembre del 2002, ha significado para el Perú una forma de regular el ingreso y el reconocimiento de las relaciones jurídicas del Estado Peruano con el refugiado, de conformidad con los instrumentos internacionales de los que forma parte el Perú y las leyes internas sobre la materia.

Según la doctrina, el propósito de esta norma es la de reconocerlos derechos y obligaciones de los Refugiados en conformidad con las disposiciones internacionales de las que el Perú forma parte y que progresivamente se incorporan en el ordenamiento nacional.

Con relación a lo mencionado, el Alto Comisionado de la Naciones Unidas (ACNUR), mantiene una posición humanitaria, ratificando de esta manera el respeto por los derechos y libertades fundamentales de la persona, es por ello que una de sus misiones es asegurar la protección de los refugiados y velar por la aplicación de las convenciones internacionales.



En ese sentido, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, considera refugiado a toda persona perseguida por motivos de raza, religión, sexo, etc., que se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no pueda o no quiera acogerse a la protección de tal país; además de ello también se considera como refugiado a toda personas que ha huido de su país porque su vida, seguridad o integridad han sido o son amenazadas.

Es por ello, que se considera dentro del planteamiento del problema, lo que ocurre con relación a aquellas sentencias judiciales, que tienen como mandato la expulsión del territorio nacional del extranjero y este se acoge al estatuto jurídico del refugio.

Si bien es cierto, el Principio del Respeto a los Derechos Fundamentales es reconocido por el Estado conforme a la Constitución Política del Perú, y constituye una de las principales características de la Ley de Migraciones, esta requiere de un estudio y análisis, pues esta misma norma, estaría vulnerando y poniendo en peligro los derechos fundamentales del refugiado, ya que tiene la potestad sancionadora de la expulsión en concordancia con la Ley del Refugiado, artículo 4° sobre la exclusión del reconocimiento de refugiado y el Código Penal en su artículo 30°.

Precisamente sobre la praxis del artículo 30° del Código Penal, es que nos interesa analizar si en nuestro país es posible afirmar que en el proceso judicial penal es íntegramente posible cumplir el mandato judicial de expulsión del territorio peruano del extranjero que solicita refugio una vez cumplida la



pena privativa de libertad, sin reparar que ello, no necesariamente es lo que señala en las normas adjetivas que han inspirado la reforma de la Ley de Extranjería y son base de la Ley del Refugiado, es decir la tutela de los Derechos Fundamentales.

La trascendencia del tema elegido es evidente, no solo por lo novedoso de este estatuto jurídico a tratar, sino además, por el cambio que debe significar en los operadores de justicia, defensores, litigantes y administradores de la norma, el innovador enfoque del estatuto jurídico del Refugio.

Respecto de las dificultades que acarrea la investigación, la única tangible es una eventual escasez de referencias bibliográficas sobre el tema, debido a que no ha pasado aun ni un año de vigencia de la disposición, y es un tema nuevo en el ámbito a pesar de haber cierta jurisprudencia con respecto a la desfasada Ley de Extranjería.

1.2 Formulación del problema

1.2.1 Problema Principal

¿El extranjero que habiendo cumplido una pena privativa de la libertad en el Perú y tiene un mandato judicial de expulsión del territorio peruano, puede ser expulsado si se acoge al estatuto jurídico del refugio?



1.2.2 Problemas secundarios

- a) ¿Cuál es el fundamento jurídico doctrinal para otorgar refugio a los extranjeros?
- b) ¿Cuáles el tratamiento jurídico y administrativo que se da en el Perú al estatuto jurídico del refugio?
- c) ¿Es posible acogerse al estatuto jurídico del refugio luego de haber cumplido una pena privativa de la libertad?
- d) ¿El mandato judicial de expulsión puede ser relevante ante la decisión de la Comisionado Especial para los refugiados?

1.3 Objetivos de la investigación

1.3.1 Objetivo General

Determinar si el extranjero que habiendo cumplido una pena privativa de la libertad en el Perú y tiene un mandato judicial de expulsión del territorio peruano, puede ser expulsado si se acoge al estatuto jurídico del refugio.



1.3.2 Objetivos Secundarios

- a) Conocer cuál es el fundamento jurídico doctrinal para otorgar refugio a los extranjeros.
- b) Determinar cuál es el tratamiento jurídico y administrativo que se da en el Perú al estatuto jurídico del refugio.
- c) Precisar si es posible acogerse al estatuto jurídico del refugio luego de haber cumplido una pena privativa de la libertad.
- d) Determinar si el mandato judicial de expulsión puede ser relevante ante la decisión de la Comisión Especial para los refugiados.

1.4 Justificación del estudio

El presente trabajo de investigación se justifica de la siguiente manera:

a. Conveniencia

Es conveniente realizar esta investigación, por tratarse de un problema que concita el interés académico, a partir del conocimiento de casos judiciales, así como también aquellos vacíos y ambigüedades en la norma que obligatoriamente, son necesarias regular.

**b. Relevancia social**

Tiene relevancia de carácter social, porque tanto los jueces como los abogados, entidades como migraciones, los consulados y otros relacionadas a este problema, se encuentran vinculados con la dinámica de los procesos judiciales y el estatuto jurídico del Refugio.

c. Implicancias practicas

Lo que se busca con la presente investigación es tratar de eliminar aquellas lagunas y ambigüedades que la norma no regula en ciertos casos como el del presente trabajo de investigación.

d. Valor teórico

Con el aporte del presente trabajo, surgirán nuevas y renovadas teorías en materia de principios, fundamentos y procedimientos, que en consecuencia aportarán recomendaciones de orden legislativo, además que se constituirá como base para futuras investigaciones.

e. Utilidad metodológica

Los resultados de la investigación, pueden aportar información necesaria para posteriores estudios jurídicos en esta materia, los cuales



pueden ser abordados desde diversos puntos de vista que complementen el presente.

1.5 Metodología aplicada al estudio.

1.5.1 Diseño Metodológico

El diseño de la presente investigación se precisa en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 1

Enfoque de investigación	Cualitativo: Porque tiene como objetivo conocer y comprender el estatuto jurídico del Refugio, ello mediante el análisis, interpretación y argumentación jurídica antes que basarse en mediciones estadísticas.
Tipo de Investigación Jurídica	Dogmático-exploratorio: Porque se analiza el tratamiento normativo del estatuto jurídico del refugio en base a los convenios internacionales ratificados por el estado peruano y busca resolver aquellas lagunas o vacíos de la ley.

Fuente: Elaboración del autor.



1.6 Técnicas e instrumentos de recolección de datos

a. Técnicas

Para el presente estudio se utilizará las siguientes técnicas:

- 1) **El análisis documental:** Utiliza la información cualitativa de documentos escritos, recopilada en normas, cartillas, programas, historias clínicas; leyes, dictámenes, informes, quejas registradas, juicios; discursos, declaraciones, mensajes, recortes periodísticos, folletos, etc.

1.7 Hipótesis de trabajo

El extranjero que habiendo cumplido una pena privativa de la libertad en el Perú y tiene un mandato judicial de expulsión del territorio peruano, no puede ser expulsado si se acoge al estatuto jurídico del refugio.

1.8 Categorías de estudio

Considerando que la presente investigación es de carácter cualitativo, el estudio no requiere contar con variables, ni medirlas estadísticamente; es así que de acuerdo con la epistemología, el presente estudio sólo consigna categorías temáticas a priori.



Categorías de estudio	Subcategorías
1° Estatuto jurídico del Refugio	<ul style="list-style-type: none">- Definición de refugio- Regulación normativa- Contenido y alcances
2° Mandato judicial de expulsión del territorio peruano	<ul style="list-style-type: none">- Causas que lo justifican- Forma y ejecución- Regulación normativa
3° Pena privativa de la libertad	<ul style="list-style-type: none">- Naturaleza jurídica- Regulación normativa



CAPITULO II

2. DESARROLLO TEMATICO

SUBCAPITULO I

2.1 LAS PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD

2.1.1 Definición de pena

Se entiende por pena, aquella sanción establecida por la ley e impuesto por la autoridad competente para prevenir los ataques al orden social (delitos o faltas). Según la Real Academia Española, la pena es el castigo impuesto por la autoridad legítima al que ha cometido un delito o falta. (Flores Polo, 1984)

Por otra parte, la Constitución Política del Perú, en su artículo segundo enumera una serie de derechos que corresponden a la persona, que por el hecho de cometer un delito se le puede privar o restringir algunos de sus derechos, lo cual constituye el concepto de pena, o sea la eliminación o restricción de determinados bienes jurídicos, que debe ser impuesta por la ley, previo juicio, cuando se le declare culpable de una infracción penal. (Neyra Flores, 1998)

Dentro de ello, se puede encontrar por ejemplo:



- a) **La pena accesoria.-** Dícese de la que va unida a otra llamada principal, no pudiendo aplicarse de modo independiente; a la vez puede ser absoluta o relativa; perpetua o temporal. (Flores Polo, 1984)
- b) **La pena de muerte.-** Pena capital. Privación de la existencia física, por razón de delito, al condenado por un tribunal competente. Generalmente se aplica, en los países donde subsiste, como represión de delitos muy graves, tales como violación, traición a la patria, homicidio calificado, rebelión, etc.

Sobre su legitimidad y el derecho del Estado de imponerla, existe todavía gran polémica y no hay acuerdo entre los tratadistas ni uniformidad en la legislación comparada. (Flores Polo, 1984)

2.1.2 Principios Básicos

El Derecho Penal Peruano, como cualquiera otra tarea propia del Derecho Penal, está gobernada por diversos postulados que emergen tanto de los estatutos penales como de la Constitución (Cfr. Arts. 1 a 3; 139, entre otros) – las llamadas fundamentaciones constitucional y legal de la pena, a las que se debe someter la tarea judicial- la cual, como se infiere del contenido del Art. 138: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.



Por otro lado, Caro (2002), sostiene que “en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

A. El Principio de Humanidad

Acorde con el más importante de los límites al ejercicio de la potestad punitiva del Estado, al penado se le debe preservar no sólo su autonomía ética sino su indemnidad personal, cuando se cumple con la tarea de determinar la pena imponible; por ello, a ninguna persona se le puede someter a penas o medidas de seguridad perpetuas, imprescriptibles, crueles, inhumanas, o degradantes. Así se desprende, de los Arts. 1 y 2 núm. 24 h de la Constitución, cuyos textos rezan de la siguiente manera: “*La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*”, y “*Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes*”; I del C.P.; y 1 y 2 de la Declaración de los Derechos Humanos. (Caro, 2002)

B. El Principio de Legalidad

Según este apotegma, la intervención punitiva del Estado al determinar y ejecutar las consecuencias jurídicas del hecho punible (penas y medidas de seguridad) debe regirse por el imperio de la ley,



expresión de la voluntad general, según las directrices de la filosofía liberal que lo animan.

Así mismo, las garantías de orden procesal comportan que toda consecuencia jurídico penal tiene que ser impuesta en virtud de un proceso legal, rituado por los órganos y los jueces instituidos por la ley para esa función.

Finalmente, en el campo de la ejecución penal, la regla en estudio le garantiza a todos los ciudadanos condenados que no puede haber pena ni medida de seguridad sin adecuado tratamiento penitenciario y asistencial, sin tratamiento humanitario, sin resocialización dando origen a otros tantos axiomas. (Caro, 2002)

C. El principio de Culpabilidad

Se refiere a la *responsabilidad subjetiva*, según la cual *no hay pena sin culpabilidad*, pues la sanción criminal solo debe fundarse en la seguridad de que el hecho puede serle “reprochado” o “exigido” al agente, e implica dos cosas distintas: en primer lugar, no puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad, de donde deriva la exclusión de la *responsabilidad objetiva o responsabilidad por el mero resultado*; y, en segundo lugar, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad y su imposición se hace atendiendo al *grado de culpabilidad*.



Como producto de ello, la sanción debe ser individual o estrictamente persona y solo puede alcanzar a quien ha transgredido la ley en su calidad de autor o partícipe, mas no a terceros, así se encuentren ligados con el sujeto activo del comportamiento punible por vínculos de amistad, credo político o religioso, sangre, afectos, etc.

Naturalmente, se transgrede este axioma si se *agrava o fundamenta la pena por el mero resultado*, esto es, cuando se castiga al sujeto por lo que ocurre y no por lo que hace; o si se da vía libre al *versari in re illicita* haciendo responder al autor de todas las consecuencias de su acto –aun las no queridas- siempre y cuando provengan de un obrar ilícito. (Velásquez V., s/f)

D. El principio de Igualdad ante la Ley

En virtud de este postulado todos los ciudadanos deben ser tratados respetándoles las mismas oportunidades y derechos, sin que las normas jurídicas puedan introducir discriminación alguna a la hora de la imposición y la ejecución de las consecuencias jurídicas dependiendo, claro está, de la entidad del hecho cometido.

Dicho axioma tiene asidero constitucional y legal en el ordenamiento peruano, como se desprende de los Arts. 2 núm. 2: “*Toda persona tiene derecho: ...2. A la igualdad ante la ley, nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión,*



condición económica o de cualquier otra índole” de la Constitución.; 1 y 10 del Código Penal. (Velásquez V., s/f)

E. Principio de la teología de las penas

Según esta directriz, el Estado no puede contentarse con la mera tarea de perseguir los hechos punibles, sino que está compelido a velar por la realización de la justicia material tanto a través de una adecuada ejecución penal como de la imposición y ejecución de sanciones equitativas que se adecuen al hecho cometido. Lo que debe perseguir el estado no es la causación de un mal al infractor, sino su readaptación, su resocialización, su reeducación, de tal manera que pueda llevar en el futuro una vida sin cometer delitos y reincorporarse al seno de la sociedad. (Caro, 2002)

F. El principio de Proporcionalidad

Dado que la sanción penal debe corresponderse con la gravedad y entidad del hecho cometido, de tal manera que las sanciones graves se destinen para los hechos punibles más atroces y las más leves para los de menor entidad. (Caro, 2002)



2.1.3 Caracteres de la pena

Según Neyra (1988), las clasifica en cuatro caracteres:

- **Personal.-** Sólo la cumple el culpable, no se transmite a los herederos o a terceras personas, sólo se trasmite a la reparación civil. Si muere el culpable se extingue la responsabilidad penal.
- **Legalidad.-** Para hablar de las penas, la ley tiene que considerarla previamente, pues así como no hay delito sin ley, tampoco hay pena.
- **Proporcionalidad.-** Cierta equivalencia entre el delito y la pena, que debe ser apreciada en forma abstracta teniendo a la vista el Código Penal y concretamente cuando examina los hechos que se han realizado para aplicarla, o sea el proceso penal.
- **Inderogabilidad.-** La pena que impone el Juez tiene que cumplirse, excepto: suspensión de ejecución de la pena, indulto, amnistía exención de la pena.

2.1.4 La Fundamentación y la Determinación de la Pena.

Según el Capítulo II del Código Penal, referente a la Aplicación de la Pena, el Art 45, de los criterios para la determinación de la pena, señala que “el Juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta:



- 1° Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente;
- 2° Su cultura y sus costumbres; y,
- 3° Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen.

Por otra parte Velásquez nos señala que *las situaciones previstas en la disposición*. El texto legal enfrenta al intérprete ante dos previsiones distintas: de un lado, emplea los conceptos los conceptos de *fundamentación* y de *determinación de la pena* – (noción diversa a la de *determinación de la pena* “dentro de los límites fijados por la ley”, consagrada en el Art. 46 del C.P.)

En lo que respecta a la primera de las situaciones anotadas, la norma consigna dos conceptos diferentes. En primer lugar, el de la *fundamentación de la pena*, esto es, el proceso mediante el cual el juez o fallador indica cuál es el cimiento, razón de ser, o principio, sobre el cual edifica la tasación de la sanción o sanciones a imponer, o sea, los argumentos jurídicos fundamentados en criterios racionales que sustentan su decisión (Velásquez V., s/f); en otras palabras.

La disposición reafirma la exigencia constitucional según la cual se deben cimentar adecuadamente las resoluciones judiciales, de tal manera que al condenado no se le sorprenda con tasaciones de la pena caprichosas que, por lo demás, también contrarían la Ley de Leyes en cuanto consagra como modelo de convivencia comunitaria el propio de un Estado Social y Democrático de



Derecho, fundado en la dignidad de la persona humana (Bernaes Ballesteros, 1996).

Así las cosas, pues, por perentorias disposiciones de orden constitucional y legal, el juez peruano está obligado a exponer las circunstancias que son decisivas en el proceso de determinación de la pena, sea que se le entienda en un sentido estricto o en uno amplio.

El segundo concepto es el de la *determinación de la pena*, esto es, aquella tarea comprensiva de todas las cuestiones relativas a la imposición y ejecución de la sanción penal, como las atinentes a los fenómenos de la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio, la conversión de la pena privativa de libertad no mayor de dos años en pena de multa, o la conversión de la pena de multa no pagada en pena privativa de libertad, y , por supuesto, la fijación de plazos para el pago de la multa, etc.; esto es, se parte de una *noción amplia* de tal figura.

No se refiere, pues, el codificador en el Art. 45 a la *noción estricta* utilizada por el Art.46, al tenor de la cual se entiende por *determinación de la pena* la operación mental mediante la cual el Juez, en concreto, una vez examinadas las diversas categorías del hecho punible, fija, precisa, señala cuales son las sanciones imponibles al trasgresor de la ley penal; esto es, la determinación de la pena dentro del marco punitivo, acorde con la culpabilidad por el hecho. (Caro, 2002)



Por otro lado, según Neyra (1998), la determinación de la pena tiene que ver con la cantidad y la pena a imponer, qué clase de pena, es lo que se llama la individualización de la pena, que ha pasado por tres etapas:

- a) **Individualización legal:** La que establece el legislador al elaborar el Código, señalando la naturaleza de la pena y el mínimo y el máximo, diferenciándose entre mínimo de la pena, que es lo general de mínimo legal, que es lo especial.

- b) **Individualización judicial:** Que hacen los jueces, que previo análisis de los hechos y en las pruebas, determinan la calidad y cantidad de pena, para lo cual se tiene en cuenta el art. 46 del C.P. que establece los factores, mientras que en la mayoría de jurisprudencia se indica que la pena se aplica según la naturaleza, forma, circunstancia del delito así como las condiciones personales del agente.

En ese sentido, el Art. 46 del C.P. nos habla sobre la individualización de la pena y establece que “para determinar a pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, considerando especialmente:

1. La naturaleza de la acción;
2. Los medios empleados;



3. La importancia de los deberes infringidos;
4. La extensión del daño o peligros causados;
5. Las circunstancias del tiempo, lugar, modo y ocasión;
6. Los móviles y fines;
7. La unidad o pluralidad de los agentes;
8. La edad, educación, situación económica y medio social;
9. La reparación espontánea que hubiere hecho del daño;
10. La confesión sincera antes de haber sido descubierto; y,
11. Las condiciones personales y las circunstancias que lleven al conocimiento del agente.
12. La habitualidad del agente al delito.
13. La reincidencia

El Juez debe tomar conocimiento directo del agente y, en cuanto sea posible o útil, de la víctima. (Código Penal, 2011)

- c) **Individualización penitenciaria.**- Que es la que hace la autoridad penitenciaria, que previo examen médico y psiquiátrico del condenado, le señala el tratamiento respectivo para su rehabilitación. (Neyra Flores, 1998)

2.1.4.1 Caracteres en la medición de la pena

Según Fernando Velásquez (2002), los clasifica en tres caracteres:



- La culpabilidad del autor es fundamento para la medición de la pena. Se deben tener en cuenta las consecuencias que son de esperar de la pena, para la vida futura del autor en sociedad.
- En la medición el Tribunal sopesará las circunstancias que hablen a favor y en contra del autor. Al efecto se tomarán especialmente en cuenta: los motivos y los fines del autor; la actitud que deriva del hecho, y la voluntad empleada en él; el grado de infracción al deber; la forma de ejecución y las consecuencias culpables del hecho; la vida del autor anterior a la comisión del hecho, sus relaciones personales y económicas, así como su comportamiento con posterioridad al hecho; sus esfuerzos encaminados especialmente a reparar el daño causado, y el denuedo del autor dirigido a alcanzar un acuerdo indemnizatorio con la víctima.
- Las circunstancias que son ya características del supuesto de hecho legal, no pueden ser tenidas en cuenta. (Caro, 2002)

2.1.4.2 Criterios acogidos en la determinación de la pena

En primer lugar, se deben tener en cuenta las carencias sociales del agente, con lo cual se consagra el llamado *principio de la co-culpabilidad o corresponsabilidad de la sociedad en la comisión del delito* (Velásquez V., s/f).



En segundo lugar, pensando en el gente, deben evaluarse “*su cultura y sus costumbres*” con lo cual se alude el grado de culpabilidad que cabe deducirle al autor, en cuanto que su formación cultural y el refinamiento o no de sus costumbres, demuestran un mayor o menor grado de reprochabilidad o de exigibilidad.

Así mismo, en tercer lugar, se hace referencia a “*los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen*”, con lo cual se quiere llamar la atención sobre una problemática medular en el Derecho Penal contemporáneo: el papel que cumple el afectado con la infracción a la ley penal.

No obstante, los dos primeros criterios cuando se refieren a la personalidad del agente –sea para enfatizar en sus carencias sociales, su cultura y sus costumbres,- también tienen en cuenta necesidades preventivo-especiales de cara a la resocialización del reo (*prevención especial positiva*) que operan en la medición de la pena en un sentido amplio, como ocurre cuando el juez se ocupa de la procedencia o no de la suspensión de la ejecución de la pena, etc., en los cuales se requieren consideraciones que tocan con dicha finalidad de la pena. Así las cosas, cuando se piensa en la determinación de la pena en sentido amplio, deben tenerse en cuenta no sólo los fines retributivos sino los preventivos especiales (positivos). (Caro, 2002)



2.1.4.3 La determinación de la pena en sentido estricto: “La Responsabilidad y Gravedad del hecho punible cometido”

Si bien es cierto que “la responsabilidad y la gravedad del hecho punible” son las bases de tasación de la pena a las que debe acudir el juez, ello significa que tanto las nociones de *injusto* como la de *culpabilidad* –responsabilidad en sentido estricto- suministran las dos pautas genéricas de tasación de la pena: *el grado de injusto* y *el grado de culpabilidad*, notas propias de un derecho penal orientado hacia la retribución entendida como limite al ejercicio del *iuspuniendi* del Estado, acorde con los principios del acto, de protección de bienes jurídicos, de culpabilidad, y de proporcionalidad (cfr. Arts. II, IV, VII y VIII del Título Preliminar).

Desde luego, resulta extraño que ni en el Art. I (“*Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad*”) ni en el IX del citado Título (“*La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora*”) -que confunde *los fines* con *las funciones*- se haya mencionado el fin retributivo de la pena que, obviamente se infiere no sólo de las disposiciones acabadas de citar sino del propio Art. 46. De entrada se observa, pues, una incongruencia manifiesta en una materia que no admite dubitaciones, como es la del engranaje filosófico que anima a un determinado plexo normativo. (Caro, 2002)



2.1.5 Clases de penas

2.1.5.1 De acuerdo a la Doctrina

De acuerdo a la doctrina, Neyra (1998), señala que existen cuatro:

1. **Simples.-** Cuando el Código prevé una sola pena para el delito.
2. **Conjuntas.-** Cuando la ley dispone de dos o más penas para un delito. (principal y accesorias).
3. **Alternativas.-** Cuando dos previstas para un delito se refieren a distintos bienes jurídicos, la pena privativa de libertad se refiere a la libertad de locomoción, mientras que la multa se refiere al patrimonio.
4. **Paralelas.-** Cuando dos previstas por la ley pertenecen a un mismo bien jurídico.

2.1.5.2 De acuerdo al Código Penal

El Art. 28 contempla cuatro clases de penas:



a. **Pena privativa de libertad**

La pena privativa de libertad implica una afectación en el bien jurídico del sujeto, un mal al sujeto, pero no creemos que ella tiene como justificación el compensar el mal que el sujeto ha ocasionado pues no se comprende cómo se puede borrar un mal cometido por el sujeto añadiendo un segundo sufrir la pena como afirman los retribucionistas; lo único que se consigue con ellos es aumentar males. (Calderon, 2011)

En el Art. 29, sobre la duración de la pena privativa de libertad, señala que “la pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso, tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años” (Código Penal, 2011) además se cumplen después de la condena; se la aplica al nacional y extranjero. (Flores Polo, 1984)

a.1 **Clasificación de pena privativa**

Según Neyra (1998), las clasifica en:

1° Expatriación: Nacional; plazo máximo 10 años, tiene carácter esencialmente político y propiamente ha desaparecido en la legislación comparada. Es difícil su concreción, pues al nacional hay que conseguirle VISA,



comprarle los pasajes de ida y vuelta luego del plazo puede regresar.

Además que va con pena privativa de libertad y serían penas independientes, no pudiendo aplicarse dos penas por el mismo hecho y no complementarias, pues la naturaleza de cada uno de ellos así permite colegirlos, mientras que en las complementarias la segunda pena guarda relación con la primera.

2° Expulsión: Para los extranjeros, después que hayan cumplido su pena, en el fondo es una medida de seguridad, dado que se trata de un individuo peligroso para la sociedad.

a.2 Finalidad de la pena privativa

La finalidad que se ha pretendido a través de la ejecución de la pena privativa de libertad ha sido el resocializar al penado; así se ha entendido que la disposición del artículo 139 numeral 22 de la Constitución tiene una raigambre preventiva especial al establecer que el “Régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad” (Calderon, 2011)



La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el numeral 6 del art. 5 establece que: “Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. Nótese que, a diferencia del Pacto Internacional –que norma sobre el régimen penitenciario- el Pacto de San José habla de las penas privativas de libertad. (Bernal Ballesteros, 1996).

b. Restrictivas de libertad

Nuestro Código Penal distingue entre extranjeros y nacionales, estableciendo la figura de expatriación para los nacionales y la de expulsión para los extranjeros.

Además establece que ellas se aplicarán luego de cumplida la pena privativa de libertad, señalando también que la expatriación tendrá una duración máxima de diez años.

Las penas restrictivas de libertad se encuentran en crisis porque no tienen utilidad social. Además, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, establece “nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del



cual es nacional, ni ser privado de derecho a ingresar en el mismo” (Art 22 numeral 5). (Calderon, 2011)

Según el Art. 30 del Código Penal señala que “la pena restrictiva de libertad es la expulsión del país, tratándose de extranjeros. Se aplica después de cumplida la pena privativa de libertad”

c. Limitativas de derechos

Siguiendo la orientación político-criminal de nuestro Código Penal, que pretende recurrir a la pena privativa como ultima ratio, se establecen las penas limitativas de derechos como sustitutivos penales.

Por ello, es prioritario que se procure mantener al infractor en la sociedad abierta, participando en ella; en esta perspectiva se plasman las penas limitativas de derecho; la prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación. (Calderon, 2011)

El Código Penal en su artículo 31º, señala tres tipos:

Las penas limitativas de derechos son:



1. Prestación de servicios a la comunidad;
2. Limitación de días libres; e
3. Inhabilitación.

En ese sentido, la primera, obliga al condenado a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos, otras instituciones similares u obras públicas.

Los servicios serán asignados en lo posible, conforme a las aptitudes del condenado, debiendo cumplirse en jornadas de diez horas semanales, entre los días sábados y domingos, de modo que no se perjudique la jornada normal de su trabajo habitual.

El condenado puede ser autorizado para prestar servicios en los días útiles semanales, computándose la jornada correspondiente. Esta pena se extenderá de diez a ciento cincuentiséis jornadas de servicios semanales. La ley establecerá los procedimientos para asignar los lugares y supervisar el desarrollo de la prestación de servicios.

En cuanto al segundo, la limitación de días libres consiste en la obligación de permanecer los días sábados, domingos y feriados, por un mínimo de diez y un máximo de dieciséis horas en total por cada fin de semana, en un establecimiento organizado



con fines educativos y sin las características de un centro carcelario.

Esta pena se extenderá de diez a ciento cincuentiséis jornadas de limitación semanales. Durante este tiempo el condenado recibirá orientaciones tendientes a su rehabilitación. La ley establecerá los procedimientos de supervisión y cumplimiento de la pena.

Y por último, en el tercer caso, la inhabilitación producirá, según disponga la sentencia:

- 1) Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular;
- 2) Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público;
- 3) Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia;
- 4) Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero, profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia;



- 5) Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela;
- 6) Suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego;

Incapacidad definitiva para obtener licencia o certificación de autoridad competente para portar o hacer uso de armas de fuego, en caso de sentencia condenatoria por delito doloso con pena privativa de libertad superior a cuatro (4) años; medida que debe ser impuesta en forma obligatoria en la sentencia.

- 7) Suspensión o cancelación de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo o incapacidad para obtenerla por igual tiempo que la pena principal; o
- 8) Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito.

Dentro de este último se encuentran dos formas de aplicación de la pena de inhabilitación, que puede ser como principal o accesoria.



- a) La duración de la inhabilitación principal, según el Art. 38, se extiende de seis (6) meses a cinco (5) años, salvo en los casos a los que se refiere el segundo párrafo del numeral 6 del artículo 36, en la que es definitiva.

- b) La inhabilitación se impondrá como pena accesoria cuando el hecho punible cometido por el condenado constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela o actividad regulada por ley. Se extiende por igual tiempo que la pena principal.

d. Pena de multa

Nuestro Código Penal tiene como concepto que “la pena de multa obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días-multa.

El importe del día-multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza.



Por otra parte, Neyra (1998), señala que la pena de multa es la obligación de pagar al Estado una suma de dinero que debe ser señalada en base al sistema de días de multa multiplicando el número de días determinado por el Juez en función de la gravedad de ilícito y de la culpabilidad del agente por la cuota promedio de renta del condenado en un día, la que se cuantifica sobre la base de sus ingresos y egresos.

En el caso del condenado que sólo tiene como renta su salario, el Código advierte que el monto de la multa debe fijarse en base a ello en una proporción que no represente menos del 25% ni más del 50%.

2.1.6 Finalidad y función de la pena

La finalidad de conformidad con los principios generales establecidos por el Código Penal en su Título Preliminar, ésta tiene por objeto la prevención, como medio de protección de la persona humana y de la sociedad, lo que en cierto modo, se conjuga con la función preventiva, protectora y resocializadora que se atribuye a la pena. (Calderon, 2011)

Por otro lado a esta finalidad, le acompañan algunas teorías que explican la función de la pena son cuatro, asimismo, en concordancia con esto, Neyra (1998) nos manifiesta que son cuatro los fines de la pena, así tenemos:



1) **Teoría Absoluta o retributiva**

Sus principales representantes son Kant y Hegel. Esta teoría nos dice que el sujeto que comete un delito se aplica una pena como retribución al hecho que cometió. Para Hegel la pena es la afirmación del derecho que, fue negado por el delito, negación que solo se contesta con otra negación, que es la pena; en otras palabras, la pena es la negación del Derecho. En estas teorías la pena es retributiva: “ojo por ojo y diente por diente”. De esta manera la pena se libera de toda finalidad y se presenta únicamente como la imposición voluntaria de un mal para compensar la lesión jurídica cometida culpablemente. (Calderon, 2011). Por otra parte, en esta teoría predomina radicalmente el valor de justicia, o sea aplicar la pena por el simple hecho de haber cometido un delito. Esta teoría de Kant y Hegel, es lo que corrientemente llamamos retribución, la pena es un castigo por el delito cometido, “La ley del Tali3n” (Neyra Flores, 1998)

2) **Teoría Relativa o preventiva**

Las teorías relativas opuestas a las absolutas. Señalan que la pena no tiene que realizar la justicia en la tierra, sino proteger la sociedad. La pena no es un fin en sí misma, sino un medio de prevención. El sentido de la pena consiste únicamente en cumplir su tarea de impedir que se cometan en el futuro acciones punibles. Es decir la función de la pena es



prevenir que en la sociedad se vuelvan a cometer delitos, se centra entonces en una función utilitaria de la pena.

Estas teorías tienen fe en la posibilidad de educar a las personas que han delinquido, a través de una adecuada intervención socio pedagógico, por tanto, en las teorías relativas coinciden ideas humanitarias, sociales, racionales y utilitarias. (Calderon, 2011)

Por otro lado en esta teoría se defiende el valor de utilidad de la pena por el cual se debe buscar mejorar el autor del delito para que en el futuro no vuelva a cometer otros delitos. (Neyra Flores, 1998)

3) Teorías de la Unión

Se intenta combinar los elementos legitimantes de las teorías absolutas y de las relativas en una suerte de teoría unificadora. Se combina con ciertos matices la retribución, la prevención general y la prevención especial. Al llegar a las teorías ecléticas se deduce que la pena desempeña una pluralidad de funciones. Conforme dice Jescheck, tal unificación se intenta no como una elemental superposición de principios, en tantos puntos enfrentados y de tan diferente genealogía, sino a partir de la reflexión práctica que la pena desempeña una pluralidad de funciones. No cabe duda de que en las teorías mixtas pueden detectarse fácilmente la presencia de una tensión interna entre sus componentes.



Es así que se pueden dar las llamadas antinomias de los fines de la pena; en ese sentido dice Roxin que, la mera adicción no solo destruye la lógica inmanente a la concepción, sino que aumenta el ámbito de aplicación de la pena, que se convierte así en un medio de reacción apto para cualquier empleo.

Bajo esta perspectiva, la pena traduce una retribución de la culpabilidad –idea de pena justa- pero, al mismo tiempo, sirve a la prevención del delito –idea de pena útil-. En consecuencia, la única pena legítima sería aquella que, al mismo tiempo, reúna ambas características: ser, a la vez, pena justa y pena útil. (Calderon, 2011)

4) Prevención General

Dirigida a la comunidad en forma de amenaza o intimidación para que los sujetos se abstengan de cometer un delito. Por ejemplo: las penas duras, la pena de muerte, la cadena perpetua. (Neyra Flores, 1998)

5) Prevención Especial

Está dirigida al autor del delito para que mediante su rehabilitación no vuelva a cometer un delito. Es decir, que el régimen penitenciario, sea siguiendo el sistema progresivo que aparece en nuestra Constitución Política y en el Código Penal, y se distingue en tres etapas:



- La observación;
- La prueba; y,
- La reinserción social

6) Teoría Mixta

Que es en parte absoluta y en parte relativa y en nuestro caso peruano se aplica porque existen duras y de corta duración. (Neyra Flores, 1998)

Por otra parte en el Código Penal en su artículo 69° de la rehabilitación automática, nos señala que “el que ha cumplido la pena o medida de seguridad de seguridad que le fue impuesta, o que de otro modo ha extinguido su responsabilidad, queda rehabilitado sin más trámite.

La rehabilitación produce los efectos siguientes:

1. Restituye a la persona en los derechos suspendidos o restringidos por la sentencia. No produce el efecto de reponer en los cargos, comisiones o empleos de los que se le privó; y,
2. La cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales. Los certificados correspondientes no deben expresar la pena rehabilitada ni la rehabilitación.



2.1.7 Suspensión de la pena

El Art. 57° del C.P. pone los siguientes requisitos para la suspensión de la pena:

1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años;
2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente hiciera prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito;
3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual.

El plazo de suspensión es de uno a tres años.

2.1.8 Objetivo o Justificación de la pena

La justificación de la pena es mantener el orden jurídico que ha establecido la sociedad como indispensable para desarrollarse armónicamente en un ambiente de paz social. Aplicar una pena a una persona es disminuirle su capacidad de actuación dentro de la sociedad, incluso puede haber casos en que se anule totalmente. Esto nos hace pensar que la pena es la disminución o anulación del bien jurídico libertad perteneciente a una persona; en otras palabras, la pena ataca el bien jurídico máspreciado por el hombre –su libertad-



pero, esto solo se puede dar cuando la sociedad se siente amenazada o lesionada por el comportamiento del individuo.

La pena al igual que el derecho penal, depende del rol que le quiera dar el Estado dentro del cual se desenvuelva. (Calderon, 2011)

2.1.9 Extinción y prescripción de la ejecución de la pena

Según el C.P. en su art. 85, la ejecución de la pena se extingue;

1. Por muerte del condenado, amnistía, indulto y prescripción.
2. Por cumplimiento de la pena.
3. Por exención de la pena
4. Por perdón del ofendido en los delitos de acción privada

La Exención.- Art.68° del Código Penal.- Es el perdón judicial cuando la responsabilidad del autor es insignificante, pena no mayor de 2 años o limitativa de derecho o con multa. Los alemanes lo llaman “dispensa de pena”. (Neyra Flores, 1998)

Prescripción de la pena.- Art 86° del Código Penal, señala que el plazo de prescripción de la pena es el mismo que alude o fija la ley para la prescripción de la acción penal. El plazo contará desde el día en que la sentencia condenatoria quedo firme.



SUBCAPÍTULO II

2.2 EXPULSION DE EXTRANJEROS DE TERRITORIO NACIONAL

2.2.1 Definición de Expulsión

La Organización Internacional para las Migraciones (2006), señala que la expulsión, es el Acto de una autoridad del Estado con la intención y el efecto de asegurar la salida del territorio de ese Estado de una o varias personas (extranjeros), contra su voluntad.

La expulsión según Flores, (1984) es la acción de hacer salir por la fuerza a una persona del lugar donde se encuentra, el concepto general de la expulsión radica, pues, en la separación alejamiento violento de una persona prohibiéndose su retorno o reingreso.

En ese sentido, a modo de aclaración, dicha organización internacional, señala que el extranjero es aquella persona que no es nacional de un Estado determinado. El término abarcaría el apátrida, el asilado, el refugiado y el trabajador migrante.

Asimismo, se menciona que el Extranjero indocumentado es aquella persona que entra o permanece en un país sin la documentación requerida. Ello incluye, entre otros, (a) quien sin documentación para entrar al país, ingresa



clandestinamente; (b) quien entra utilizando documentación falsa; (c) quien después de haber ingresado con documentación legal permanece en el país después del tiempo autorizado o, si habiendo violado las condiciones de entrada, permanece en él sin autorización.

2.2.2 Naturaleza jurídica de la Expulsión.

Según la naturaleza jurídica de la expulsión, Plender (2007) quien menciona en Martínez, señala que las normas de Derecho Internacional por las que se rige el derecho de un Estado a expulsar a los extranjeros incluyen tanto normas de fondo como de procedimiento, cuyo cumplimiento condiciona la legalidad de la expulsión. Como describió este autor: “En todos esos sentidos la facultad de expulsión es típica de las competencias que poseen los Estados con respecto al ingreso y la residencia de los extranjeros. Calificadas anteriormente de aspectos de la discrecionalidad absoluta del Estado, esas facultades están reguladas y controladas, tanto en cuanto a su fondo como a su forma, por un sistema de normas que actualmente es lo suficientemente avanzado y coherente para ser calificado de derecho internacional de las migraciones”. (Martínez Perez, 2013)

Algunas de esas normas son de origen interno y han adquirido el carácter de normas de Derecho Internacional, bien como “principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”, bien como normas creadas por la práctica de los Estados que son reconocidas por la jurisprudencia.



En ese sentido la naturaleza de la obligación del Estado de proteger a los individuos frente a violaciones de sus derechos ha sido analizada ampliamente en casos de expulsión y extradición, mucho más que la prohibición de expulsión colectiva de no ciudadanos establecida en el artículo 4 del Protocolo N° 4 del Convenio.

El caso principal con respecto a este tema es *Soering c. en Reino Unido*; este caso se trataba de una solicitud de extradición por parte de los Estados Unidos de un ciudadano alemán que residía en el Reino Unido, acusado de homicidio.

El denunciante sostuvo que si se realizaba la extradición, el Reino Unido estaría violando el artículo 3° del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos. Si bien este convenio no prohíbe la imposición de la pena de muerte per se, ni la considera una forma de tortura, se denunció que surgiría una violación porque las condiciones de detención en el corredor de la muerte constituían una violación del artículo 3.

Con respecto al deber de proteger a los individuos, el Tribunal sostuvo que el Reino Unido violaría el artículo 3 si *Soering* fuera extraditado porque se vería expuesto a un “riesgo real” de trato inhumano o degradante. En otras palabras, la violación en tales circunstancias se adjudica no al Estado receptor por lo que pueda llegar a hacer sino al Estado que extradita por exponer al individuo a un maltrato.



Así, el Tribunal adoptó un enfoque indirecto respecto de la cuestión de la pena de muerte, si se tiene en cuenta que, en sí misma, no contraviene el Convenio, ya que sostuvo que la exposición de un individuo a las condiciones del corredor de la muerte constituiría un trato que viola el artículo 3.

En consecuencia, un Estado está obligado a garantizar que los individuos no sean expuestos a malos tratos luego de la extradición o la expulsión. La fundamentación del caso *Soering c. Reino Unido* ha sido revisada en casos posteriores y de allí ha emanado abundante jurisprudencia.

Uno de los casos clave en este cuerpo de jurisprudencia es *Cruz Varas c. Suecia*. El caso involucraba la posible expulsión de dos denunciantes chilenos que habían pedido asilo político sobre la base de que no habían invocado razones políticas lo suficientemente contundentes para ser considerados refugiados. Los denunciantes sostuvieron que enfrentaban un riesgo real de ser torturados si eran expulsados a Chile, donde alegaban haber sido torturados con anterioridad.

El Tribunal sostuvo que deben demostrarse “motivos sustanciales” para creer que existe un riesgo real de que ocurra un trato contrario al artículo 3. Esto sería determinado principalmente respecto de los hechos que eran conocidos o que debieran haber sido conocidos al momento de la expulsión, aunque ello no obstaría a que se considerara información que saliera a la luz con posterioridad a la expulsión.



En este caso particular, el Tribunal consideró que no existían motivos sustanciales para creer que existiera un riesgo real. Este criterio para determinar el nivel de riesgo fue aplicado en el caso *Vilvarajah c. Reino Unido*, en el que el Tribunal observó que su “evaluación sobre la existencia de un riesgo de malos tratos...en el momento adecuado debe ser rigurosa en vista del carácter absoluto de esta disposición y del hecho de que contempla uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas”.

En este caso, se analizaba una expulsión que ya se había realizado, por lo tanto, el momento relevante para evaluar el nivel de riesgo era el momento en el que ocurrió la expulsión. Por otro lado, cuando una expulsión todavía no ha ocurrido, el momento relevante para evaluar el riesgo sería la fecha en que el Tribunal considera el caso, por lo tanto, podría considerarse toda evidencia que saliera a la luz desde que el caso fue examinado por primera vez.

En el caso *Chahal c. Reino Unido*, se amenazó al denunciante con la expulsión porque era sospechoso de haber participado en actos de terrorismo. El Tribunal señaló que, si bien era consciente de las dificultades que enfrentaban los Estados en la protección de las comunidades contra los actos de terrorismo, el Convenio Europeo prohíbe la tortura (y los tratos o penas inhumanas o degradantes) en términos absolutos, independientemente de la conducta de la víctima.



En consecuencia, los intereses nacionales no pueden avasallar los derechos del individuo cuando existen motivos sustanciales para creer que podría ser sometido a malos tratos si fuera expulsado.

En el caso Jabari c. Turquía, la Sra. Jabari denunció que, si era expulsada de Turquía, correría un riesgo real de tortura dada la naturaleza de las sanciones penales impuestas a las mujeres que cometen adulterio, que incluyen la lapidación.

Como fue señalado, un Estado tiene el deber de proteger a los individuos contra aquellos actos que contravengan el artículo 3 si el individuo es devuelto a ese país, incluso si el Estado receptor impone una pena que es considerada “legítima” en su ordenamiento jurídico interno.

En este caso, el Tribunal determinó que la Sra. Jabari corría un riesgo real de sufrir un trato contrario al artículo 3. El Tribunal ha desarrollado el alcance de la obligación de no expulsar a las personas a Estados en los que pueden sufrir un maltrato con el fin de incluir el maltrato causado por la falta de atención médica adecuada en el Estado receptor, en aquellos casos en los que éste ha asumido la responsabilidad de brindar asistencia médica.

Uno de los principales casos sobre este tema es D c. Reino Unido, en el cual el denunciante había sido arrestado al llegar al Reino Unido desde St. Kitts por posesión de cocaína. Posteriormente, se lo condenó a prisión en un establecimiento del Reino Unido. Cuando estaba en prisión, se le diagnosticó ser



portador de VIH y de SIDA, infección que había ocurrido con anterioridad a su llegada al Reino Unido.

Durante su detención, recibió tratamiento médico para su enfermedad. Sin embargo, al ser liberado, las autoridades intentaron devolverlo a St. Kitts. D se opuso a las intenciones de devolverlo alegando que si volvía a St. Kitts, donde las instalaciones hospitalarias eran pobres, ello no sólo apresuraría su muerte sino que además, las condiciones en las que moriría serían inhumanas y degradantes.

El Tribunal reiteró el principio establecido de que los Estados receptores están obligados a garantizar que las personas no sean sometidas a tratos o penas que contravengan el artículo 3, independientemente de la conducta de la persona que se expulsa o de la legalidad de su ingreso al Estado que la expulsa.

El Tribunal observó que este principio había sido aplicado en el contexto de riesgos que emanaban directamente del Estado o de los órganos privados frente a los cuales el Estado no ha ofrecido una protección adecuada.

Sin embargo, el Tribunal remarcó que, dada la importancia de la protección otorgada por el artículo 3, ésta debe mantenerse lo suficientemente flexible para aplicarse a otros contextos que puedan surgir. En vista de ello, el Tribunal sostuvo que el apartar abruptamente a D de su tratamiento médico y las condiciones adversas que lo esperaban a su regreso, reducirían su limitada expectativa de vida y que ello constituiría un trato inhumano.



En esta instancia, el Tribunal resaltó que el Estado había asumido la responsabilidad del tratamiento de D y que él se había vuelto dependiente del cuidado médico y paliativo que estaba recibiendo. A pesar de que las condiciones que enfrentaría en el país receptor no eran en sí mismas violatorias del artículo 3, “su deportación lo expondría a un riesgo real de muerte bajo las circunstancias más deplorables y por tanto equivaldría a tratos inhumanos”.

Sin embargo, este caso no sienta precedente de la determinación de una violación simplemente porque el Estado receptor tiene un sistema de atención médica menos desarrollado que el Estado expulsor. En el caso Amegnigan c. Países Bajos, el Tribunal obró con cautela al hacer una distinción entre los hechos del caso y las “excepcionales circunstancias” del caso D c. Reino Unido.

El caso Amegnigan c. Países Bajos involucraba a un nacional tologés que padecía de SIDA, quien denunció que la expulsión a su país natal lo expondría a un riesgo real de sufrir una muerte dolorosa.

El Tribunal consideró que la expulsión no violaría el Convenio, dado que la enfermedad del denunciante no estaba en una etapa terminal, que las drogas retrovirales estaban disponibles en Togo y que el denunciante tenía familiares en Togo que probablemente lo ayudarían. Este tema será analizado pronto por una Gran Cámara del Tribunal en el caso N c. Reino Unido, que involucra la expulsión de una mujer VIH positivo a Uganda.



Sin embargo, la jurisprudencia actual indica que la expulsión de un individuo que padece de una grave enfermedad a su país de origen sólo constituiría una violación del artículo 3 del Convenio si la enfermedad se encuentra en una etapa terminal y si el tratamiento adecuado no está disponible en el país al que está siendo expulsado.

Tradicionalmente, el Tribunal y la Comisión se limitaron a considerar denuncias de riesgos emanados de las autoridades estatales. Sin embargo, en casos más recientes, el Tribunal ha confirmado que la naturaleza absoluta de la prohibición y el deber de proteger a los individuos puede acarrear la responsabilidad del Estado incluso cuando el riesgo en un país receptor emana de otras fuentes que no sean las autoridades estatales.

Uno de los casos más emblemáticos sobre este tema fue HLR c. Francia. En dicho caso, H.L.R. era un colombiano que había sido condenado por un delito relacionado con las drogas y que iba a ser deportado por Francia a Colombia. H.L.R. denunció que si era deportado a Colombia se vería expuesto a actos de venganza por parte de los narcotraficantes que lo habían reclutado.

Por lo tanto, el denunciante reclamaba que si Francia lo deportaba, estaría violando el artículo 3. Si bien el Tribunal determinó que no existía una violación del artículo 3 en este caso, sostuvo, sin embargo, que la fuente del riesgo de maltrato podía emanar de actores privados y no necesariamente de las propias autoridades del Estado y señaló que “debido al carácter absoluto del derecho garantizado, el Tribunal no descarta la posibilidad de que el artículo 3 del



Convenio también se aplique al peligro que emane de personas o de grupos de personas que no son oficiales públicos. (Asociación para la Prevención de la Tortura (APT) y Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), 2008)

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

Este derecho está reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 22.6° y 22.9°) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 13°). Por su parte, la CTMF establece que cada caso de expulsión debe adoptar una decisión individual definida en la legislación nacional del Estado, a cargo de la autoridad respectiva.

Señala, asimismo, que todas las personas sometidas a ese proceso pueden presentar alegaciones contra la expulsión y reclamar indemnización si la misma habiendo sido ejecutada es revocada. La apelación de la expulsión y el derecho a la revisión del caso por la autoridad competente sólo pueden dejar de aplicarse por «razones imperiosas de seguridad nacional».



Junto con el reconocimiento de estos derechos, la CTMF señala el deber de los Estados de tener en cuenta el tiempo de residencia de las personas en el Estado y consideraciones de carácter humanitario. (Defensoría del Pueblo, 2015)

2.2.3 La Expulsión según la doctrina

El debate que mantuvo la doctrina sobre si el tema de la expulsión de extranjeros entraba o no dentro del ámbito del derecho internacional pertenece al pasado: el derecho de expulsión es inherente al principio de la soberanía territorial.

La existencia de un Estado no se debe solamente a la existencia de una población que reconoce su soberanía, sino también, y sobre todo, a la existencia de un territorio sobre el que se ejerce de forma exclusiva esa soberanía, tanto de hecho como de derecho. Como puso de relieve ROLIN-JACQUEMYNS en el informe sobre el derecho de expulsión de extranjeros que presentó al Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Lausana, celebrada en 1888, esa soberanía se pondría en peligro si personas que no tienen “ningún vínculo político con el Estado en el que entran ... dicho de otro modo, cuya patria es otra, pudieran penetrar en el territorio, instalarse en él y desafiar a las autoridades locales que hubieran estimado dicha estancia peligrosa o perjudicial para el país.”

Tal opinión estaba en consonancia con la doctrina dominante en ese momento. Así, para DARUT, es en la noción de soberanía donde se encuentra el “fundamento racional del derecho de expulsión”; aunque hay que ver hasta qué



punto esa racionalidad es aplicable para no violar los derechos de las personas, y los deberes y obligaciones del Estado con las mismas.

En la expulsión entran en juego, por una parte, el principio fundamental de la soberanía del Estado en el orden internacional que faculta a un Estado para dictar reglas internas en virtud de su competencia territorial y, por otra, los principios fundamentales que conforman el ordenamiento jurídico internacional y los derechos humanos fundamentales que todos los Estados deben respetar hoy en día. (Asociación para la Prevención de la Tortura (APT) y Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), 2008)

Por otra parte, la extradición o la expulsión de un individuo que corre el riesgo de ser sometido a tortura si regresa a otro Estado está explícitamente prohibida por la United Nations Convention against Torture (UNCAT).

El Consejo de Derechos Humanos (CDH), ha sostenido que tales expulsiones también se encuentran prohibidas por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que incluso contempla casos en los que existe un riesgo de trato o castigo cruel, inhumano o degradante. - UNCAT

La gran mayoría de las comunicaciones consideradas por el Committee against Torture (CAT) involucran el artículo 3 de la UNCAT, el cual establece: “1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura. 2. A los efectos de determinar si existen



esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos”.

En su Observación General sobre el artículo 3, el CAT confirmó que esta disposición se aplica sólo al riesgo de tortura, tal como se define en el artículo 1 de la UNCAT, y que no incluye otras formas de malos tratos.

La referencia a “otro Estado” incluye tanto al Estado al que el individuo es expulsado, devuelto o extraditado como a cualquier otro Estado al que pueda ser posteriormente expulsado, devuelto o extraditado.

De conformidad con el artículo 1, sólo las violaciones de derechos humanos cometidas por un funcionario público u otra persona actuando en ejercicio de una función pública, o que sean instigadas por ellos o con su consentimiento serán consideradas relevantes en virtud del artículo 3°.

Para ser presente, el riesgo debe estar ligado a funcionarios públicos, o personas actuando en ejercicio de una función pública. El riesgo al que puede estar expuesto el autor será evaluado al momento de considerarse la denuncia, por lo que el CAT puede tener en cuenta elementos que han salido a la luz desde que se realizó la presentación inicial. Al evaluar el riesgo, el Comité puede considerar si el Estado al que regresará el individuo es parte de la UNCAT o si permite que se presenten denuncias individuales al Comité.



Cuando ya se realizó la expulsión, el Comité tomará su decisión a la luz de la información que tenían, o que deberían haber tenido, las autoridades del Estado Parte en su poder al momento de la expulsión.

Si un Estado Parte expulsa a una persona durante el período transcurrido entre la presentación de la denuncia y su evaluación por parte del CAT, ello puede constituir una violación de la Convención.

Asimismo, no es suficiente que un autor demuestre que corre el riesgo de ser torturado en una región particular de un Estado cuando es posible la expulsión a otra región y cuando dicha expulsión no implica ningún riesgo de tortura.

En consecuencia, un Estado no puede tomar decisiones solamente en base a listas de países “seguros” u otro criterio que excluya la consideración individual.

El Comité de Derechos Humanos considera que los Estados Partes del PIDCP “no deben exponer a las personas al peligro de ser sometidas a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes al regresar a otro país tras la extradición, la expulsión o la devolución”.

Esta prohibición es más amplia que la que incluye la UNCAT en el sentido de que se extiende a todas las formas de malos tratos; sin embargo, la



jurisprudencia del CDH en este punto es menor que la del CAT. Al decidir si la deportación viola el artículo 7, el CDH considerará si la extradición o la expulsión expondrían al individuo a un riesgo real de maltrato, es decir, si el maltrato sería una “consecuencia necesaria y previsible” de la deportación.

Sin embargo, la angustia inherente a tener que abandonar un Estado en el que se ha vivido durante mucho tiempo no es suficiente en sí misma para constituir maltrato. El artículo 13 del PIDCP establece: “El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto 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 CDH permite al Estado Parte un “muy amplio margen de discreción” al evaluar si un caso presenta asuntos de seguridad nacional. Así, en un caso que involucraba vuelos de entrega el CDH determinó que no existía una violación de los derechos del autor en virtud de este artículo. Sin embargo, en ese mismo caso, el Comité determinó que el derecho a un recurso efectivo consagrado en los artículos 7 y 2 del PIDCP requiere que “la revisión eficaz de la decisión de expulsar a pesar de existir un riesgo demostrable de tortura debe poder realizarse antes de la expulsión a fin de impedir que el individuo sufra un daño irreparable y que la revisión sea superflua y carezca de sentido”. (Asociación para la



Prevención de la Tortura (APT) y Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), 2008)

Por otro lado, la Comisión de Derechos Humanos ha señalado claramente que las garantías del debido proceso deben ser aplicadas en forma estricta antes de expulsar a quienes solicitan asilo. Ello es acorde a lo dispuesto por el artículo 12 de la ACHPR, el cual establece, en su parte pertinente: “3. Todo individuo tendrá derecho, cuando esté perseguido, a buscar y obtener asilo en otros países de conformidad con las leyes de esos países y los convenios internacionales.

Un extranjero legalmente admitido en un territorio de un Estado firmante de la presente Carta, sólo puede ser expulsado de él en virtud de una decisión tomada de conformidad con la ley”.

El principio de no devolución también está consagrado en el artículo 2 de la Convención de la Organización para la Unidad Africana (OUA), por la que se Regulan los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en África, el cual establece: “Ninguna persona será sometida por un Estado miembro a medidas tales como la negativa de admisión en la frontera, la devolución o la expulsión que la obligarían a regresar o a permanecer en un territorio donde su vida, su integridad corporal o su libertad estarían amenazadas por las razones enumeradas en los párrafos 1 y 2 del artículo 1”.



Asimismo, las Directrices de Robben Island disponen expresamente que “los Estados deben asegurar que nadie sea expulsado o extraditado a un país donde podría correr el riesgo de ser sometido a tortura”.

En consecuencia, parece ser que el derecho a la no devolución está consagrado implícitamente en la Carta Africana. A diferencia de los otros organismos internacionales, la mayoría de los casos de expulsión que han sido presentados ante la Comisión involucraron expulsiones masivas. El artículo 12 de la African Commission on Human and Peoples' Rights (ACHPR) que establece: “La expulsión masiva de extranjeros estará prohibida.

Expulsión masiva será aquella dirigida a un grupo nacional, racial, étnico o religioso”. Tal como ha señalado la Comisión, “claramente, los redactores de la Carta creían que la expulsión masiva presentaba una amenaza particular contra los derechos humanos”.

De la fundamentación realizada en el caso *Modise c. Botsuana* se desprende que esta protección también será aplicable al destierro interno. En este peculiar caso, el gobierno de Botsuana había revocado la nacionalidad del denunciante y lo deportaba permanentemente. El denunciante fue obligado a vivir en el “bantustán” de Bophuthatswana por ocho años y luego en “tierra de nadie”, en un territorio creado especialmente ubicado entre ese Bantustán y Botsuana, por otros siete años.



La Comisión determinó que “ello no sólo lo expuso a un sufrimiento personal sino que además lo privó de su familia y privó a su familia de su apoyo. Este trato inhumano y degradante viola la dignidad de un ser humano y, por lo tanto, el Artículo 5”. Este razonamiento se aplicaría claramente de la misma manera a un caso que involucrara únicamente el destierro interno. (Asociación para la Prevención de la Tortura (APT) y Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), 2008)

2.2.4 Principios Básicos

Del estudio de la práctica convencional y la jurisprudencia nacional e internacional, en particular la de los tribunales regionales de derechos humanos, se desprenden los siguientes principios generales, cuya aplicación suele admitirse en materia de expulsión de extranjeros, y los cuales fueron establecidos en el Tercer Informe presentado a la Asamblea General de las Naciones Unidas por el Relator Especial; resumiendo esta garantía los principios son: el principio de la no expulsión de un nacional, el principio de la no expulsión de refugiados, el principio de la no expulsión de un apátrida, el principio que prohíbe realizar expulsiones colectivas, el principio de no discriminación, el principio del respeto de los derechos fundamentales de la persona expulsada, el principio que prohíbe la expulsión arbitraria, la obligación de informar y la obligación del Estado que expulsa de respetar su propio derecho y el procedimiento previsto en el derecho vigente.



Agrupando esos principios, pueden distinguirse tres categorías de límites: los relacionados con las personas objeto de expulsión los relativos a los derechos fundamentales de las personas objeto de expulsión y los que tienen que ver con el procedimiento que ha de seguirse en materia de expulsión. (Martínez Perez, 2013)

A continuación se analizarán algunos principios:

1) **Principio de no expulsión de un refugiado**

Es necesario distinguir desde el punto de vista jurídico las nociones de “refugiado” y “asilado” para que no existan confusiones ni incorrectos empleos del término, aunque en realidad, ciertas legislaciones nacionales e incluso el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen designan como “solicitantes de asilo” a quienes aspiran a obtener el estatuto de refugiado.

Como se expuso en el Segundo Informe sobre la expulsión de extranjeros, la definición de refugiado que ofrece la Convención de Ginebra de 1951 es restrictiva y excluye a diversas categorías de personas que el derecho internacional regional, la doctrina y la práctica contemporánea consideran refugiados. Frente a la definición de la Convención de 1951 que ha sido calificada de “eurocéntrica en su génesis”, en la medida en que tenía por objeto proteger a refugiados políticos que temían ser perseguidos en sus países de origen, y de



fundamentalmente “individualista” porque sólo permitía conceder el estatuto de refugiado a personas individuales; varios autores han propuesto definiciones cada vez más amplias de la noción de refugiado, sosteniéndose que la misma debía incluir a las personas que hubieran realizado actos de resistencia contra regímenes de opresión que no reconocieran las libertades políticas; o de manera más amplia, que debería proteger a las personas que huyeran de países que violaran sistemáticamente los derechos humanos generalmente reconocidos.

De todas esas conceptualizaciones se puede resumir que, refugiado es la persona que se ve obligada a abandonar su país y refugiarse en otro, en general por motivos políticos o bélicos. La extensión o no del beneficio del estatuto de refugiado a los familiares del refugiado depende de los Estados: ciertas legislaciones son generosas, mientras que otras son más bien restrictivas.

En cualquier caso, una vez que una persona adquiere el estatuto de refugiado su familia goza de una protección jurídica cuyo elemento principal es que sólo puede ser expulsada por ciertos motivos precisos y limitados.

Sin embargo, el principio de no expulsión del refugiado está formulado de una manera negativa que atenúa su alcance y lo priva de carácter absoluto. Para comprobar esto, debemos realizar un análisis de la Convención de Ginebra de 1951 sobre los refugiados, la cual en el



párrafo 1 dispone: “Los Estados Contratantes no expulsarán a refugiado alguno que se halle legalmente en el territorio de tales Estados, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público.”

Como se desprende de esta disposición, puede afirmarse la existencia de un principio de no expulsión de los refugiados, aunque por deducción. En efecto, si se analiza la estructura de esta disposición, se observa que la fórmula “...no... a no ser...” introduce un límite extremo al principio según el cual no puede expulsarse a los refugiados.

Dicho de otro modo, en principio los refugiados no pueden ser objeto de medidas de expulsión; en última instancia, por así decirlo, sólo pueden ser expulsados por dos razones no cumulativas: la seguridad nacional y el orden público.

Por su parte, la Convención de la OUA de 1969 introduce la idea de “repatriación voluntaria” que no existe en la Convención de 1951 ni en el Protocolo de 1967 relativo a ella. Si nos atenemos a la idea que subyace a lo dispuesto en el artículo V de la Convención de la OUA, puede concluirse que existe un principio absoluto de no expulsión de los refugiados, entendiendo la expulsión en el sentido amplio con que se define en el segundo informe.

El artículo V en cuestión dispone lo siguiente en su párrafo 1: “Se respetará en todos los casos el carácter esencialmente voluntario de la



repatriación, y ningún refugiado será repatriado en contra de su voluntad.”

No obstante, la Convención de la OUA de 1969, al igual que la Declaración de Cartagena de 1984 en lo que respecta a Centroamérica, no sólo debe entenderse como complementaria de la Convención de Ginebra de 1951, sino que también cabe afirmar que la “expulsión” y la “repatriación” son dos nociones diferentes que obedecen a procedimientos distintos puestos en marcha por razones que no son idénticas.

El artículo 33 de la Convención de 1951 parece establecer igualmente un principio de no expulsión, aunque de forma atenuada porque, por una parte, se refiere a un caso concreto en que podrían vulnerarse ciertos derechos fundamentales del refugiado y, por otra, la expulsión puede llevarse a cabo por ciertos motivos tasados.

En efecto, bajo el título un tanto engañoso de “Prohibición de expulsión y de no devolución (“non refoulement”)", dicho artículo dispone: “1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas. 2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones



fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.”

A juicio del Relator Especial, el principio no es la expulsión, sino la no expulsión, y la expulsión sólo es una excepción que, sólo es posible por ciertos motivos muy limitados, con lo que estamos de acuerdo.

Una tendencia considera hoy día que el Estado que recibe refugiados —no en sentido estricto, sino personas que se ven obligadas a abandonar su país porque resultan afectadas “por conflictos armados o acontecimientos que perturban el orden público en todo el territorio de su país de origen, de nacionalidad o de residencia habitual, o en parte de él”— debe admitirlos en su territorio y respetar escrupulosamente el principio fundamental de no devolución en las fronteras.

Esta idea parte de la presunción de que cualquier miembro de un grupo de personas que han huido de su país por los motivos antes indicados debe considerarse prima facie como refugiado salvo prueba en contrario. En este orden de ideas, recientemente se ha escrito que los Estados tienen “una obligación de carácter consuetudinario” de no devolver a las víctimas de conflictos armados o de situaciones de violencia generalizada.



Esta apreciación se sitúa más allá de las normas convencionales pertinentes. Si tal obligación existe, implica correlativamente la de no expulsar a ese tipo de “refugiados” — es decir, los que aún no han adquirido el estatuto de refugiado y que, por tanto, podrían encontrarse irregularmente en el territorio de refugio— al menos antes de que su situación haya sido examinada por las autoridades nacionales competentes.

Asimismo, dicha tendencia se ve respaldada en buena medida por los trabajos recientes de la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, creada en diciembre de 2003 a iniciativa del Secretario General y en respuesta a la petición de la Asamblea General que, en su resolución 58/208 de 23 de diciembre de 2003, había decidido celebrar un diálogo de alto nivel dedicado a la migración internacional y el desarrollo, durante su sexagésimo primer período de sesiones en 2006.

La no expulsión de los interesados durante el examen de su situación se asemeja a la “protección temporal”, que se distingue de la “protección subsidiaria”.

Tal protección se concede a personas que forman parte de un grupo determinado en virtud de una decisión política. Por el contrario, la “protección subsidiaria”, que se encuentra sobre todo en la legislación de los países de la Unión Europea, es un estatuto reconocido legalmente que se concede en casos individuales.



Algunos derechos nacionales aplican esa protección temporal a los candidatos a adquirir el estatuto de refugiado. A este respecto, la práctica francesa es muy interesante. Así, a diferencia de la Convención de Ginebra de 1951, que simplemente prohíbe a los Estados Contratantes que, por expulsión o devolución, pongan “en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligran”, el párrafo 4 del preámbulo de la Constitución francesa de 27 de octubre de 1946, al que se remite la Constitución vigente de 4 de octubre de 1958, implica, según el Consejo Constitucional francés, “que, de manera general, debe permitirse que el extranjero que reclama ese derecho permanezca provisionalmente en el territorio hasta que se dé respuesta a su petición”.

Este principio no tiene el mismo fundamento en opinión del Consejo de Estado y el Consejo Constitucional: para este último se basa en el preámbulo de la Constitución, mientras que para el primero se basa en el párrafo 2 del artículo 31 de la Convención de Ginebra de 1951 y en la Ley de 25 de julio de 1952 por la que se crea la Oficina Francesa de Protección de los Refugiados y los Apátridas.

Sea como fuere, su consagración jurisprudencial no está exenta de restricciones. Entre las excepciones a este principio se cuenta que sólo puede expulsarse a un refugiado del territorio del Estado de acogida por razones relacionadas con la seguridad o el orden público.



Como se ha visto, en el derecho interno se admiten y aplican desde hace mucho tiempo estas excepciones, que están recogidas a nivel internacional en el artículo 31 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. Por tanto, no es preciso dedicar más tiempo a demostrar su existencia. Sin embargo, cabe preguntarse por el contenido exacto y por el significado de los conceptos de menoscabo de la seguridad y amenaza, o menoscabo del orden público. No es fácil responder a esta pregunta, ya que la apreciación de las situaciones que pueden calificarse de una u otra manera puede variar según el Estado, la época o el contexto.

No cabe duda de que la facultad de apreciar estos menoscabos o amenazas corresponde a cada Estado, y así se prevé tanto en los textos internacionales como en los ordenamientos jurídicos nacionales.

Cabría incluir en estos conceptos de seguridad y orden público, y más concretamente en el de seguridad, un fenómeno que en la actualidad ha cobrado una magnitud sin precedentes y que es motivo de preocupación para los Estados: el terrorismo. Pero la violencia indiscriminada y los efectos devastadores que lo caracterizan le confieren una naturaleza singular que justifica un tratamiento específico.

Este es el criterio que ha seguido la comunidad internacional a la hora de tratar los actos constitutivos de terrorismo, que no es un delito



ordinario. Del análisis de la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad se deduce que un refugiado puede ser expulsado en razón de sus actividades terroristas o relacionadas con el terrorismo.

A la luz de estas disposiciones, el extranjero que sea un refugiado de hecho, es decir, la persona que, temiendo por su vida, haya huido de su Estado de origen pero aún no haya adquirido el estatuto jurídico de refugiado, podría ser expulsado por sus actividades terroristas o destinadas a facilitar la comisión de actos terroristas.

La obligación de denegar el refugio o el asilo que se deriva de dichas disposiciones lleva aparejado el correspondiente derecho de expulsión cuando el Estado de acogida se halle ante las situaciones descritas en nota al pie de la Resolución 1373 del 2001. Por lo que respecta a la práctica legislativa de los Estados, el artículo 22 de la Ley tanzaniana de 2002 de prevención del terrorismo es un ejemplo de disposición destinada a impedir que el territorio del país se utilice como refugio desde el que se puedan lanzar ataques contra otros Estados y podría, en su caso, servir de base jurídica para la expulsión de los extranjeros, incluidos los refugiados.

La individualización del terrorismo y su consideración como uno de los criterios que permite no aplicar el principio de no expulsión de los refugiados se enmarca sin duda más en el desarrollo progresivo que en la codificación de una norma consuetudinaria bien asentada.



No obstante, lo cierto es que la adopción de este criterio no carecería de apoyo, tanto en el entramado jurídico internacional como en la práctica legislativa de los Estados. El hecho de que este criterio pueda apoyarse en una resolución del Consejo de Seguridad no carece de interés, habida cuenta del principio de legalidad que subyace en las decisiones del Consejo. (Martínez Perez, 2013)

2) Principio de no expulsión de los apátridas

Será analizado porque cuando pareciere estar fuera de nuestro objeto de estudio; existen países que los incluyen dentro de la definición de extranjeros. Aunque el apátrida y el refugiado tengan estatutos jurídicos distintos, a menudo ambas situaciones tienen una misma causa: la huida de esas personas debido a un conflicto armado o a persecuciones por motivos raciales o políticos.

En su resolución sobre el “Estatuto jurídico de los apátridas y de los refugiados” aprobada en su sesión de Bruselas en 1936, el Instituto de Derecho Internacional afirmaba que “el término ‘apátrida’ designa a todo individuo al que ningún Estado considera como nacional suyo”.

Según un enfoque más moderno y abierto, acorde con el propuesto por el Relator Especial en su segundo informe, la Convención de Nueva York de 28 de septiembre de 1954 sobre el Estatuto de los



Apátridas sustituyó el criterio de la nacionalidad por el término “nacional” que como se ha visto es más amplio.

El párrafo 1 del artículo 1 de dicha Convención dispone lo siguiente: “A los efectos de la presente Convención, el término ‘apátrida’ designará a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación.” El principio de no expulsión de los apátridas ya subyacía en uno de los artículos que figuraban en las Règles internationales sur l’admission et l’expulsion de l’étranger aprobadas por el Instituto de Derecho Internacional el 12 de septiembre de 1892, cuyo tenor era el siguiente: “En principio, un Estado no debe prohibir el acceso a su territorio o la residencia en él a sus súbditos, ni a quienes, después de haber perdido la nacionalidad en ese Estado, no han adquirido ninguna otra.”

Por lo que se refiere más concretamente a la expulsión, las disposiciones que regulan esta cuestión en ambas Convenciones son idénticas. El artículo 31 de la Convención de 1954, que reproduce literalmente los tres párrafos del artículo 32 de la Convención de 1951.

Las observaciones formuladas en relación con este último son aplicables también al párrafo 1 del artículo 31 recién citado. Puede observarse que, al igual que en el caso de los refugiados, estas disposiciones sólo se refieren a los apátridas en situación legal.



Ciertamente, la cuestión de los apátridas que se hallan ilegalmente en el territorio del Estado de acogida es delicada, ya que es posible que algunos migrantes en situación ilegal reivindiquen fraudulentamente una situación de apátrida.

Pero, ¿qué ocurre con los auténticos apátridas que se hallan ilegalmente en territorio de un Estado? ¿Puede dicho Estado expulsarlos? ¿Hacia qué país? ¿El de la última residencia? ¿En qué condiciones? ¿Las previstas en el párrafo 3 del artículo 31 para los apátridas que se hallan legalmente en el territorio del Estado? A la luz de estas preguntas, cabe dudar de la pertinencia de la distinción entre apátridas en situación legal, y apátridas en situación ilegal que se desprende del párrafo 1 del artículo 31.

Aparte de las personas que se convierten en apátridas cuando ya están en el territorio del Estado de acogida, la mayoría de los demás apátridas sólo pueden entrar en el territorio de dicho Estado de manera ilegal, puesto que por regla general carecen de los documentos oficiales de un Estado necesarios para solicitar la admisión en otro país.

El párrafo 2 del artículo 31 antes citado trata de los requisitos y de los procedimientos para la expulsión, que se analizarán cuando se examine esta cuestión. En cuanto al párrafo 3, la primera frase suscita algunas dudas. En concreto, ¿de qué manera deberá el apátrida que se encuentre en vías de expulsión buscar un nuevo país de acogida?



¿Tendrán que limitarse sus gestiones a los países con representación diplomática en el Estado que expulsa? ¿No quedarán limitadas las posibilidades de que prosperen sus gestiones si existen pocas representaciones diplomáticas extranjeras en ese Estado?

Por otro lado, aun suponiendo que el Estado que expulsa sea especialmente generoso a la hora de interpretar el concepto de “plazo razonable” y le conceda un plazo suficientemente amplio, ¿qué pasará si, al término de dicho plazo, las gestiones del apátrida no han dado sus frutos? ¿Podrá el Estado, aun así, expulsarlo? ¿Hacia qué país? Estas preguntas, en particular la última, no son meramente teóricas.

El caso John K. Modise c. Botswana ante la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, expuesto por el Relator Especial en su informe, pone de manifiesto que puede plantearse en la práctica.

La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos resolvió esta cuestión: John Modise es ciudadano de Botswana por nacimiento, en la medida en que es hijo de un ciudadano de Botswana, y el Gobierno de Botswana debe adoptar las medidas necesarias para reconocer esta nacionalidad e indemnizarlo adecuadamente por todos los perjuicios que sufrió como consecuencia de la vulneración de sus derechos.



El principal interés de este caso por lo que respecta a la cuestión de la expulsión de los apátridas reside en el hecho de que Botswana expulsó repetidamente a John Modise a pesar de que constaba que no tenía nacionalidad sudafricana ni de Bophutatswana siendo así que al no tener tampoco la nacionalidad de Botswana, que las autoridades de dicho país le denegaban, se vio de hecho abocado a una situación de apatridia.

Cabe señalar que en este caso el Estado autor de la expulsión no invocó ninguna de las causas de expulsión de un apátrida previstas en el artículo 31 de la Convención de 1954: ni la seguridad nacional ni el orden público; el expulsado no había encontrado país de acogida y el Estado autor de la expulsión no le había formulado solicitud alguna al respecto.

En definitiva, Botswana no consideraba que estuviera expulsando a un apátrida, cuando en realidad se trataba justamente de ese supuesto. Parece pues que a la hora de establecer el régimen de expulsión de los apátridas se retomaron las disposiciones relativas a la expulsión de los refugiados sin la suficiente reflexión.

En efecto, como ya se ha dicho, los refugiados y los apátridas se encuentran en situaciones muy diferentes. El refugiado tiene una nacionalidad conocida. Se halla, en general, en una situación de peligro provocada por una violencia irresistible que, por regla general, no es obra suya. Por esta razón, su situación de víctima inspira cierta compasión, o



simplemente comprensión, lo que puede abrirle las puertas de un Estado de acogida.

No ocurre lo mismo con el apátrida. Al carecer de nacionalidad, no puede viajar al extranjero, salvo que el Estado de acogida considere que es titular de los derechos y obligaciones derivados de la posesión de la nacionalidad de dicho Estado y le expida el correspondiente pasaporte.

En caso contrario, el Estado de acogida que sea parte en la Convención de 28 de septiembre de 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas sólo está obligado a otorgarle “el mismo trato que otorgue a los extranjeros en general”.

Es fácil imaginar que una persona que carezca de nacionalidad y que, en principio, sólo goce en el país de residencia de los derechos que se reconocen a los extranjeros posiblemente tendrá grandes dificultades para encontrar un Estado de acogida, tanto más cuanto que, si es expulsada, lo será por haber menoscabado la seguridad nacional del Estado autor de la expulsión o constituir una amenaza para esa seguridad, o por haber menoscabado el orden público o constituir una amenaza grave para éste.

En opinión del Relator Especial, parece necesario que el Estado autor de la expulsión intervenga en la búsqueda de un Estado de acogida para el apátrida expulsado. Podría contemplarse una intervención de este



tipo cuando conste que el apátrida ha realizado gestiones para su admisión legal en otro país y éstas no hayan dado sus frutos.

La protección de los derechos del expulsado exige no obstante que éste dé su conformidad respecto del país hacia el que será expulsado. Sin embargo, dado que no existe práctica alguna de los Estados en materia de expulsión de apátridas, esta idea se basa únicamente en un análisis de las disposiciones del párrafo 3 del artículo 31 antes citado y, en el mejor de los casos, podría sugerirse como desarrollo progresivo del derecho internacional (Martínez Perez, 2013)

3) Principio de no expulsión colectiva

Las expulsiones colectivas implican la salida forzosa del territorio nacional de un grupo de extranjeros y no de uno solo, con las consecuencias propias de la expulsión en sentido general.

La práctica de dichas expulsiones no es un fenómeno reciente porque en el pasado ha estado estrechamente vinculada a las situaciones de conflicto armado o de grave crisis entre dos Estados, aplicándose tanto en tiempo de paz como de guerra.

En tal sentido, el Gobierno de los Estados Unidos ha practicado dichas expulsiones desde el siglo XIX al margen de los casos de guerra y



en Europa existen casos de expulsión colectiva que se remontan al siglo XVII.

Al margen de las protestas políticas de los gobiernos, tales expulsiones no suscitaron ninguna oposición basada en el derecho internacional. En otras palabras, en aquella época la expulsión colectiva de los extranjeros, incluso en tiempo de paz, no estaba prohibida.

La prohibición de este tipo de expulsiones se produjo mucho más tarde, mediante la modificación de un instrumento regional europeo de protección de los derechos humanos que no preveía nada respecto a esta cuestión: el Protocolo No. 4,55 por el que se garantizan determinados derechos y libertades distintos de aquellos ya incluidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Según el comité de expertos encargado de redactar el proyecto de Protocolo No. 4 del Convenio Europeo, era conveniente incluir esta disposición que no figuraba en el proyecto original a fin de evitar que se repitieran expulsiones masivas “como las que han tenido lugar recientemente”.

En consonancia con lo anterior, la idea de un examen individualizado de la situación de cada miembro de un grupo de personas



objeto de una expulsión, se puso en práctica en algunas expulsiones en masa desde principios del siglo XX.

Debe señalarse, que la exigencia de un examen independiente de cada caso y de la adopción de medidas individuales para cada uno de ellos no implica necesariamente que las autoridades competentes deban adoptar decisiones de contenido diferente.

En efecto, el hecho de que las decisiones de expulsión estén redactadas de manera idéntica no basta por sí solo para considerar que se trata de una expulsión colectiva, con arreglo a los instrumentos jurídicos internacionales pertinentes si cada una de ellas ha ido precedida de un examen concreto de la situación de cada miembro del grupo de personas afectadas.

Como se puede ver hasta aquí, el principio de no expulsión colectiva de los extranjeros está recogido en el derecho positivo regional europeo, interamericano y africano. Por otra parte, a escala universal, parece limitarse únicamente a los trabajadores migratorios y sus familias.

Por otra parte, ya en el siglo XIX se atenuó la tendencia a la expulsión colectiva de nacionales de Estados enemigos en caso de conflicto armado, aunque cabe cuestionarse si dicho principio, en la actualidad, puede aplicarse en el marco de un conflicto armado. Hace



algunos años, en la guerra entre Etiopía y Eritrea de 1998, se practicaron expulsiones colectivas de los nacionales del Estado enemigo.

Como se indicó también en el Segundo Informe, la Comisión de Reclamaciones entre ambos países, basándose en la doctrina de los autores de Oppenheim's International Law, señaló que el derecho internacional humanitario da a los beligerantes amplios poderes para expulsar de su territorio a súbditos del Estado enemigo durante el conflicto.

La Comisión zanjó la cuestión con una fórmula sin paliativos: “Etiopía podía expulsar legalmente a esas personas en su calidad de nacionales de un Estado beligerante enemigo, aunque estaba obligada a asegurarles la protección dispuesta en el Cuarto Convenio de Ginebra y en otras disposiciones aplicables del derecho humanitario internacional.”

Ha de destacarse que esta “norma” no tiene un fundamento claro en el derecho internacional consuetudinario y tampoco puede apoyarse en el derecho internacional humanitario.

En tal sentido es muy significativo que el monumental trabajo de investigación sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario, elaborado bajo los auspicios del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), no contenga, entre las 161 normas recopiladas, ninguna sobre la expulsión colectiva de los extranjeros nacionales de un



Estado enemigo en caso de conflicto armado. Como mucho se puede encontrar una norma 103 del siguiente tenor: “Se prohíben las penas colectivas”.

Si se asimila, *quod non*, la expulsión a una “pena”, o más precisamente a una sanción, de esta disposición debería deducirse más bien una norma de no expulsión colectiva de los extranjeros en cuestión. En otro sentido, las disposiciones pertinentes del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949, establecen lo contrario, formando parte de las personas protegidas con arreglo al Convenio, los civiles extranjeros.

Ciertamente, la distinción entre la expulsión en tiempo de paz y la expulsión en tiempo de guerra parece fundada y, en cualquier caso, existe tanto en la teoría como en la práctica, como afirman los autores de *Oppenheim’s International Law*. Pero estos autores hacen más referencia al derecho que tiene el Estado “a expulsar a todos los nacionales hostiles que residan o se encuentren temporalmente en su territorio”.

Habida cuenta de la necesidad de respetar en todo momento los derechos individuales de la persona, esta postura sólo parece aceptable si los extranjeros en cuestión, como grupo, desarrollan actividades o comportamientos hostiles o peligrosos para el Estado de acogida.

**4) Principio de no discriminación**

Es el postulado por el cual no puede tratarse de forma distinta a dos o más personas utilizando como base o fundamento ciertas características del propio sujeto o del grupo social al que pertenece, en este caso, discriminándose por su nacionalidad, su creencia religiosa o ideas políticas.

5) Principio del respeto de los derechos fundamentales de la persona expulsada

Este principio se refiere a lo que desde un comienzo hemos tratado en esta investigación, que se respeten con la expulsión los Derechos Humanos de cada persona de manera general, con independencia que de que sea una persona natural extranjera o no.

6) Principio que prohíbe la expulsión arbitraria, la obligación de informar y del Estado que expulsa de respetar su propio derecho.

Se trata de prohibir la expulsión arbitraria e ilegal, la cual se ha materializado con la violación de derechos y garantías. Asimismo se vulnera la igualdad ante la justicia y el derecho de propiedad sobre toda clase de cosas y bienes, corporales e incorporales.



Además de que se viola la igualdad entre los Estados y que las normas que rigen la relación entre estos, sean convenios de paz, solidaridad u otros. En resumen, este mínimo de derechos consiste en el respeto de los atributos inherentes a la persona humana y de las normas básicas para asegurar la convivencia entre los Estados que integran la comunidad internacional; y tienen por objeto posibilitarle el desenvolvimiento normal de su existencia como corresponde a todo ser humano que vive en sociedad, indistintamente de sus nacionales o de su condición de extranjero documentado o indocumentado.

La cuestión a la que hay que responder para determinar el alcance de la norma que establece el poder o la facultad de expulsar, es la relativa a los límites que deben aplicarse al derecho de expulsión. La respuesta a esta pregunta básica conlleva dos aspectos bien diferenciados.

El primer aspecto tiene que ver con la naturaleza misma del ordenamiento jurídico internacional, que obliga a que todo principio o norma del derecho internacional sea compatible con los principios fundamentales de ese ordenamiento jurídico; se trata de límites intrínsecos o inherentes al propio ordenamiento jurídico.

El segundo aspecto se refiere a los principios que deben respetarse al ejercer el derecho de expulsión; tales principios constituyen un conjunto de normas de carácter derivado pues proceden del ordenamiento jurídico, en cuyo caso son objetivas y revisten la forma de



normas generales, o adoptan la forma de normas creadas por los sujetos del derecho internacional. (Martínez Perez, 2013)

2.2.5 El tratamiento jurídico de la Expulsión en la legislación peruana

Dentro de lo que se configura el mandato judicial de expulsión del territorio, el Código Penal en su parte general, en el artículo 30° indica que la pena restrictiva de libertad es la expulsión del país, tratándose de extranjeros. Se aplica después de cumplida la pena privativa de la libertad.

En ese sentido, el artículo 303° del Código Penal, manifiesta que el extranjero que haya cumplido la condena expuesta será expulsado del país, quedando prohibido su reingreso.

Por otra parte, en el artículo 82° de la Ley de Migraciones D.L. 1236, considera a la expulsión como una sanción administrativa, más no una resolución judicial, estableciendo que la expulsión obliga al extranjero a abandonar el territorio nacional dentro del plazo que se fije en el Reglamento, y conlleva el impedimento de ingreso al territorio nacional por el plazo de diez (10) años, contados a partir de la salida del país.

Asimismo, esta ley en su artículo 87°, es precisa y clara al indicar que:
“Son conductas infractoras pasibles de sanción de Expulsión, las siguientes:



- a. Realizar trámites migratorios mediante la presentación de documentación falsa o haber proporcionado datos o información falsa.
- b. Por reincidencia en cualquiera de los supuestos de Salida Obligatoria, en un periodo correspondiente al doble de la sanción impuesta.
- c. No cumplir con la salida obligatoria impuesta por infracción administrativa.
- d. Haber ingresado al Perú sin realizar los controles migratorios, pese a tener impedimento de ingreso por salida obligatoria.
- e. Por atentar contra el patrimonio cultural de la Nación.
- f. Realizar actividades que atenten contra la seguridad nacional, el orden público, el orden interno, promover, lucrar o ejercer la prostitución.
- g. Por mandato judicial.
- h. Al obtener la libertad luego de cumplir condena dispuesta por tribunal peruano”

Pero en contraposición a todo esto, la misma ley señala en el artículo 89° sobre la formalización y ejecución de las sanciones migratorias que “las sanciones de salida obligatoria y expulsión se formalizan por resolución de la autoridad migratoria.

Por otra parte, toda persona que invoque la condición de refugiado, puede ingresar al territorio nacional, no pudiendo ser reemplazada, 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.



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

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”

Cabe mencionar al artículo 32° sobre la expulsión, que indica que “La Comisión Especial para los Refugiados es la única entidad competente para determina la expulsión del refugiado, de conformidad con, el Reglamento de la presente ley con lo establecido en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951”.

Con respecto al reglamento de la Ley del Refugiado, el artículo 11° señala que “son funciones de la Comisión Especial las siguientes:

- a) Conocer, evaluar y decidir sobre las solicitudes de refugio, el cese y pérdida de la condición de refugiado, así como la prórroga de la visa pertinente.
- b) Establecer los procedimientos y las regulaciones complementarios a los contenidos en el presente reglamento.
- c) Proponer las políticas sobre refugiados.
- d) Evaluar y recomendar a la Alta Dirección del Ministerio de Relaciones Exteriores las acciones de repatriación voluntaria.



- e) Evaluar y recomendar a la Alta Dirección del Ministerio de Relaciones Exteriores las medidas provisionales a que hace mención el artículo 9 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.
- f) Evaluar, determinar y coordinar con las autoridades migratorias las situaciones de expulsión, contempladas en la Convención de 1951.
- g) Evaluar, proponer y coordinar proyectos de cooperación relativos a refugiados.
- h) Brindar capacitación sobre la recepción, el tratamiento y tramitación de las solicitudes de refugio a los funcionarios competentes.
- i) Desarrollar las acciones necesarias para el cumplimiento de sus objetivos”

Asimismo, en su artículo 12° señala que “La Comisión Especial estudiará en forma preferente los problemas de desocupación, salud, vivienda y educación que afecten a los refugiados reconocidos oficialmente con ayuda y asesoramiento de las entidades nacionales e internacionales competentes, con miras a una solución efectiva y permanente. Para el efecto, se procurarán programas de integración con el apoyo de entidades nacionales, sean públicas o privadas, así como internacionales”

Mientras tanto, lo expuesto en los dos anteriores artículos, contribuye a que dicho reglamento en sus artículos 32°, 33° y 34°, mencionen lo siguiente:

“Artículo 32.- Los solicitantes de refugio, así como aquellos reconocidos como refugiados por el Estado peruano, se encuentran sometidos a la



normativa nacional, por lo que les son aplicables las sanciones penales y administrativas por la contravención a la misma.

Artículo33.- La contravención de las obligaciones propias de la calidad de refugiado, reconocida por el Estado peruano, podrá ser sancionada por la Comisión Especial, debiendo evaluarse cada caso según el criterio de proporcionalidad y buscando la primacía del carácter humanitario propio de la figura del refugio.

Las sanciones serán amonestación oral, amonestación escrita, citación ante la Comisión Especial o de expulsión, dependiendo de su gravedad. No se impondrá sanción alguna que derive en una situación de irregularidad documentaria o migratoria o que implique poner en riesgo la seguridad del refugiado.

Artículo34.- Adicionalmente a lo establecido en los artículos 32 y 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, se procederá a la expulsión de la persona sobre la que existan motivos fundados para considerarla incurso en un grave delito común que debe ser perseguido internacionalmente, en especial, los de terrorismo y tráfico ilícito de drogas.

Sin embargo, si de conformidad con la ley penal vigente y el Derecho Internacional, el Estado Peruano tuviese base de jurisdicción para juzgar a dichas personas, la expulsión será facultativa”



2.2.6 La Expulsión en el Derecho Internacional

En su calidad de derecho aplicable a entidades soberanas, iguales y que “tienen idénticas pretensiones a ejercer una soberanía absoluta”, el derecho internacional es un instrumento esencial para regular la coexistencia entre esas soberanías, a la vez que es el corolario indispensable de dicho principio soberano.

En efecto, en el derecho internacional moderno la soberanía del Estado no puede concebirse en sentido absoluto; la soberanía sólo significa que un determinado Estado no está subordinado a ningún otro y debe respetar las normas mínimas que garantizan, por una parte, que dicho privilegio se reconozca a todos los demás Estados y, por otra, la propia supervivencia del ordenamiento jurídico.

A este respecto, la soberanía del Estado está limitada por una serie de principios intrínsecos a ese ordenamiento jurídico, sin cuyo respeto se pondría en peligro la propia existencia del derecho internacional y la sociedad internacional se vería abocada a la anarquía total.

La facultad discrecional de expulsar está limitada por los principios generales supra citados, que regulan las actividades del Estado en el orden internacional. En efecto, en su calidad de derecho inherente a la soberanía del Estado, el derecho de expulsión se enfrenta naturalmente a esos límites, que son



el conjunto de principios fundamentales que integran el núcleo del sistema jurídico internacional.

Esos límites existen con independencia de otros principios limitadores pertenecientes a determinados ámbitos especiales del derecho internacional, en particular el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados y el derecho de los trabajadores migrantes.

Tales límites son inherentes al ordenamiento jurídico internacional del mismo modo que el derecho de expulsión es inherente a la soberanía. Así pues, dado que el derecho soberano a expulsar no es un derecho absoluto, su validez se determina a la luz de las obligaciones del Estado, ya procedan éstas de la costumbre, los tratados o los principios generales del derecho.

Como se ha señalado, el término “discrecional” que califica la facultad del Estado en materia de expulsión va generalmente acompañado de la idea de que tal facultad no es “arbitraria”, por lo que el Estado no puede abusar de la discreción que se le reconoce en la materia. “Las normas, pues, definen tanto las facultades del Estado como los límites de su autoridad y brindan protección a las personas contra el abuso de esa autoridad”.

No obstante, el Relator Especial considera que debe distinguirse entre los límites inherentes al ordenamiento jurídico internacional, en la medida en que forman parte de los requisitos de cuyo cumplimiento depende la existencia de dicho ordenamiento jurídico, y los límites derivados de ámbitos específicos del



derecho internacional y que forman parte de los requisitos para ejercer el derecho a expulsar. Esos principios intrínsecos que relativizan el derecho de expulsión son, en particular, los siguientes: el principio *pacta sunt servanda*, el principio de la buena fe y la obligación de respetar el *juscogens*, de la que se infiere el principio de que ninguna norma de derecho internacional puede contravenir una norma imperativa.

Se trata de principios que permiten afirmar que el derecho de expulsión es indiscutible, aunque no es una norma absoluta; constituyen la otra cara de la norma.

Cabe agregar que la mayoría de este conjunto de principios, normas o reglas ha sido expresamente reconocido por el Tribunal Internacional de Justicia de La Haya, cuya jurisprudencia los cita bajo la denominación de un derecho internacional común de los extranjeros o de extranjería. (Martínez Pérez, 2013)

Concerniente a lo expresado anteriormente, en el Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, señala en su artículo 32° que “los Estados Contratantes no expulsarán a refugiado alguno que se halle legalmente en el territorio de tales Estados, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público.

Asimismo, en el artículo 33° acerca de la Prohibición de expulsión y de devolución, expone que:



“1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno aun refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

En ese sentido, el artículo 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) establece: “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”.

El artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST) dispone, en su parte pertinente: “No se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requirente”. Ni la Corte ni la Comisión han abordado de manera específica estas disposiciones en su jurisprudencia.



Sin embargo, la Comisión sí consideró el principio de no devolución en el caso Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros c. Estados Unidos. Este caso trataba sobre la repatriación de ciudadanos haitianos contra su voluntad por parte de los Estados Unidos.

Si bien los Estados Unidos no han ratificado ni la CADH ni la CIPST, la Comisión determinó de todas formas que “la acción del Gobierno de los Estados Unidos al interceptar haitianos en alta mar, transbordarlos a embarcaciones de su jurisdicción y devolverlos a Haití, exponiéndolos a actos de brutalidad en manos de los militares haitianos y sus partidarios, constituye una violación del derecho a la seguridad de los refugiados haitianos” consagrado en el artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

En su “Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado”, la Comisión estableció algunos de los requisitos que deben cumplirse antes de realizar cualquier expulsión.

Nuevamente, la Comisión basó sus conclusiones en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, ya que Canadá tampoco ha ratificado la CADH ni la CIPST. Estos requisitos incluyen el acceso a la revisión judicial o administrativa de las decisiones, así como a la revisión del fondo de los casos individuales y las situaciones de los países, hasta el momento de



realizarse la devolución.⁵ (Asociación para la Prevención de la Tortura (APT) y
Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), 2008)



SUBCAPÍTULO III

2.3 EL ESTATUTO JURÍDICO DEL REFUGIO EN LA DOCTRINA Y LEGISLACION

2.3.1. El Estatuto Jurídico

El estatuto jurídico, viene a ser un reglamento; para la Real Academia española es un régimen jurídico al cual están sometidas las personas o las cosas en relación con la nacionalidad o el territorio, régimen jurídico que determina en consideración a la nacionalidad o condición personal del sujeto.

Por otra parte el estatuto formal tiene aplicación absoluta en materia penal, porque los delitos se juzgan y castigan en el lugar y según las leyes del país donde se han cometido.

En el estatuto personal, en el Derecho Internacional, es el régimen jurídico que regula la nacionalidad, condición y capacidad de las personas ante el conflicto internacional de leyes. (Flores Polo, 1984).

En ese sentido, una vez que el solicitante ha obtenido el reconocimiento de su condición de refugiado conforme al Convenio de Ginebra de 1951, accede a



lo que se conoce como el estatus de refugiado. Dicho estatuto legal de refugiado conlleva una serie de derechos y obligaciones para el refugiado.

El reconocimiento por parte del Estado “de acogida” de la condición de refugiado a una persona es meramente declarativo, y no constitutivo. El Estado “de acogida” declara que una persona cumple los requisitos exigidos por la Convención de Ginebra para obtener el estatuto de refugiado.

Por ello, el convenio de 1951 guarda silencio respecto a la situación de aquel refugiado que obtuvo el estatuto legal de refugiado en un Estado, y posteriormente establece su residencia en otro Estado Parte. Se entiende que este último Estado no tiene obligación de mantenerle la condición de refugiado, pues puede seguir criterios más estrictos en la determinación de la condición legal de refugiado.

En este sentido, cabe señalar que la concesión del estatuto legal de refugiado por parte de un Estado no tiene efectos extraterritoriales.

La excepción a lo anteriormente señalado, es el caso de los títulos de viaje otorgados por el Estado “de acogida”, que son legalmente oponibles respecto de los demás Estados Parte. En este punto, el refugiado se beneficia de un reconocimiento internacional de su estatuto.

El estatuto legal de refugiado conlleva el reconocimiento de unos derechos y la asunción de una serie de obligaciones. La Convención de Ginebra



de 1951 recoge los derechos de los refugiados en los Arts. 3 a 34. Por su parte, el Art.2 del Convenio establece la obligación para los refugiados de acatar las leyes y medidas que se adopten con el objeto de mantener el orden público en el Estado “de acogida”.

Por lo que respecta al distinto alcance de los derechos de los refugiados, podríamos hablar de tres estadios diferentes. En ocasiones, los derechos de los refugiados se reconocen en las mismas condiciones que para cualquier extranjero (como por ejemplo, el Art. 13 que contempla el derecho a adquirir bienes muebles e inmuebles). En otros casos, el derecho de los refugiados alcanza al trato más favorable otorgado a los extranjeros en general (tal y como se recoge en el Art.15 respecto al derecho de asociación).

Por último, existen ciertos derechos reconocidos a los refugiados en las mismas condiciones que a los nacionales (tal es el caso del Art. 4 sobre la libertad religiosa).

A continuación se tratarán dos aspectos de especial relevancia respecto al estatus individual de refugiado: el estatuto personal de los refugiados y una serie de obligaciones del Estado en favor de los refugiados nacidos del Convenio de 1951.



a. El estatuto personal de los refugiados

El estatuto personal del refugiado viene regulado en el Art. 12 del Convenio de 1951. El criterio contemplado en dicho precepto es el de la aplicación de la Ley del domicilio, o subsidiariamente, de la residencia; que serán los que regulen el estatuto personal de las personas que hayan obtenido el estatuto legal de refugiado.

En este sentido, tal y como señala (Garrido, 1991), “los refugiados se asimilan a los nacionales del país de su residencia efectiva para las cuestiones que tienen que ver con su estatuto personal y sus derechos civiles”. Se trata del domicilio equiparado al lugar de residencia efectiva del refugiado.

El segundo párrafo del Art. 12 señala que los refugiados no perderán los derechos anteriormente adquiridos en su país de origen, aunque hayan roto cualquier tipo de nexo con dicho país (del que pueden seguir siendo nacionales o haber perdido dicha nacionalidad).

El mencionado párrafo segundo hace especial referencia a los “derechos inherentes al matrimonio”. En este sentido, (Rotaeché, 1997), recogiendo la jurisprudencia de los Estados, señala que los cónyuges poseen el derecho a divorciarse en el país de refugio conforme a las leyes de tal país, aun cuando en su país de origen el divorcio no fuera legal o no se reconocieran las causas aducidas por los cónyuges como causas de divorcio.



b. Obligaciones del Estado en favor de los refugiados

Existen una serie de obligaciones de cumplimiento irrenunciable por parte del Estado en favor del refugiado que se regulan en los Arts. 28, 31, 32 y 33 de la Convención de 1951.

El Art. 28 contempla la obligación del Estado de entregar los títulos de viaje a los refugiados. Debido a que el refugiado carece de la protección de Gobierno de su país de origen, lo normal será que no posean un pasaporte nacional. Por ello, el Estado de refugio debe proporcionarles un título de viaje. Con ello, el refugiado va a poder trasladarse fuera del territorio del Estado de refugio, ya que -como he señalado- dichos títulos son legalmente oponibles respecto de los demás Estados contratantes.

Lo anterior se puede relacionar con el Art. 26 que contempla la libertad de circulación del refugiado dentro del territorio del Estado de refugio. Dicho precepto señala que el refugiado podrá escoger su lugar de residencia en el territorio de ese Estado y viajar libremente por él.

Asimismo, en la mayoría de los países, aquellas personas que han obtenido la condición de refugiado, van a obtener un permiso de residencia, bien permanente o bien temporal y renovable. En este sentido, la residencia puede ser una fase previa a la obtención de la nacionalidad del país de refugio para aquellos casos en que la repatriación no sea posible.



Ahora bien, la obtención de la nacionalidad del Estado de refugio es un aspecto que escapa al Convenio de Ginebra, y tiene que ver más con el derecho interno de cada Estado. Efectivamente, la obtención de la nacionalidad no es un derecho del refugiado, sino que es un favor que el Estado de refugio se reserva a conceder o no a las personas que reúnen las condiciones legalmente exigidas por el derecho interno de cada Estado.

Por lo que respecta al Art. 31, dicho precepto prohíbe a los Estados Parte sancionar las entradas ilegales de los refugiados que viene directamente del país donde su vida o libertad están amenazadas por las razones que prevé el Convenio, siempre y cuando se presenten directamente ante las autoridades del Estado “de acogida”. Ello, no obliga al solicitante de refugio a solicitarlo de forma inmediata una vez que ha llegado al país de acogida; sino que dicha exigencia de inmediatez sólo se refiere respecto a la prohibición de no imponer sanciones por la entrada o estancia ilegal.

Por su parte, el Art. 32 de la Convención de Ginebra garantiza a los refugiados que no serán expulsados del Estado de refugio, salvo por razones de seguridad nacional u orden público.

En este sentido, el Art. 32 exige al refugiado que se encuentre legalmente en el territorio del Estado de refugio (que posea el estatuto legal del refugiado), para prohibir su expulsión a un país diferente del perseguidor. La expulsión al país perseguidor violaría además el Art. 33 de la Convención, que a continuación se señala.



Efectivamente, el Art. 33 contempla la obligación de non-refoulement (ya tratada en este trabajo). Dicha obligación prohíbe la expulsión o devolución del refugiado al territorio de un Estado “donde su vida o libertad corre peligro por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o por sus opiniones políticas”. Se trata del concepto legal de refugiado de la Convención de Ginebra.

Por último, cabe señalar que el párrafo segundo del Art. 33 contempla una excepción a la obligación de non-refoulement. Efectivamente, la obligación de non-refoulement carecerá de aplicación para aquel refugiado que “sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentre, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”.⁶⁹ Sin embargo, dicha excepción debe ser interpretada de forma restrictiva para no vaciar de contenido la obligación de nonrefoulement (Perez Barahona, 2003)

2.3.2. Reseña Histórica del Refugio

El fenómeno de los refugiados, como un fenómeno de relevancia, comienza a inquietar a la Comunidad internacional al término de la Primera guerra mundial. Es en esta época, y en el seno de la Sociedad de Naciones, cuando comienzan a parecer los primeros convenios sobre refugiados. Sin ánimo exhaustivo, podemos destacar la Convención de 28 de octubre de 1933 sobre



“La Condición de los Refugiados rusos, armenios y asimilables”, fruto de los acuerdos adoptados anteriormente para los refugiados rusos y armenios. Dicha Convención de 1933 reconoce por primera vez la obligación de non-refoulement que, sucintamente, consiste en que el Estado donde el demandante de asilo pretende que se le dé refugio, no devuelva al refugiado a su Estado de origen, donde su vida o libertad corren peligro.

Posteriormente, se concluyen una serie de acuerdos que van a regular la situación de refugiados de origen alemán: “Arreglo Provisional relativo a la condición de los refugiados procedentes de Alemania” (1936), “Convención concerniente a la Condición de los refugiados procedentes de Alemania” (1938) y “Protocolo Adicional al arreglo provisional y a la Convención” (1939).

En definitiva, se puede comprobar que se trata de instrumentos que tratan de solucionar problemas de refugiados en casos concretos. Son Convenios, Acuerdos o Arreglos “sectoriales” que no ofrecen una visión global del problema de los refugiados.

En una etapa anterior al Convenio de Ginebra de 1951 se comienzan a utilizar criterios individuales en la determinación de la condición de refugiado, ya que hasta entonces la protección se dirigía a grupos de personas: rusos, alemanes, etc.

Como consecuencia de la Segunda guerra mundial, el problema de los refugiados alcanza gran relevancia dentro de la Comunidad internacional. En



principio, se considera que se trata de un problema transitorio motivado por los desastres de la Segunda guerra mundial.

Será en esta época de la segunda postguerra mundial cuando Naciones Unidas cree la Organización Internacional para los Refugiados (OIR) en 1946.

Posteriormente dicha organización se transformará en el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) mediante Resolución 319 (IV) de 3 de diciembre de 1949.

Seguidamente, la Asamblea General de NU por Resolución 428 (V) de 14 de diciembre de 1950 adopta el Estatuto de Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Refugiados, encargado de proteger legalmente a los refugiados, sin ningún tipo de límites por su origen.

Sin embargo, no será hasta 1951 cuando se convoque la Conferencia de Plenipotenciarios que, reunidos en Ginebra de 2 al 25 de julio de 1951, adopten el Convenio de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, que entrará en vigor en 1954.

En principio, se trata de un Convenio que pretende dar solución al problema de refugiados creado por la Segunda guerra mundial. Ello cabe deducirlo por los límites (temporal y espacial) que se incluyen el concepto de refugiado.



Por su parte, el Convenio de Ginebra de 1951 establece la condición de refugiado de la que, en principio, sólo se van a poder beneficiar aquéllos que sean refugiados como consecuencia de acontecimientos ocurridos con anterioridad al primero de enero de 1951 (límite temporal). Asimismo, la Convención permite a los Estados proteger a los refugiados que provengan de cualquier parte del mundo, o hacerlo únicamente respecto de aquéllos que procedan de Europa (límite espacial).

Así, como vemos, a pesar de que la Convención de Ginebra poseía una perspectiva más global de la problemática de los refugiados que los Convenios elaborados en la época de la Sociedad de Naciones, también estaba dirigido a solucionar la situación de los refugiados como consecuencia de la segunda gran guerra o de la guerra fría.

Ahora bien, debido a propio devenir de los acontecimientos, que demostraron que el problema de los refugiados no era una cuestión transitoria, el Protocolo Adicional al Convenio firmado en 1967 eliminó el límite temporal. Sin embargo, el límite espacial sólo fue eliminado en parte, ya que el Protocolo sólo contempla la supresión de dicho límite geográfico respecto de las nuevas adhesiones (Estados que no son parte de la Convención), manteniéndose para quienes ya fueran parte del Convenio y quieran adherirse al Protocolo de 1967.

Dicha limitación, que podría tener sentido en aquella época, debido a que el Convenio había nacido para afrontar el problema de los refugiados como



consecuencia de la Segunda guerra mundial en Europa, carece hoy en día de toda justificación.

Como ya he señalado, la Convención de Ginebra de 1951 regula el estatuto de refugiado. Sin embargo, a pesar de lo establecido en el Art. 14 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 sobre el derecho a buscar y disfrutar asilo en otros Estados si se sufre persecución, dicho derecho de asilo no es recogido en el Convenio de Ginebra de 1951.

El concepto de refugiado que recoge el Convenio de 1951 es de corte individualista, y en el mismo no se hace referencia alguna al derecho de asilo; salvo en el Acta Final de la Conferencia y en el Preámbulo del Convenio. Por ello, tal y como señala (Martín y Pérez de Nanclares, 2002), del texto ginebrino no cabe, en forma alguna, derivar “un deber general de Derecho Internacional Público que obligue a los Estados a garantizar el asilo a todo extranjero que lo solicite, sino únicamente de la codificación del más modesto principio del non refoulement”.

Efectivamente, el Convenio de Ginebra no proporciona al individuo un derecho subjetivo al asilo, sino que el derecho de asilo sigue siendo una competencia soberana de cada Estado. Por contra, el Art. 33 del Convenio de 1951 sí ha “positivizado” el principio u obligación de non-refoulement, que como obligación de Derecho internacional general, impide a un Estado enviar al extranjero, a un país en el que pudiera sufrir violación de sus derechos humanos fundamentales. Pero sobre la obligación de non-refoulement -como obligación



de Derecho internacional general, y más concretamente como obligación recogida en el Convenio de 1951- hablaré en el siguiente apartado.

Por último, cabe señalar que la Asamblea General de NU aprobó mediante Resolución 2312 (XXII) de 14 de diciembre de 1967 una Declaración sobre Asilo Territorial en la que también se contemplaba la obligación de non-refoulement. Sin embargo, la Conferencia de NU que trató de convertir dicha Declaración en un tratado internacional sobre el asilo territorial en 1977 fracasó; por lo que -como ya he señalado- no hay ningún texto internacional que regule el asilo territorial. (Perez Barahona, 2003)

2.3.3. El Refugio en la doctrina

Después de la Primera Guerra Mundial, la Sociedad de Naciones nombró en 1921 al Delegado de Noruega, Fridjof Nansen, Alto Comisionado para los Refugiados. Desde entonces se inició la protección internacional de diversos grupos. Situación que intensificó la necesidad de crear una sociedad de naciones más eficaz y capaz de resolver los conflictos de manera pacífica.

Es así como después del crimen que se cometió en contra de millones de judíos en la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) es que nace la ONU en 1945 y dos años más tarde, en 1947, se crea la Organización Internacional para Refugiados (OIR) con carácter provisional. En 1949 la AGONU designó un Alto Comisionado de la ONU para los refugiados y en 1951, se aprobó en la Convención de Ginebra el Estatuto sobre los Refugiados.



Así mismo por refugiado se entiende a aquella persona que debido a temores fundados de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad o pertenencia a determinado grupo social se encuentra fuera de su país de origen y no puede acogerse a la protección de dicho país. (Flores, 2013)

Por otro lado, el “refugio” se ha configurado como una clase particular de asilo. Dentro de la categoría del refugio, podemos distinguir lo que denominaríamos refugio estatutario y refugio de hecho. El refugio estatutario sería aquél que se contempla en el Convenio de Ginebra de 1951 como concepto de refugiado. Por otro lado, fuera del “reducido” concepto de refugiado según el Convenio de Ginebra de 1951 se producirían figuras no contempladas en el mismo, que constituyen lo que se conoce como refugiado de hecho.

Según el Convenio de 1951, el refugiado es una persona que sufre o tiene fundados temores de sufrir persecución individualizada por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social o por opiniones políticas, encontrándose fuera de su país y sin querer regresar a él. Se trata de estatuto legal de refugiado contemplado por el Convenio de 1951.

Sin embargo, en las últimas décadas han surgido una gran cantidad de situaciones “atípicas” que escapan al concepto de refugiado que ofrece la Convención de Ginebra. Se trata de situaciones de refugiados de hecho, que carecen de un estatuto legal de refugiado, entre las que se encuentran figuras



como los refugiados “en órbita”, los refugiados de facto, los refugiados en masa y los desplazados.

A pesar de la diferencia existente entre el asilo y el refugio, la aparición de estas nuevas situaciones “atípicas” ha llevado a una asimilación de ambas instituciones jurídicas. Sin embargo, la diferencia básica estriba, como señala (Rotaeché, 1997), en que el derecho de asilo territorial es una facultad soberana de los Estados, que consiste en dar protección en su territorio a extranjeros o apátridas, cuando el Estado de su nacionalidad u origen se la deniega o no puede garantizársela.

Por el contrario, el refugio es una institución jurídica internacionalmente regulada, ya que los Estados, en base al Convenio de Ginebra de 1951, han asumido una serie de obligaciones en esta materia.

El estatuto de refugiado establecido en la Convención de 1951 y en su Protocolo de 1967 ha cristalizado en un concepto de refugiado de Derecho internacional general, ampliamente aceptado por la Comunidad internacional y por la doctrina ius internacionalista. (Perez Barahona, 2003)

2.3.4. Concepto de Refugiado

El concepto de refugiado viene recogido en el Art. 1 de la Convención de Ginebra. Su apartado A.236 señala que: “A los efectos de la presente Convención , el término “refugiado” se aplicará a toda persona que debido a



fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”.

A continuación, un análisis de los elementos que integran el concepto de refugiado conforme al Art. 1.A.2) de la Convención de 1951.

a. El término refugiado se aplicará a toda persona

La primera parte de la definición del concepto de refugiado hace referencia, tal y como señala (Arribas, 2000), al derecho a solicitar el estatuto de refugiado que es una facultad que concierne a la persona física, no jurídica, y que puede o no llegar a utilizar. La principal conclusión que se deriva de este concepto es que la aplicación del término refugiado se hará individualmente, caso por caso, considerando a cada persona individualmente.

Por tanto, el término refugiado conforme al Convenio de 1951 no se va a aplicar a grupos de personas, como pueden ser los refugiados en masa o los desplazados.

Del mismo modo, esta definición de refugiado contiene una dimensión jurídica, por lo que van a quedar excluidos de la misma aquellas situaciones de



los denominados refugiados de facto, que carecen de un estatuto legal de refugiado.

En definitiva, la solicitud de concesión del estatuto de refugiado va a ser analizada individualmente, teniendo en cuenta el caso concreto del que se trate.

b. Que debido a fundados temores de ser perseguida

La cuestión fundamental en este punto es que para que una persona pueda obtener el estatuto legal de refugiado debe tener fundados temores de ser perseguido en el país del que huye.

Se trata de una cuestión ampliamente estudiada por la doctrina. El elemento clave reside en la distinción entre un factor subjetivo y otro objetivo.

Por una parte la noción de “temor” es evidentemente subjetiva. Una persona determinada puede sufrir temor a ser perseguido en unas concretas circunstancias; mientras que otra, ante las mismas circunstancias puede perfectamente carecer de dicho temor. En este sentido el “Manual de procedimiento y criterios para determinar la condición de refugiado” (en adelante, “Manual”) hace referencia a un análisis tanto de las reacciones psicológicas del individuo como de la verosimilitud de las declaraciones hechas.

El elemento del “temor” -claramente subjetivo- está complementado con el término “fundados”. Ello conlleva, que en la determinación de la condición de



refugiado no va a jugar únicamente un estado de ánimo, sino que requiere que dicho temor esté fundado en una situación objetiva.

En este sentido, las autoridades del Estado “de acogida” valorarán la situación del país de origen del demandante de asilo. Tal y como señala el “Manual”, el temor debe ser considerado como fundado, si el demandante puede demostrar que “la vida se ha convertido en intolerable para él en su país de origen por las razones indicadas en la definición, o que lo sería, por las mismas razones, si regresara”.

En este sentido, por lo que respecta al ámbito español, es preciso señalar que el Art. 8 de la Ley de asilo española ha propiciado la doctrina de los “indicios suficientes”. Esta doctrina, elaborada por el Tribunal Supremo, habla de la necesidad de que el demandante de asilo aporte indicios suficientemente acreditativos de que concurren en él causas objetivas de sufrir, o poder sufrir, persecución. Esta postura fue suavizada por el Tribunal Supremo en 1988, ya que el Tribunal Supremo señaló que no es posible una prueba plena respecto al elemento objetivo, haciendo hincapié en la valoración del elemento subjetivo.

Ahora bien, tal y como señala (Rotaeché, 1997), la jurisprudencia de los diferentes Estados concede más valor al elemento objetivo, y otorgan el estatuto de refugiado en base a lo bien fundado que esté el “temor de persecución”.

Otra de las cuestiones controvertidas dentro de la doctrina y la jurisprudencia es el propio concepto de persecución. Como punto de partida



cabe señalar que la Convención de Ginebra no exige haber sufrido persecución anteriormente, sino sólo tener miedo fundamentado a sufrirla en caso de regresar al país de origen. Pero, del hecho de haber sufrido persecución, si no se teme sufrirla en un futuro, tampoco se deduce ipso facto que se le reconozca el estatuto de refugiado.

La propia definición no define qué se debe entender por “persecución”. Existe la duda de si por “persecución” debe entenderse “la amenaza por la vida o la libertad” que señala el Art. 33 sobre la obligación de non-refoulement. En este sentido, todo refugiado va a poderse beneficiar del non-refoulement y viceversa. O, por el contrario, sólo se va a entender por “persecución” ciertas amenazas a la vida o a la libertad.

Con ello, se podrá dar el caso de que existan personas protegidas por non-refoulement, que sin embargo no sean consideradas como refugiadas conforme al Art. 1 de la Convención de Ginebra.

En cuanto a la persecución, haré referencia brevemente a tres aspectos relevantes de la misma. La primera cuestión hace referencia a la práctica estatal que, en ocasiones, ha interpretado el concepto de persecución exigiendo que tal persecución sea individualizada. Sin embargo, tal y como señala (Rotache, 1997), tal interpretación es errónea, ya que “es indiferente que lo sea individualmente o por grupo”.



Una segunda cuestión es lo que se conoce como la alternativa de la “huida interna”. Con este concepto se ha entendido que quien tiene “temores fundados de persecución” en una parte de su territorio, debe buscar en primer lugar protección en otra parte de su Estado en la cual no tema dicha persecución.

La jurisprudencia ha utilizado esta posición para denegar la condición de refugiado; sin embargo, la postura de la doctrina es contraria a esta posibilidad por las dificultades que encierra.

Por último, cabe señalar que no es necesario que sea el Estado quien persiga al refugiado, sino que es suficiente con que el Estado no proteja, no quiera o no pueda proteger, a aquél de ser perseguido por otros grupos diferentes del Estado.

En primer lugar, cabe señalar que cualquiera de las razones que señala el Art. 1.A.2) del Convenio de Ginebra por las que un refugiado tenga temores fundados de sufrir persecución constituyen violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales conforme se protegen según el Derecho internacional.

Estas razones son el fundamento o los indicios suficientes sobre los que el demandante de asilo basa, de una forma fundada, su temor a ser perseguido. Las autoridades estatales concederán el estatuto de refugiado a la vista de estas razones.



En cuanto a la raza, ésta debe ser entendida en un sentido amplio. Así, lo ha puesto de manifiesto el Consejo de la Unión Europea, quien propone incluir en el concepto de raza la pertenencia a los diferentes grupos étnicos.

En este sentido, es oportuno tener en cuenta la regulación del Art. 1 del Convenio para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, que incluye dentro de la “discriminación racial”, las discriminaciones basadas en “raza, color, descendencia, u origen nacional o étnico”.

En cuanto a la religión, la misma posición común 96/196/JAI, de 4 de marzo de 1996, del Consejo⁵⁰, establece un concepto amplio de religión, dando cabida tanto a las creencias teístas, no teístas o ateas. Sin embargo, no es suficiente pertenecer a una comunidad religiosa, sino que deben producirse discriminaciones graves basadas en las convicciones religiosas del individuo.

Por lo demás, se debe tener en cuenta el Art. 18 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948 y el Art. 18 del Pacto del Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Por lo que respecta a la nacionalidad, conforme al “Manual” del ACNUR y la posición común del Consejo de 1996, debemos entender la nacionalidad no sólo como “ciudadanía” o “nacionalidad jurídica”, sino como la pertenencia dentro de un mismo Estado de un grupo diferenciado por su identidad cultural o lingüística o por sus relaciones con la población de otro Estado.



En este concepto amplio de nacionalidad también deben ser incluidos aquéllos que carecen de nacionalidad, los apátridas.

La pertenencia a un determinado grupo social se entiende como la pertenencia a “un grupo que tiene un mismo origen y el mismo modo de vida o el mismo status social”. Ahora bien, no es suficiente el mero hecho de pertenecer a un grupo social, sino que deben existir indicios de la “enemistad” de las autoridades gubernamentales respecto a dicho grupo, porque la existencia del grupo suponga un obstáculo de la política gubernamental, y de que se vulneren los derechos fundamentales recogidos en los instrumentos jurídicos internacionales.

Por último, en cuanto a las opiniones políticas, éstas deben entenderse en un sentido amplio. La libertad de opinión pública viene garantizada por el ordenamiento internacional. Sin embargo, el hecho de que una persona mantenga opiniones contrarias a las de las autoridades gubernamentales no conlleva el reconocimiento del estatuto de refugiado. Por ello, la posición común 96/196/JAI, de 4 de marzo de 1996, definida por el Consejo, establece una serie de requisitos cualificados que suponen indicios para demostrar la existencia de un conflicto político entre el refugiado y el Gobierno de su país de origen.

En cuanto a las opiniones políticas, haré referencia por último a lo que en la doctrina se conoce como “Republikflucht”. Dicho término hace referencia al hecho de que la salida de una persona de un país -su huida- constituya un delito político, por lo que si el individuo regresara a dicho Estado sería perseguido.



Pues bien, la jurisprudencia alemana incluye este supuesto como válido para otorgar la condición de refugiado conforme al Convenio de Ginebra de 1951.

d. Se encuentra fuera del país de su nacionalidad

El solicitante de asilo que pretenda le sea reconocido la condición de refugiado conforme al Convenio de Ginebra debe estar fuera del país de su nacionalidad. Se trata de un requisito imprescindible, puesto que en principio la protección internacional no es operativa en el territorio del Estado de origen. En este ámbito la nacionalidad tiene un sentido restrictivo, y se refiere únicamente a la nacionalidad jurídica.

El primer paso será determinar la nacionalidad del refugiado, que se hará mediante un pasaporte o cualquier otro documento identificativo. En caso de que carezca de éstos, las autoridades estatales deberán realizar las investigaciones precisas para determinar la nacionalidad del refugiado.

En el caso de que el solicitante de asilo posea más de una nacionalidad se estará a lo dispuesto en el Art. 1.A.2) del Convenio de 1951. Dicho precepto señala que la persona debe buscar protección en cualquiera de los Estados del que es nacional, por lo que no cabría la concesión del estatuto de refugiado ni la protección internacional.

Por último, haré referencia a la situación de lo que se denomina refugiados “sur place” o “in situ”. Se trata de los supuestos en los que la



condición de refugiado es “sobrevvenida”. Es decir, es el caso de aquellos refugiados que no abandonaron ilegalmente su país, sino que estando residiendo en el extranjero, y a causa de circunstancias sobrevvenidas (golpe de Estado, guerra civil), no pueden regresar a su país, y se convierten en refugiados.

Dichos refugiados estarán amparados por el Convenio de Ginebra, ya que en éste sólo se señala la necesidad de que el refugiado esté fuera de su país.

e. Y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país.

Lo fundamental de este requisito a la hora de la determinación del status de refugiado es que se encuentre en una situación de desprotección. Ahora bien, esta condición posee dos elementos: uno objetivo y otro subjetivo.

El elemento objetivo hace referencia al hecho de que el solicitante no pueda acogerse a la protección del Estado de origen, cuestión que escapa a la voluntad subjetiva del individuo y tiene que ver más con la realidad de los hechos.

Sin embargo, el hecho de que el solicitante no quiera acogerse a la protección del Estado de origen por tener fundados temores de ser perseguido es una cuestión subjetiva del individuo y en el que el aspecto probatorio será más problemático.



En este ámbito se pueden situar los casos de aquellos solicitantes que no quieran acogerse a la protección del país de su nacionalidad por temor a ser condenado a penas por causas de objeción de conciencia, insumisión o deserción.

En principio, el temor no es suficiente para que se le conceda el estatuto de refugiado por tales causas, a no ser de que se produzca persecución en las condiciones mismas de cumplimiento de las obligaciones militares; o dichas obligaciones militares impliquen la realización de acciones contempladas en la cláusula de exclusión del Art. 1.F de la Convención de Ginebra.

f. O que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

Esta última condición de cierre del sistema contempla la situación de los apátridas que solicitan, frente al Estado de acogida, que se les reconozca la condición de refugiados. Pues bien, en este ámbito lo relevante es que el criterio de la residencia sustituye al de la nacionalidad, puesto que la solicitud de refugio la presenta porque ha perdido la protección del país donde habitualmente residía, y del que ha salido.

Para terminar el apartado referente al concepto de refugiado haré mención al principio de unidad familiar. El Convenio de Ginebra de 1951 no recoge dicho concepto.



Sin embargo, la recomendación establecida en el Acta Final de la Conferencia sí que aboga por el mantenimiento de la unidad de la familia del refugiado. (Perez Barahona, 2003)

2.3.5. El Refugio en la legislación peruana

En el Perú, el artículo 46° de la Ley de Migraciones D.L. 1236, manifiesta que el asilo y el refugio son estatutos jurídicos otorgados por el Estado peruano para la protección de sus titulares, los que se verán reflejados en las correspondientes categorías migratorias.

Los solicitantes de estos estatutos jurídicos no requieren visa para su admisión y permanencia en el territorio nacional.

Asimismo, dicha norma indica que al refugiado le son aplicables, en materia migratoria, las disposiciones contenidas en las normas o los instrumentos internacionales de los que el Perú es parte, y la normatividad especial vigente.

Respecto a la competencia del caso, en el artículo 47°, la norma es clara y precisa al indicar que el Ministerio de Relaciones Exteriores, previa calificación y de conformidad con la Constitución Política del Perú, las leyes y los Tratados y Convenios Internacionales de los cuales el Perú es parte podrá otorgar el



estatuto de asilado y refugiado a los extranjeros que lo soliciten y determinará la pérdida de lamisma.

Por otro lado, en el artículo 48°, respecto a la salida del país de los refugiados, señala que el Ministerio de Relaciones Exteriores puede autorizar la salida temporal del país de un asilado o refugiado sin pérdida de su estatuto ni categoría migratoria, para lo cual expide el documento de viaje de conformidad con la normatividad especial vigente.

Además de ello, la norma en su artículo 50°, nos indica que existe un deber de protección al refugiado, es decir que a solicitud del Ministerio de Relaciones Exteriores el Ministerio del Interior debe adoptar las medidas de protección necesarias para garantizar la seguridad de los asilados y refugiados en el territorio nacional, de conformidad con la normatividad especial vigente.

Por ello, se hace énfasis en manifestar que el Ministerio del Interior, es quien se hace cargo y responsabiliza de la situación legal y social de la persona en condición de refugiado. (Decreto Legislativo N° 1236, 2015)

Consecuentemente a todo ello, dentro de los principios contenidos en el título preliminar de dicho decreto, el artículo III, es fundamental con relación a aquellas personas extranjeras que solicitan el refugio, debido a que se manifiesta a favor del Respeto a los derechos fundamentales e indica lo siguiente:



En atención al respeto de la dignidad de toda persona humana conforme a la Constitución Política del Perú, el Estado garantiza al extranjero el respeto por sus derechos fundamentales conforme a lo previsto en el marco normativo vigente.

Además de ello, en el artículo IV, referente al Principio de Integración del Migrante, este señala que el Estado promueve la integración del extranjero y su familia a la sociedad y cultura peruana.

Por lo que se entiende que el estado peruano, incorpora al extranjero como parte del mismo, no es excluido, y en vez de mantenerlo al margen, colabora en su integración en la sociedad.

Así mismo, en concordancia al párrafo anterior, en el artículo X, la norma señala el Principio de Unidad migratoria familiar, en la cual el Estado garantiza, promueve y vela por la unidad familiar de los extranjeros y nacionales.

Por otro lado, también dicho decreto, en su artículo XI, sobre el Principio de Formalización migratoria, indica que el Estado promueve las medidas necesarias para la formalización de los extranjeros que deseen ingresar y permanecer en el territorio nacional.

Así mismo, favorece la regularización migratoria como acción permanente que facilite la protección de la persona humana y prevenga o corrija



situaciones de vulneración o afectación a la dignidad humana así como de sus derechos y libertades.

Respaldao a lo anterior, el artículo 1° de las disposiciones generales, indica que el objeto de esta ley es regular el ingreso y salida de los nacionales y extranjeros, así como la permanencia y residencia de los extranjeros en el territorio nacional.

En ese sentido, existiría cierta concordancia con el artículo 8° de dicha ley, que manifiesta el reconocimiento de los derechos fundamentales al extranjero, mencionando que el Estado le reconoce al extranjero el goce y ejercicio de los derechos fundamentales, tales como el derecho de acceso a la salud, la educación y el trabajo, en igualdad de condiciones que al nacional, observando las condiciones para su ejercicio, conforme a lo previsto en el presente Decreto Legislativo y demás disposiciones especiales del marco normativo vigente, salvo las prohibiciones y limitaciones establecidas por la Constitución Política del Perú y las leyes especiales.

Cabe resaltar que la Constitución Política del Perú vigente, señala sobre los derechos fundamentales de la persona en su artículo 1° que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del estado, igualmente en el artículo 2° numera 11, nos indica que toda persona tiene derecho a la vida, su identidad, su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. (Bernaes Ballesteros, 1996).



De esa manera, todo lo mencionado anteriormente, se respaldaría en el artículo 51° de la Constitución, que indica que la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre normas de menor jerarquía, y así sucesivamente, por lo que a esto, también se sumaría el artículo 55°, sobre los tratados internacionales y convenios que el Perú ha suscrito, por lo que los tratados celebrados por el Estado y en vigor, forman parte del derecho nacional. (Bernaes Ballesteros, 1996)

A todo ello, según Ballesteros (1996), la Constitución en su artículo 138°, es clara al momento de mencionar que el órgano jurisdiccional o el Poder Judicial, en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma Constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

Por otra parte, con relación a la protección de personas extranjeras en situación de vulnerabilidad, el D.L.1236, en su artículo 17°, es preciso en mencionar que la autoridad migratoria pone en conocimiento de las autoridades competentes aquellos casos de niños, niñas y adolescentes, mayores de edad con discapacidad, miembros de poblaciones indígenas y otros que se encuentren en situación de vulnerabilidad; así como de víctimas de presuntos delitos de trata de personas y tráfico de migrantes, y quienes requieren protección en atención a una grave amenaza o acto de violación o afectación de sus derechos fundamentales, especialmente las víctimas de violencia familiar y sexual, todos ellos extranjeros o extranjeras, para que se adopten las acciones administrativas o jurisdiccionales que correspondan a sus derechos.



En esta caso las autoridades competentes según el artículo 15° de dicha norma, serian La Superintendencia Nacional de Migraciones (MIGRACIONES), en su calidad de organismo técnico especializado adscrita al Ministerio del Interior (MININTER); y el Ministerio de Relaciones Exteriores (RREE), entidad responsable de la Política Exterior del Estado, constituyen las autoridades con competencia exclusiva en materia migratoria en el marco de la normativa vigente.

Consecuente a ello, dicho decreto legislativo, en su artículo 59°, señala las categorías y calidades migratorias, que se les otorga a los extranjeros, y en ese sentido detalla lo siguiente:

Calidad Migratoria: Humanitaria (T7); Descripción: El Estado peruano tiene la potestad para otorgar esta calidad migratoria al extranjero, que encontrándose en territorio nacional y sin reunir los requisitos para acceder a la condición de asilado o refugiado se encuentre en situación de gran vulnerabilidad o peligro de vida en caso de abandono del territorio peruano o para quien requiere protección en atención a una grave amenaza o acto de violación o afectación de sus derechos fundamentales.

Del mismo modo será aplicable para los solicitantes de refugio y asilo o para quienes hayan migrado por motivos de desastres naturales y medioambientales; o para quienes han sido víctima de trata o tráfico de



personas; o para las niñas, niños y adolescentes no acompañados; o para apátridas.

También se aplica para personas que se encuentren fuera del territorio nacional en situaciones excepcionales de crisis humanitaria reconocida internacionalmente, que soliciten venir al Perú y obtener protección.

Permite realizar actividades lucrativas de manera subordinada, autónoma o por cuenta propia.

Competencia: Ministerio de Relaciones Exteriores; plazo de permanencia: Hasta 183 días; múltiples entradas: Sí, previa autorización del MRE; prórroga: Sí, hasta que las condiciones que dieron lugar a esta calidad sigan siendo aplicables.

2.3.6. El Refugio en la legislación internacional

Según la Convención de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado (1951) define al refugiado a toda persona que como resultado de los acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951, y debido a los fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad u opinión pública, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores o de razones que no sean de mera conveniencia personal, no quiera acogerse a la protección de ese país, o que por carecer de nacionalidad y estar



fuera del país donde antes tenía su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores o razones que no sean de mera conveniencia personal, no quiera regresar a él.

Por otra parte, en el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de la AGONU (1967): La ONU aceptó que los inconvenientes de la Convención de Ginebra eran las limitaciones temporal y geográfica, por lo cual omitió “como resultado de los acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951” y las palabras “a consecuencia de tales acontecimientos”. Abriendo así las posibilidades de que más refugiados recibieran protección. (Flores, 2013)

En ese sentido, la obligación de non-refoulement en un apartado distinto y anterior al concepto de refugiado según el Convenio de Ginebra de 1951, es una obligación para los Estados que “beneficia” no sólo al refugiado definido legalmente conforme al Convenio de 1951 sino que “beneficia” a todo refugiado de hecho.

Es más, la obligación de non-refoulement no juega sólo respecto a quienes hayan obtenido ya el estatuto de refugiado conforme a la Convención de 1951, sino que lo hace respecto a todo solicitante de asilo. En consecuencia, cabe señalar que se trata de un principio de Derecho internacional general que juega más allá del “estrecho” límite de la Convención de 1951. En primer lugar, trataré la obligación de non-refoulement conforme al Convenio de 1951 y la problemática que conlleva; para después señalar su extensión a un concepto más amplio, solicitantes de asilo y refugiados de hecho.



La regulación convencional de la obligación de non-refoulement se encuentra en el Art. 33 de la Convención de Ginebra de 1951:

1.- Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras del territorio donde su vida o su libertad peligre por causa de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas.

2.- Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por delito particularmente grave, constituya una amenaza para la Comunidad de tal país.

De esta forma, la obligación de non-refoulement contenida en la Convención de 1951 prohíbe a un Estado expulsar o devolver forzosamente a un refugiado a cualquier país en el que su vida o su libertad se encuentren amenazados por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o por opiniones políticas.

El ámbito personal de aplicación de la obligación de non-refoulement se circunscribe al concepto de refugiado recogido en el Art. 1 de la Convención de 1951. Dicho concepto de refugiado es aplicable de forma individual, por lo que la obligación de non- refoulement se aplicará individualmente, y únicamente, a



aquél que tuviera el estatuto legal de refugiado conforme al Convenio de 1951. Sin embargo, la práctica de los Estados señala que la obligación de non-refoulement es aplicable también a los solicitantes de asilo, a los refugiados de hecho y a los refugiados en masa que no gocen de la protección del Estado de su país de origen.

En este sentido, la obligación de non-refoulement no se ha visto únicamente ampliada en su ámbito de aplicación personal, sino que su ámbito de aplicación material también se ha ampliado a otros campos, como los procedimientos de extradición de un refugiado a un Estado en el que haya razones para pensar que pueda ser perseguido.

En definitiva, la obligación de non-refoulement ha sobrepasado los límites de la Convención de Ginebra de 1951, y se ha configurado como un principio de Derecho internacional general. Así, tal y como señala (Rotaèche, 1997), “la obligación de non-refoulement,...., comprende también la prohibición de enviar al extranjero a un país en el que por cualquiera razones pudiera sufrir tortura, tratos inhumanos o degradantes u otras graves transgresiones de sus derechos humanos fundamentales”.

Asimismo, la obligación de non-refoulement se extiende respecto de las entradas ilegales de los solicitantes de asilo. Éstos no serán sancionados penalmente por su entrada o presencia ilegales, siempre y cuando se presenten inmediatamente a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales, tal y como establece el Art. 31 del Convenio de Ginebra.



Sin embargo, la obligación de non-refoulement no es de carácter absoluto. Dicha obligación tiene su límite en conceptos tales como “seguridad nacional” u “orden público”, tal y como prevé el apartado segundo del Art. 33 de la Convención de Ginebra.

Por último, conforme al Convenio de 1951, haré referencia brevemente a dos problemas que afectan a la aplicación práctica de la obligación de non-refoulement.

El primero de ellos hace referencia a si la obligación de non-refoulement se limita a aquellos refugiados que se hallen dentro del territorio donde pretenden ser “acogidos”; o por el contrario, se extiende también a las solicitudes de asilo que se encuentran en la frontera. La materia ha sido objeto de un arduo debate doctrinal, pero tal y como señala (Rotaèche, 1997), si nos atenemos al sentido que se da a la obligación de nonrefoulement en el Art. 33 - que habla de “no poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o libertad peligre (...)”- cabe afirmar la inclusión del “no rechazo en frontera” dentro del concepto de la obligación de non-refoulement. (Perez Barahona, 2003)



CAPITULO III

3. RESULTADOS: ARGUMENTOS PARA OTORGAR EL ESTATUTO DEL REFUGIO A EXTRANJEROS QUE HAN CUMPLIDO PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EN EL PERU

3.1 Situación actual del extranjero que ha cumplido una pena privativa de la libertad en el Perú y tiene un mandato judicial de expulsión del territorio peruano

La situación actual principalmente, radica cuando un extranjero, ingresa al país de irregular y este debe ser deportado automáticamente, o ingresan de forma regular, pero en el transcurso de su permanencia en el país, dichos extranjeros cometen diversos delitos por falta de desconocimiento de la norma, es así que se tipifican un sin número de delitos cometidos, siendo el principal el consumo de drogas, que está tipificado en el Código Penal como Tráfico Ilícito de Drogas.

Una vez cumplida la pena privativa de libertad, se dispone la expulsión del extranjero a su país de origen, sin embargo, entidades como la Policía Nacional del Perú y Migraciones no cuentan con el presupuesto requerido para



poder expulsar a la persona, -ya sea en la movilidad, alojamiento, alimentación, entre otros- y cumplir con el mandato judicial, por lo que el extranjero se queda en el país y es posible de ser víctima de trata o cometer un nuevo delito –como el narcotráfico, a busca de empleo o nuevas oportunidades- durante este tiempo de espera.

A todo ello, existen casos donde extranjeros con mandato de expulsión, corren el riesgo de perder la vida si son retornados a su país de origen, como es el caso de los extranjeros procedentes de países asiáticos o del medio oriente, donde les espera la pena de muerte o la tortura por haber cometido delitos en otros países, así mismo en el transcurso de la estadía en el Perú, algunos extranjeros conforman núcleos familiares y/o adquieren alguna enfermedad grave, lo cual hace difícil la expulsión y es acreedor a que el Estado Peruano se ocupe de ellos, por ser una causa humanitaria y estar adscrito y haber ratificado varios convenios Internacionales.

Entonces a todo ello derivan otras preguntas como ¿qué se debe hacer con estos extranjeros que no pueden retornar a sus países? ¿Qué hacer con el tema del presupuesto?; por una parte, una opción, sería el de pedir apoyo a las embajadas y consulados de sus respectivos países, pero muchas veces estos no responden y hacen caso omiso a la petición por no ser una obligación, lo cual no se les puede obligar al fin y al cabo; en otros casos como el de los países asiáticos y del medio oriente, no tienen embajadas ni consulados dentro del territorio peruano, y mucho menos no se tiene un convenio o estos países no están adheridos a los tratados Internacionales que el Perú es parte.



Por otra parte, se sabe muy bien que aquellos extranjeros que han cumplido pena privativa y tienen mandato de expulsión, tienen restricciones dentro del territorio peruano -como trabajar, siendo este el principal motor para que puedan subsistir y así mismo una forma para que ellos mismo puedan emigrar a otros países una vez recaudado el capital necesario para salir-pues una vez que cumplen la pena privativa de libertad, pasan el tiempo en la calle o se les pone a disposición de la policía de extranjería, pero una vez más a falta de presupuesto ellos mismos los derivan a la calle; en el caso donde existen embajadas y consulados, el estado hace los trámites correspondientes de extradición, pero estos son tediosos y de larga duración, por lo que en el trayecto los extranjeros en territorio peruano siguen siendo vulnerables a cometer nuevos delitos o ser víctimas, según lo descrito párrafos más arriba.

En ese sentido la nueva Ley de Migraciones D.L. 1236, no cuenta con un mecanismo o tratamiento para este tipo de casos, aún existen vacíos de la ley. Un ejemplo puede ser el caso de los ciudadanos haitianos, donde el último operativo se realizó en el mes de mayo del 2015, donde capturaron a 37 haitianos y fueron llevados a Tumbes para su expulsión pero que nuevamente han ingresado y no se les puede intervenir debido a que muestran su boleta de notificación de expulsión que dura 30 días.

Otro caso, también respecto a los chilenos en situación irregular, que primero ingresan a Argentina, luego pasan por Bolivia, para finalmente acabar



en Perú debido a que en la frontera no hay un control severo por parte de la policía, ni de migraciones, lo que hace que el ingreso sea demasiado fácil.

El procedimiento de expulsión del país, y la situación o condición de los extranjeros una vez que cumplen la pena privativa de libertad, es el siguiente:

Primero.- El Instituto Nacional Penitenciario (INPE) realiza un informe detallado del cumplimiento de la pena a favor del condenado para salir del centro penitenciario, sin embargo hasta el momento, en la mayoría de los casos aun no se cuenta con el informe de rehabilitación y en muchos casos el reo aun no ha cumplido con pagar la reparación civil ya sea a favor del Estado Peruano u otro particular.

Segundo.- Una vez cumplido con la pena privativa de libertad detallada en el informe penitenciario, al reo se le pone a disposición de la Policía de Extranjería para proceder con el mandato de expulsión, sin embargo;

Tercero.- No se le puede expulsar a falta de presupuesto, falta de pago de la reparación civil y falta del informe de rehabilitación y la correspondiente resolución emitida por Migraciones, entidad encargada de emitir la resolución que indica la expulsión.

Cuarto.- Se omite la orden judicial que prescribe a los 30 días hábiles, por los factores descritos anteriormente.



Quinto.- Debido a que no existe presupuesto para poder cumplir el mandato de expulsión, el extranjero es dispuesto a la policía de extranjería y luego es abandonado en la calle a su suerte, debido a que no hay un lugar donde se aloje una vez que sale del penal; siendo en este sentido la causa en que la mayoría veces y casos donde el extranjero vuelve a cometer el mismo delito y/o es víctima potencial de otros abusos.

Sexto.- Una vez que el INPE emite el informe de rehabilitación a la Policía de Extranjería, esta entidad emite otro informe al Poder Judicial y a Migraciones, para el conocimiento del caso, y luego con ese informe puede salir del país, con la emisión de la resolución de Migraciones, todo este procedimiento puede durar hasta un año como mínimo.

Sétimo.- La orden o el mandato de expulsión para ese entonces ya prescribió y el extranjero ya cometió otro delito, o formó un núcleo familiar o se hizo acreedor de una enfermedad grave, con lo que es imposible expulsarlo del país y peor aun si corre el riesgo de que su vida sea vulnerada al ser expulsado a su país de origen.

Finalmente, la disposición decimo tercera de ley de Migraciones, indica que las instituciones involucradas, deben financiarlo dispuesto en la norma. Es decir la expulsión. Sin embargo dentro de la ley anual del presupuesto, no está reconocido el presupuesto para este tipo de casos, entonces el mandato judicial de expulsión sería en vano.



3.2 Argumentos basados en la jurisprudencia

3.2.1 Jurisprudencia internacional

Los siguientes casos fueron recopilados de (Corte Interamericana de Derechos Humanos, S/f)

1. Opinión Consultiva OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Decisión de 17 de septiembre de 2003.

112. 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 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). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado.

114. Es pertinente, al respecto, lo señalado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución sobre Protección de los migrantes, según la cual se debe tener presente la situación de vulnerabilidad en que suelen encontrarse los migrantes debido, entre



otras cosas, a que no viven en sus Estados de origen y a las dificultades que afrontan a causa de diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen a que deben hacer frente los migrantes sin documentación o en situación irregular .

La mencionada Asamblea expresó, asimismo, su preocupación por las manifestaciones de violencia, racismo, xenofobia y otras formas de discriminación y trato inhumano y degradante de que son objeto los migrantes, especialmente las mujeres y los niños, en diferentes partes del mundo.

Con base en estas consideraciones, la Asamblea General reiteró la necesidad de que todos los Estados protejan plenamente los derechos humanos universalmente reconocidos de los migrantes, en particular de las mujeres y los niños, independientemente de su situación jurídica, y que los traten con humanidad, sobre todo en lo relativo a la asistencia y la protección.

117. En virtud de lo anterior, la comunidad internacional ha reconocido la necesidad de adoptar medidas especiales para garantizar la protección de los derechos humanos de los migrantes.



2. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013.

144. De conformidad con el artículo 1 de la Convención de 1951, modificada por el Protocolo de 1967, un refugiado es una persona que:

- Debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas,
- Se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país,
- O que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

145. De acuerdo con la Convención de 1951, una persona es un refugiado tan pronto como reúne los requisitos enunciados en la definición, lo que necesariamente ocurre antes de que se determine formalmente su condición de refugiado. Así pues, el reconocimiento de la condición de refugiado de una persona no tiene carácter constitutivo, sino declarativo. No adquiere la condición de refugiado en virtud del reconocimiento, sino que se le reconoce tal condición por el hecho de ser refugiado.



146. El mismo artículo 1 de la mencionada Convención de 1951, en sus incisos D, E y F, establece una serie de “causales de exclusión” que permiten no aplicar la protección de la Convención, aun cuando la persona cumpla con la definición de refugiado.

147. Dado el carácter declarativo de la determinación de la condición de refugiado, y aún con el importante rol otorgado al ACNUR en el contexto de la protección internacional, es a los propios Estados Parte en la Convención de 1951, de manera prioritaria, a los que corresponde el reconocimiento de dicha condición, a partir de procedimientos justos y eficientes destinados al efecto.

150. La Corte considera que, de las anteriores disposiciones y regulaciones, se desprende que, una vez declarado por un Estado, el estatuto de refugiado protege a la persona a la cual le ha sido reconocido más allá de las fronteras de ese Estado, de modo que otros Estados en los que ingrese esa persona deben tomar en cuenta tal condición al momento de adoptar cualquier medida de carácter migratorio a su respecto y, por ende, garantizar un deber de precaución especial en la verificación de tal condición y en las medidas que pueda adoptar.

3. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013.



151. Al recordar que, en el sistema interamericano, el principio de no devolución es más amplio en su sentido y alcance y, en virtud de la complementariedad que opera en la aplicación del Derecho Internacional de Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la prohibición de devolución constituye a la vez la piedra angular de la protección internacional de las personas refugiadas o asiladas y de las personas solicitantes de asilo. Este principio también constituye una norma consuetudinaria de Derecho Internacional y se ve reforzado, en el sistema interamericano, por el reconocimiento del derecho a buscar y recibir asilo.

152. Así, esas personas están protegidas contra la devolución como una modalidad específica de asilo bajo el artículo 22.8 de la Convención, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el Estado de que se trate, y como un componente integral de la protección internacional de los refugiados, bajo la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, cuyo artículo 33.1 establece que ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas.

153. Esto necesariamente implica que esas personas no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones. Antes de realizar una devolución, los



Estados deben asegurarse que la persona que solicita asilo se encuentra en la capacidad de acceder a una protección internacional apropiada mediante procedimientos justos y eficientes de asilo en el país a donde se le estaría expulsando.

Los Estados también tienen la obligación de no devolver o expulsar a una persona que solicita asilo donde exista la posibilidad de que sufra algún riesgo de persecución o bien a uno desde donde el cual puedan ser retornados al país donde sufren dicho riesgo (la llamada “devolución indirecta”).

4. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013.

134. En relación con lo anterior, la Convención Americana establece en su artículo 22.8 la prohibición de expulsión o devolución de cualquier “extranjero” a “otro país, sea o no de origen” (es decir, en su territorio de origen o en un tercer Estado), en el cual “su derecho a la vida o a la libertad” estén “en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”.

135. De tal modo, si se complementan las normas anteriores con el corpus juris internacional aplicable a las personas migrantes, es posible considerar que en el sistema interamericano está reconocido el derecho



de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados o refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentre.

36. En consecuencia, cuando un extranjero alegue ante un Estado un riesgo en caso de devolución, las autoridades competentes de ese Estado deberán, al menos, entrevistar a la persona y realizar una evaluación previa o preliminar, a efectos de determinar si existe o no ese riesgo en caso de expulsión. Esto implica respetar las garantías mínimas referidas, como parte de la debida oportunidad de exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión y, si se constata ese riesgo, no debería ser devuelto a su país de origen o donde exista el riesgo.

3.2.2 Jurisprudencia nacional

Los siguiente casos fueron obtenidos de la (Defensoría del Pueblo, 2015)

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

La ciudadana M.M.A. de nacionalidad argentina señaló que ingresó al país el 15 de julio de 2001, en calidad de Turista en compañía de su conviviente peruano, quedándose desde esa fecha a residir en el



país. Producto de su unión procreó un hijo, que cuenta actualmente con 16 años de edad. La señora M.M.A. se vio imposibilitada de regularizar su situación migratoria debido a que no contrajo matrimonio con su pareja y, en el año 2003 su unión se disolvió, asumiendo el cuidado de su hijo. Por este motivo, entabló un proceso de alimentos a su ex conviviente, quien la denunció ante las autoridades peruanas por encontrarse en situación migratoria irregular.

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

Considerando que la medida impuesta afecta el derecho a la unidad familiar y vulnera el principio de proporcionalidad de los actos administrativos, nuestra entidad presentó una denuncia ante el citado juzgado en salvaguarda de los derechos de la ciudadana y de su menor hijo, quien también tendría que abandonar el país pues se encuentra bajo el cuidado de su madre.

Recientemente, la medida cautelar ha sido declarada fundada por el juzgado respectivo, ordenando la suspensión de los efectos de la resolución de salida obligatoria e impedimento de ingreso (*Expediente N° 28542-2014-22-1801-JR-CI-05*).



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

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

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

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



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

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

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



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

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

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

Este caso demuestra la falta de coordinación interinstitucional, eje primordial para la ejecución de resoluciones.

3.3 Argumentos basados en el Derecho Internacional

Las personas extranjeras gozan de los derechos y libertades fundamentales reconocidas por los instrumentos internacionales de derechos



humanos, sean éstos de carácter universal o regional. Adicionalmente, tienen derechos específicos derivados de los instrumentos internacionales que abordan la problemática migratoria.

Así mismo, uno de los aspectos que cabe destacar en los referidos instrumentos internacionales es que los derechos que protegen tienen carácter universal y son inalienables, es decir que están garantizados a todas las personas presentes en un Estado y no pueden ser negados legítimamente, sobre la base de su nacionalidad o estatus legal.

La carencia de un vínculo de nacionalidad no puede ser una excusa para justificar un trato desigual o lesivo a derechos fundamentales. (Defensoría del Pueblo, 2015)

3.3.1 Declaración Universal de Derechos Humanos

Según la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) es considerada generalmente el fundamento de las normas internacionales sobre derechos humanos. Aprobada hace casi 60 años, la DUDH ha inspirado un valioso conjunto de tratados internacionales de derechos humanos legalmente vinculantes y la promoción de estos derechos en todo el mundo.



La Declaración supone el primer reconocimiento universal de que los derechos básicos y las libertades fundamentales son inherentes a todos los seres humanos, inalienables y aplicables en igual medida a todas las personas, y que todos y cada uno de nosotros hemos nacido libres y con igualdad de dignidad y de derechos. Independientemente de nuestra nacionalidad, lugar de residencia, género, origen nacional o étnico, color de piel, religión, idioma o cualquier otra condición, el 10 de diciembre de 1948 la comunidad internacional se comprometió a defender la dignidad y la justicia para todos los seres humanos, mediante resolución 217 A (III), en París.

De este modo, resaltamos el art. 2º que indica que toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónoma o sometida a cualquier otra limitación de soberanía.

Así mismo, en el art. 3º nos manifiesta que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.



En el art. 5° nos señala que nadie será sometido a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Es decir el respeto por los derechos fundamentales.

Por otra parte, toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley según el art. 8° de esta Convención.

Respecto a la familia, el art. 16° manifiesta que la misma, es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

En ese sentido, según el art. 25°, toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

Y por último, tenemos al art. 30° que señala que nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.



3.3.2 Convención Americana de los Derechos Humanos

Esta Convención, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, y adoptado por el Perú mediante el Decreto Ley N° 22231, de 11 de julio de 1978. Reafirma su propósito de consolidar un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre.

Así mismo, reconoce que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos de la que el Estado Peruano es parte.

A ello, también considera que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional.

Dentro de la Parte I, encontramos los Deberes de los Estados y los Derechos Protegidos, en ese sentido, el Capítulo I enumera una serie de



deberes que a continuación mencionaremos ya que convenientes al estudio de esta tesis.

La Obligación de Respetar los Derechos, mencionado en el art. 1º, indicando 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 y para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

El Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno, que según el art. 2º, si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Por otro lado, en el Capítulo II, sobre los Derechos Civiles y Políticos, encontramos en su art. 4º el derecho a la vida, en ese sentido dicho art. manifiesta que toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del



momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

En el art. 5° que trata del derecho a la Integridad Personal, toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, la pena no puede trascender de la persona del delincuente y con relación a ello, las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Consecuente con esto, el art. 7° señala que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal, conforme a los demás artículos.

Por otra parte, el art. 17° respalda la protección de la familia, indicando que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. De tal modo que se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

No obstante, en el art. 22° sobre el Derecho de Circulación y de Residencia, encontramos que toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la



legislación de cada Estado y los convenios internacionales, el cual también sería extenso para el estatuto jurídico del refugio, ya que la finalidad es la protección de los derechos fundamentales.

Además, este art. menciona 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.

Por ende, toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales según el art. 25° de esta Convención.

De acuerdo con el Capítulo IV, sobre la suspensión de garantías, interpretación y aplicación, el art. 29° señala que ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) Permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;



- b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

En ese sentido, cabe mencionar que en la parte II sobre los medios de Protección, en el Capítulo VI de los Órganos Competentes, es pertinente señalar al art. 33° que señala que son órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes en esta Convención:

- a) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y
- b) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.

En ese sentido, el art. 35° indica que la Comisión representa a todos los miembros que integran la Organización de los Estados americanos, dentro de ello el Estado Peruano.



Es necesario tener en cuenta la competencia de este ente, es así que en la sección 3, art. 44° indica que cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.

3.3.3 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951

En esta Convención, adoptada en Ginebra el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el estatuto de los refugiados y de los apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), de 14 de diciembre de 1950 considera que la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General, han afirmado el principio de que los seres humanos, sin distinción alguna deben gozar de los derechos y libertades fundamentales.

Así mismo, Naciones Unidas han manifestado en diversas ocasiones su profundo interés por los refugiados y se han esforzado por asegurar a los refugiados el ejercicio más amplio posible de los derechos y libertades fundamentales



Expresando el deseo de que todos los Estados, reconociendo el carácter social y humanitario del problema de los refugiados, hagan cuanto les sea posible por evitar que este problema se convierta en causa de tirantez entre Estados.

Además, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) tiene por misión velar por la aplicación de las convenciones internacionales que aseguran la protección a los refugiados, y reconociendo que la coordinación efectiva de las medidas adoptadas para resolver ese problema dependerá de la cooperación de los Estados con el Alto Comisionado, de la que el Perú es parte.

Dentro de esta Convención podemos encontrar dentro de sus disposiciones generales, Capítulo I art. 1º, una definición del término de refugiado, del cual copilamos lo siguiente para efectos de nuestra investigación:

El término "refugiado" se aplicará a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.



Respecto a la expulsión, el art. 32° manifiesta que los Estados Contratantes no expulsarán a refugiado alguno que se halle legalmente en el territorio de tales Estados, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público.

Sin embargo, en el mismo art. señala que la expulsión del refugiado únicamente se efectuará, en tal caso, en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes.

A no ser que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional, se deberá permitir al refugiado presentar pruebas exculpatorias, formular recurso de apelación y hacerse representar a este efecto ante la autoridad competente o ante una o varias personas especialmente designadas por la autoridad competente.

A ello, se suma el art. 33° sobre la prohibición de expulsión y de devolución, el cual indica que ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

No obstante, en el segundo párrafo, manifiesta que no se podrá invocar los beneficios de la presente disposición al refugiado que sea



considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país, mas no al solicitante de refugio.

Por otra parte, en el Capítulo VI, de las disposiciones transitorias y de ejecución, en su art. 35° sobre la Cooperación de las autoridades nacionales con las Naciones Unidas, señala que los Estados Contratantes se comprometen a cooperar en el ejercicio de sus funciones con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), o con cualquier otro organismo de las Naciones Unidas que le sucediere; y en especial le ayudarán en su tarea de vigilar la aplicación de las disposiciones de esta Convención.

Por último, en las cláusulas finales del Capítulo VII, el art 38° menciona que toda solución de controversia entre las Partes en esta Convención, respecto de su interpretación o aplicación, que no haya podido ser resuelta por otros medios, será sometida a la Corte Internacional de Justicia, a petición de cualquiera de las Partes en la controversia.

3.4 Argumentos basados en la Legislación Peruana

El análisis del marco normativo nacional, permiten advertirla existencia de diversos problemas que afectan especialmente a las personas extranjeras.



Estos problemas se originan en diversos aspectos, vinculados con las deficiencias de la actual regulación migratoria, la inobservancia o inadecuada aplicación del marco normativo existente, las deficiencias de coordinación interinstitucional, ineficiente control migratorio, dilación en el cumplimiento de plazos, y la inobservancia de las normas y principios fundamentales de los Derechos Humanos.

3.4.1 Constitución Política del Perú de 1993

En nuestra Constitución Política, el Título I de la Persona y de la Sociedad, en su Capítulo I sobre los Derechos Fundamentales de la persona, encontramos en el art. 1º que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Pues no hace diferencia alguna, si es nacional o extranjero, en el caso de estudio de esta investigación.

Así mismo, en el art. 2º señala que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.

Del mismo modo, igualdad ante la ley, con referencia a que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.



El derecho a elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería. En este sentido sería la nueva ley de migraciones; y por último el derecho a la libertad y a la seguridad personal, es decir donde su vida este fuera de peligro o no se halle vulnerado.

Por otra parte, en el Capítulo II, dentro de los derechos sociales y económicos, en el art. 4º la protección a la familia donde se protege y promueve el matrimonio y el concubinato.

Además se reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

Por otro lado, en el art. 10º, el Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.

En el Capítulo III de los Derechos Políticos y de los Deberes, el art. 36º señala que el Estado reconoce el asilo político y en caso de expulsión, no se entrega al asilado al país cuyo gobierno lo persigue; de igual forma debería mencionar en el caso de los refugiados o solicitantes de refugio.



Acorde con los Derechos Fundamentales, el Título II, en su Capítulo I sobre el Estado, la Nación y el Territorio, en su art. 44° señala que son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

Cabe mencionar que la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente, según el art. 51°, que trata de la supremacía de la Constitución.

Con relación a ello, en el Capítulo II, de los Tratados, el art. 55° señala que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. Es decir aquellos tratados y convenios internacionales ratificados por el Estado, y según el art. 56°, aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias: 1. Derechos Humanos. 2. Soberanía, dominio o integridad del Estado. 3. Defensa Nacional. 4. Obligaciones financieras del Estado. También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución.



De otra parte, en el Título III del Régimen Económico, dentro del Capítulo IV del Régimen Tributario y Presupuestal, encontramos en el art. 77° que manifiesta que el presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización. Sin embargo, esta afirmación como bien sabemos, no se cumple en muchos sentidos, haciendo que las políticas públicas fracasen y las necesidades sociales básicas no sean satisfechas.

Por otro lado, en el Título IV de la Estructura del Estado, encontramos al Poder Judicial en el Capítulo VIII, el cual en su art. 138° sobre la administración pública, nos indica que en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

Sin embargo, en varias ocasiones se hace caso omiso a este art. debido al desconocimiento real de la situación del sujeto.

Por ende, en el art. 139°, sobre los principios de la administración de Justicia, nos señala este art. en su punto 2, que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni



cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución.

En ese sentido, esta parte si bien es cierto respalda las resoluciones judiciales ante una posible interferencia por cualquier otro órgano estatal o privado, para el caso de nuestra investigación, habría una doble competencia por parte de la autoridad migratoria en el caso de un mandato de expulsión.

O en tal caso aplicar el punto 11, en la que se aplica la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales.

Además de ello nos respaldamos en el punto 22, que versa sobre el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Por lo que no tendría sentido expulsar a los extranjeros que han cumplido una pena privativa de libertad.

Una solución también a este problema, podría ser el uso de las Garantías Constitucionales, ubicado en el Título V, es así que nos respaldamos en el art. 200º, ya sea a través de de una acción de Hábeas Corpus, un Amparo o una Acción de Inconstitucionalidad.

Cabe mencionar que dentro de las disposiciones finales y transitorias, en la cuarta disposición, hace hincapié a la interpretación de

los derechos fundamentales señalando que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

3.4.2 Decreto Legislativo N°1236 “Ley de Migraciones”

Este Decreto Legislativo, que en adelante se le denominará la Ley de Migraciones, fue dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los 25 días del mes de setiembre del año 2015; la cual en su título preliminar podemos encontrar principios establecidos por dicha ley que son argumento de esta tesis, así tenemos los siguientes:

El principio de Respeto a los Derechos Fundamentales, señalado en el art. III, el cual manifiesta que en atención al respeto de la dignidad de toda persona humana conforme a la Constitución Política del Perú, el Estado garantiza al extranjero el respeto por sus derechos fundamentales conforme a lo previsto en el marco normativo vigente.

El principio de Integración del Migrante, art. IV que señala que el Estado promueve la integración del extranjero y su familia a la sociedad y cultura peruanas.



En el art. V, el principio en la cual el Estado formula y ejecuta su Política Migratoria bajo el Principio de No Criminalización de la Migración Irregular.

El Principio de No Discriminación, art. VI, donde el Estado promueve la abolición de todo tipo de discriminación, así como la eliminación de todo tipo de prejuicio en materia migratoria; rechaza de manera especial la xenofobia y el racismo.

Y en materia migratoria actúa bajo el principio de unidad de acción administrativa en los procedimientos de otorgamiento de visas, ingreso al territorio peruano, expulsión, cambio de calidad migratoria y demás que correspondan.

El principio de Unidad migratoria familiar, contemplada en el art. X, el cual el Estado garantiza, promueve y vela por la unidad familiar de los extranjeros y nacionales.

Y por último, el principio de Formalización migratoria que se contempla en el art. XI, que manifiesta que el Estado promueve las medidas necesarias para la formalización de los extranjeros que deseen ingresar y permanecer en el territorio nacional. Asimismo, favorece la regularización migratoria como acción permanente que facilite la protección de la persona humana y prevenga o corrija situaciones de vulneración o afectación a la dignidad humana así como de sus derechos y libertades.



En ese sentido, según el título I de las disposiciones generales, en el art. 1° de esta ley, señala que el objeto de la presente norma es regular el ingreso y salida de los nacionales y extranjeros, así como la permanencia y residencia de los extranjeros en el territorio nacional.

Así mismo, en su art. 2°, sobre el ámbito de la ley, señala que su aplicación es en el territorio nacional y en las Oficinas Consulares del Perú en el exterior, en lo que no se oponga a los Tratados y Convenios Internacionales de los cuales el Perú es Parte y que contengan normas relativas a extranjeros.

Dentro del Marco normativo, según el art. 3°, está constituido por la Constitución Política del Perú, los Tratados Internacionales de los que el Perú es parte, las leyes y demás normas internas.

Por otro lado, en el art. 6°, se indica que por motivos de seguridad nacional, salud pública, orden interno y orden público se puede limitar el ingreso y tránsito de los extranjeros, de conformidad con el principio de proporcionalidad, el cual se debe ponderar este principio.

Para efectos de esclarecer la norma, esta ley en el art. 7° da algunas definiciones para su mejor entendimiento como:



-Situación migratoria irregular: Estado en que se encuentra un extranjero que ha ingresado al territorio nacional sin autorización de la autoridad competente o no cuenta con calidad migratoria vigente.

-Unidad migratoria familiar: Principio que guía al estado en la protección del núcleo familiar y su reunificación, integrado por un conjunto de personas unidas por un vínculo de parentesco hasta el primer grado de consanguinidad o afinidad, o al cónyuge o a la pareja de hecho sin impedimento para casarse o por filiación, adopción o tutela legal.

Por otro lado, a lo que concierne a los derechos y deberes del extranjero, el título II, Capítulo I, art. 8° el Estado le reconoce al extranjero el goce y ejercicio de los derechos fundamentales, tales como el derecho de acceso a la salud, la educación y el trabajo, en igualdad de condiciones que al nacional, observando las condiciones para su ejercicio, conforme a lo previsto en el presente Decreto Legislativo y demás disposiciones especiales del marco normativo vigente, salvo las prohibiciones y limitaciones establecidas por la Constitución Política del Perú y las leyes especiales.

Del mismo modo, en el Capítulo II, art. 12° señala que el extranjero tiene los mismos deberes y obligaciones que los nacionales de acuerdo al marco normativo vigente. El extranjero tiene el deber de respetar el orden interno, orden público, la seguridad ciudadana y la seguridad nacional. En caso de transgresión, la autoridad migratoria aplica la sanción



que corresponda, independientemente de las otras responsabilidades a que hubiere lugar.

Cabe recalcar, que en este último párrafo, la norma es bien clara y precisa en señalar que la autoridad migratoria es la encargada de aplicar la sanción correspondiente.

En ese sentido, las autoridades migratorias según el Título III, art. 15°, manifiesta que son competentes La Superintendencia Nacional de Migraciones (MIGRACIONES), en su calidad de organismo técnico especializado adscrita al Ministerio del Interior (MININTER); y el Ministerio de Relaciones Exteriores (RREE), entidad responsable de la Política Exterior del Estado, constituyen las autoridades con competencia exclusiva en materia migratoria en el marco de la normativa vigente.

Por tanto, el art. 16° referente a las relaciones interinstitucionales, señala que las entidades públicas en el ámbito de sus competencias y funciones, se vinculan y se relacionan con las autoridades migratorias nacionales, complementando las funciones que éstas desarrollan o prestándoles cooperación.

Sin embargo, cabe señalar que las entidades competentes para determinar la situación jurídica del extranjero son las autoridades señaladas en el art. 15° de dicha ley.



Por otra parte, el art. 17°, hace referencia a la protección de personas extranjeras en situación de vulnerabilidad, e indica que la autoridad migratoria pone en conocimiento de las autoridades competentes aquellos casos de niños, niñas y adolescentes, mayores de edad con discapacidad, miembros de poblaciones indígenas y otros que se encuentren en situación de vulnerabilidad; así como de víctimas de presuntos delitos de trata de personas y tráfico de migrantes, y quienes requieren protección en atención a una grave amenaza o acto de violación o afectación de sus derechos fundamentales, especialmente las víctimas de violencia familiar y sexual, todos ellos extranjeros o extranjeras, para que se adopten las acciones administrativas o jurisdiccionales que correspondan a sus derechos. Pues en este último caso, muchas veces no se llegan a concretar por la falta de desconocimiento de esta disposición.

De otro lado, para la ejecución de las disposiciones emitidas por las entidades competentes, el art. 18° sostiene que es función de la Policía Nacional del Perú (PNP) ejecutar las resoluciones administrativas que le son notificadas, relacionadas con la aplicación de sanciones administrativas dispuestas por Migraciones conforme se establece en el reglamento respectivo. Más no hace mención a aquellas resoluciones judiciales si fuere el caso.

Concerniente a los procedimientos administrativos migratorios, contemplado en el Título VII, el Capítulo I, sobre las generalidades, nos



indica en su art. 45° que los actos administrativos y su trámite, relativos a materia migratoria, que así lo permita el presente Decreto Legislativo, pueden ser materia de impugnación conforme a lo establecido en la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.

Así mismo en el Capítulo II, sobre el asilo y refugio, el art. 46° nos da una pequeña definición de ambos y señalando que son estatutos jurídicos otorgados por el Estado peruano para la protección de sus titulares, los que se verán reflejados en las correspondientes categorías migratorias. Los solicitantes de estos estatutos jurídicos no requieren visa para su admisión y permanencia en el territorio nacional.

De igual forma, al asilado y al refugiado le son aplicable, en materia migratoria, las disposiciones contenidas en las normas o los instrumentos internacionales de los que el Perú es parte, y la normatividad especial vigente.

Respecto a la Competencia en estos casos, el art. 47° indica que el Ministerio de Relaciones Exteriores, previa calificación y de conformidad con la Constitución Política del Perú, las leyes y los Tratados y Convenios Internacionales de los cuales el Perú es parte podrá otorgar el estatuto de asilado y refugiado a los extranjeros que lo soliciten y determinará la pérdida de la misma.



En ese sentido, se debe tomar en cuenta que existen categorías y calidades migratorias, es así que en el Capítulo III, en el art. 53° señala que existen tres (03) categorías migratorias, que son las siguientes:

-**Visitante:** Permite al extranjero realizar visitas de corta estancia al Perú, de conformidad con lo establecido en el presente Decreto Legislativo.

-**Temporal:** Permite al extranjero realizar actividades de carácter lucrativo o realizar estudios o actividades formativas, según sea el caso y de acuerdo a la calidad migratoria asignada.

-**Residente:** Permite al extranjero establecer residencia en el Perú.

Así mismo, en el art. 54° señala que la calidad migratoria es la condición que otorga el Estado peruano al extranjero por su situación personal o por la actividad que va a desarrollar en el territorio nacional, atendiendo a su categoría migratoria.

En ese sentido, el Estado asigna subcategorías para cada una de las calidades migratorias, así tenemos:

-**De los residentes,** detallado en el art. 55° que indica que los extranjeros con categoría migratoria Residente pueden desarrollar cualquier tipo de actividad remunerada o lucrativa, ya sea subordinada, autónoma o por cuenta propia, gozando de la protección de las leyes que rigen la materia.



Y esta a la vez se subdivide en Residente Permanente, Residente Provisional, Por Convenios internacionales, –En este caso, para aquellos extranjeros luego de dos años de permanencia en ciertas calidades migratorias: como Humanitaria, Inversionista, Religioso, Trabajador y otras que pudieran determinarse mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro del Interior y Ministro de Relaciones Exteriores- Los Extranjeros altamente calificados, El Familiar de nacional -Aquellos extranjeros que conforman la unidad migratoria familiar del nacional conforme los supuestos contenidos en el presente Decreto Legislativo- El Familiar de residente - Aquellos extranjeros que conforman la unidad migratoria familiar del extranjero en la categoría migratoria de “Residente” conforme los supuestos contenidos en el presente Decreto Legislativo- Los Rentistas y Por Transferencia Empresarial.

Además a ello, el art. 56° nos indica los casos de cancelación de la categoría migratoria de residente, y es MIGRACIONES quien dispone la cancelación de la categoría migratoria de residente de los extranjeros, ya sea a solicitud de parte, por fallecimiento o declaratoria judicial de muerte o ausencia, por nacionalización, por vencimiento de plazo o por aplicación de sanción de Salida Obligatoria y Expulsión, luego del procedimiento sancionador.

Hay que resaltar esta última línea, donde indica la expulsión luego del procedimiento sancionador, es decir un debido proceso y análisis para poder efectuar y ejecutar la sanción.



En el art. 59° la norma clasifica las categorías y calidades migratorias indicando la competencia, plazo de permanencia y posibilidad de prórrogas y múltiples entradas, así tenemos algunas para el interés de esta investigación:

-Humanitaria.- El Estado peruano tiene la potestad para otorgar esta calidad migratoria al extranjero, que encontrándose en territorio nacional y sin reunir los requisitos para acceder a la condición de asilado o refugiado se encuentre en situación de gran vulnerabilidad o peligro de vida en caso de abandono del territorio peruano o para quien requiere protección en atención a una grave amenaza o acto de violación o afectación de sus derechos fundamentales, del mismo modo será aplicable para los solicitantes de refugio y asilo o para quienes hayan migrado por motivos de desastres naturales y medioambientales; o para quienes han sido víctima de trata o tráfico de personas; o para las niñas, niños y adolescentes no acompañados; o para apátridas. Permite realizar actividades lucrativas de manera subordinada, autónoma o por cuenta propia.

Esta calidad migratoria, podría ser una solución y/o alternativa para aquellos extranjeros que se les rechace la calidad migratoria de refugiado y su vida se encuentre en peligro respecto a la expulsión.



La autoridad competente es el MRE, con un plazo de 183 días, cuenta con la autorización de múltiples entradas al territorio y prórroga hasta que las condiciones que dieron lugar a esta calidad sigan siendo aplicables.

-Residente Provisional.- En este caso, se toma en cuenta los *Dos años de permanencia en ciertas calidades migratorias* como Humanitaria, Inversionista, Religioso, Trabajador y otras que pudieran determinarse. Por Decreto Supremo refrendado por el Ministro del Interior y el Ministro de Relaciones Exteriores se pueden agregar otras calidades migratorias; *Familiar de peruano*, es decir aquellos extranjeros que conforman la unidad migratoria familiar del nacional como establecido en el presente Decreto Legislativo; *Familiar de residente*, ósea aquellos extranjeros que conforman la unidad migratoria familiar de extranjero en la categoría migratoria de “Residente” como establecido en el presente Decreto Legislativo.

La autoridad competente es Migraciones, con un plazo de 2 años, con múltiples entradas, pero no cuenta con prórroga.

Así mismo dentro de esta subcategoría se encuentra la calidad migratoria de Refugiados y asilados válida por un año, renovable hasta que las condiciones que dieran lugar a este estatus sigan siendo aplicables. La competencia es del MRE.

Por otra parte, la norma en su artículo 62º, menciona la reunificación familiar, es decir el nacional que tenga vínculo familiar con



algún extranjero puede solicitar ante las autoridades migratorias, la categoría migratoria de residente de cualquiera de los integrantes de su núcleo familiar.

Esta facultad también le asiste al extranjero para solicitar la reagrupación familiar en las situaciones previstas en el Reglamento.

A los familiares del extranjero con la categoría migratoria temporal, con permisos de permanencia mayor a 90 días, se les asigna por reunificación familiar, la misma calidad migratoria que el titular extranjero. La calidad migratoria del titular extranjero se extiende a sus familiares.

Los familiares del extranjero con categoría migratoria residente pueden o no optar por la categoría de residente u otra a su elección, si reúnen los requisitos exigidos por la normatividad.

Así mismo, el art. 63° menciona la Unidad Migratoria Familiar que para efectos de la unidad migratoria, el núcleo familiar del nacional o extranjero que solicite la reunificación familiar. Este criterio defiende y antepone a la familia como institución protegida por el Estado.

Por otro lado, en el Título VIII de esta ley, se ocupa del procedimiento sancionador, y en el art. 81° señala que Migraciones y el Ministerio de Relaciones Exteriores, para el ejercicio de las funciones



establecidas en la Ley, cuentan con potestad sancionadora en el ámbito de sus competencias y según corresponda a sus potestades normativas.

Así mismo, señala que constituyen infracciones pasibles de sanción, aquellas conductas que infrinjan los preceptos de la Ley, del mismo modo al calificar la infracción, la autoridad competente debe tomar en cuenta la gravedad de la misma, en base a criterios de proporcionalidad y razonabilidad.

Las conductas infractoras son clasificadas en leves, graves y muy graves.

Por otra parte, en el art. 82°, se señalan los tipos de sanciones, dentro de ello encontramos la expulsión, que obliga al extranjero a abandonar el territorio nacional dentro del plazo que se fije en el Reglamento, y conlleva el impedimento de ingreso al territorio nacional por el plazo de diez (10) años, contados a partir de la salida del país.

Así mismo, en el art. 87° la norma señala las conductas infractoras pasibles de sanción de Expulsión, y dentro de ello encontramos al mandato judicial, y al obtener la libertad luego de cumplir condena dispuesta por tribunal peruano.

En ese sentido, la formalización y ejecución de las sanciones migratorias están contempladas en el art. 89°, indicando que las sanciones de



salida obligatoria y expulsión se formalizan por resolución de la autoridad migratoria. Este último párrafo es muy importante.

Además de ello la autoridad migratoria en aplicación de los principios de unidad familiar e interés superior del niño y adolescente, puede suspender la ejecución de la sanción de salida obligatoria, cancelación y expulsión, en aquellos casos en los que se compruebe su evidente e inminente riesgo de vulneración, de acuerdo a las condiciones y procedimientos que se establezcan en el reglamento.

Sin embargo, la norma no menciona las excepciones o casos en que el extranjero pueda correr riesgo en su vida o integridad o vulneración de sus derechos fundamentales con tal expulsión, solo se limita al principio de unidad familiar y el interés superior del niño y adolescente.

Pues si se quiere proteger en general los derechos fundamentales de las personas, tendría que decir que: *“La autoridad Migratoria en aplicación de los principios de unidad familiar, interés superior del niño y adolescente y el principio de no devolución del extranjero, puede suspender la ejecución de la sanción de salida obligatoria, cancelación y expulsión, y en aquellos casos en los que se compruebe su evidente e inminente riesgo de vulneración, de acuerdo a las condiciones y procedimientos que se establezcan en el reglamento”*.



Por otra parte, este artículo menciona que en caso que el extranjero no cumpla con salir del territorio nacional, la autoridad migratoria puede disponer su salida compulsiva a través de la autoridad policial, por el puesto de control migratorio o fronterizo más cercano y adoptando las medidas que correspondan respecto del medio de transporte que lo conduzca fuera del territorio nacional.

Sin embargo, aquí encontramos otra problemática, tanto la del presupuesto asignado a la autoridad policial como el personal policial para poder hacer efectiva y eficaz esta disposición por parte de la autoridad migratoria competente.

En ese sentido, dentro de las disposiciones complementarias finales, en la disposición décimo tercera, sobre el financiamiento, manifiesta que la aplicación de lo dispuesto en la presente norma se financia con cargo al presupuesto institucional de las entidades involucradas, en el marco de las leyes anuales de presupuesto, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público.

3.4.3 Ley del Refugiado, Ley N° 27891

Esta ley, se dio en Lima, a los 20 días del mes de diciembre de 2002, el cual señala en el Capítulo I de las disposiciones generales de esta ley, en su art. 1°, que se tiene como finalidad regular el ingreso, el reconocimiento y las relaciones jurídicas del Estado Peruano con el



refugiado, de conformidad con los instrumentos Internacionales de los que forma parte el Perú y las leyes internas sobre la materia.

Así mismo, según el art. 2º, el Estado reconoce los derechos y obligaciones propios del Estatuto de los Refugiados, de conformidad con los instrumentos Internacionales que ha ratificado, a las personas a quienes se le otorgue tal calidad, y mantiene una posición humanitaria para con los que gocen de la protección del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Puede reconocerse el Estatuto de Refugiado al menor no acompañado.

Dentro del Capítulo II, la norma en su art. 3º nos brinda una definición de refugiado y considera como tal, a la persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

A la persona que se ha visto obligada a huir de su país de nacionalidad o de residencia habitual por causa de la violación masiva de los derechos humanos, agresión extranjera, conflicto interno, ocupación o



dominación extranjera; o en razón de acontecimientos que perturben gravemente el orden público.

A la persona que encontrándose legalmente en el territorio de la República, debido a causas sobrevinientes surgidas en su país de nacionalidad o de residencia, no puede o no quiere volver a dicho país debido al temor de sufrir persecución de acuerdo al primer párrafo del presente artículo.

Concerniente a la exclusión o al no reconocimiento del refugio, el art. 4º de dicha norma, señala que se excluye del reconocimiento de la condición de refugiado a la persona respecto de la cual existan motivos para considerar que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los Instrumentos internacionales sobre la materia.

Que ha cometido un grave delito común, dentro o fuera del territorio nacional, antes que se le conceda el reconocimiento de la calidad de refugiado, teniendo en cuenta que esta parte puede ser contrapuesta al principio de no devolución.

Y por último que se haya hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y los principios de la Carta de las Naciones Unidas.



Como se explicaba párrafos más arriba, el derecho a la no devolución está contemplada en el art. 5° de la ley, e indica que toda persona que invoque la condición de refugiado, puede ingresar a territorio nacional, no pudiendo ser reemplazada, 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.

Además, el solicitante de refugio puede permanecer en el país hasta que se defina en última instancia su situación, es decir ante la Comisión Revisora para los refugiados del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Y por último, 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.

Sobre las entidades directamente intervinientes en el reconocimiento y tratamiento del refugiado, el Capítulo III, en su art. 6°, indica que el Ministerio de Relaciones Exteriores es el sector encargado de velar por el debido cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por el Estado en relación con el derecho internacional de los refugiados, así como de las leyes internas sobre la materia, es decir, que



solamente el MRE es el encargado de definir la situación de los refugiados y solicitantes de refugio.

Dentro de ello encontramos a la Comisión Especial para los Refugiados, que según el art. 7º, es el órgano encargado de recibir, estudiar, procesar, resolver lo correspondiente a la solicitud de reconocimiento de refugio y revisar periódicamente las calificaciones; decide sobre el tratamiento y la aplicación del estatuto a que tiene derecho el así declarado y vela por que todas las entidades intervinientes en materia de refugio cumplan con los acuerdos contenidos en los Instrumentos internacionales signados por el Perú.

Y por otra parte, encontramos a la Comisión Revisora para Asuntos de Refugiados, que según el art. 8º, es el órgano vinculado funcionalmente al Ministerio de Relaciones Exteriores, que convocado periódicamente por su Presidente, resuelve en última y definitiva instancia, las apelaciones interpuestas contra las resoluciones emitidas por la Comisión Especial para los Refugiados.

Por otro lado, el Estado en el art. 9º de esta ley, reconoce la labor humanitaria y apolítica del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), como organismo técnico especializado de las Naciones Unidas, encargado de proporcionar protección internacional a los refugiados, quién también podrá canalizar los trámites de las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado.



Así mismo, el Estado, según el art. 10°, obliga a las entidades públicas, órganos administrativos y dependencias del Estado en general, el deber de proporcionar, a solicitud de la Comisión Especial para los Refugiados y de la Comisión Revisora para Asuntos de Refugiados, las informaciones, documentación y las facilidades necesarias para el cumplimiento de su función.

Acorde a lo expuesto, los puestos fronterizos, resguardos policiales y reparticiones militares coordinarán con la Comisión Especial para los Refugiados sobre las condiciones, procedimientos a seguir y asuntos afines en el tema de los refugiados.

En el Capítulo IV, sobre el reconocimiento de la condición de refugiado, según el art. 12°, corresponde a la Comisión Especial para los Refugiados resolver en primera instancia y reconsiderar, a pedido del recurrente, la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado.

La apelación presentada contra la resolución emitida por la Comisión Especial para los Refugiados que confirma la denegatoria de refugio es resuelta, como última instancia, por la Comisión Revisora para Asuntos de Refugiados.

En ese sentido, la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado puede ser presentada por el interesado, por su representante legal



o por el ACNUR con el consentimiento del interesado antes de que expire su permanencia temporal en el Perú; o si careciere de autorización de ingreso o permanencia legal en el plazo no mayor de 30 días desde la fecha de su ingreso a territorio nacional, salvo que existieran, en opinión de la Comisión Especial para los Refugiados, causas justificatorias para lo contrario, acorde al art. 13° de la presente ley.

El plazo para emitir una resolución, de acuerdo al art. 15°, será máximo de 60 días hábiles, debidamente fundada sobre la solicitud de refugio, salvo que existan circunstancias razonables para prorrogar las veces que sea necesario dicho término.

En el art. 16°, hay que resaltar, debido que menciona el beneficio de la duda, concerniente a que la Comisión Especial para los Refugiados podrá resolver a favor del solicitante de refugio encaso de existir dudas respecto a la evaluación de los elementos probatorios necesarios para la calificación de tal condición, esta es una medida importante al momento de evaluar la situación de la persona solicitante.

Por otra parte, si la resolución de la Comisión Especial para los Refugiados deniega el refugio, el art. 17° indica que el solicitante puede presentar recurso de reconsideración ante la mencionada Comisión, absolviendo los puntos por los cuales la solicitud fue rechazada, en el plazo de 15 días hábiles de notificada ésta, salvo razones especiales.



Sobre la apelación, este procede ante la Comisión Revisora para Asuntos de Refugiados, como instancia definitiva si la Comisión Especial para las Refugiados confirma su primera decisión o desestima el recurso de reconsideración, si éste se hubiera planteado.

Según el art. 18°, el plazo de su presentación es de 15 días hábiles de notificada la resolución.

Por otro lado, si la Comisión Revisora para Asuntos de Refugiados reconfirma la denegatoria de la solicitud de refugio, según el art.19° el extranjero queda sujeto a las normas de inmigración y extranjería, pues esta parte del párrafo, no contempla a la nueva ley de Migraciones.

Además dentro de esta ley, encontramos al Capítulo V, sobre los derechos y restricciones del Estatuto del Refugiado, en esta parte, el refugiado es reconocido por el Estado Peruano y tienen los mismos derechos y obligaciones que la Constitución y las leyes conceden al extranjero residente sin perjuicio de lo establecido en la Convención sobre el Estatuto del Refugiado y la presente Ley en su art. 20°.

En ese sentido, el art. 27° en ayuda para la repatriación de los refugiados, es decir programas de asistencia, manifiesta que la Comisión Especial para los Refugiados con el apoyo de las demás reparticiones públicas competentes, el ACNUR, otras entidades de cooperación



Internacional, procura programas para la asistencia a los refugiados, su reasentamiento, integración y repatriación.

Por otra parte, en el Capítulo VI, encontramos las sanciones y en el art. 30° nos señala que los refugiados reconocidos por el Estado Peruano y los solicitantes de reconocimiento de refugio que se encuentren temporalmente en territorio nacional, tienen la obligación de respetar y cumplir los dispositivos legales internos.

La Comisión Especial para los Refugiados es competente para sancionar la contravención de las obligaciones propias de la condición de refugiado, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento de la presente Ley.

Sin embargo, se hace hincapié en este último párrafo que señala que para la graduación de las sanciones se tendrá en cuenta la proporcionalidad de la falta cometida, la legislación interna y la primacía de criterios humanitarios. Ponderando este último criterio especialmente.

En consecuencia a ello, el art. 32° hace mención a la Expulsión del refugiado, e indica que la Comisión Especial para los Refugiados es la única entidad competente para determinar la expulsión del refugiado, de conformidad con, el Reglamento de la presente ley con lo establecido en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.



Por tanto, esta entidad sería la encargada de determinar la expulsión y el procedimiento del refugiado o solicitante del mismo, sin perjuicio de un mandato judicial de expulsión, lo cual existiría una doble competencia.

3.4.4 Reglamento de la Ley del Refugiado Decreto Supremo N° 119-2003-RE

Tenemos al Reglamento de la Ley del Refugiado, que toma como base a la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados del 28 de julio de 1951, que fue aprobada por el Gobierno Peruano por Resolución Legislativa N° 15014 de 16 de abril de 1964, y entrando en vigencia desde el 21 de marzo de 1965.

Así mismo, esta Convención forma parte del derecho nacional según lo dispuesto por el artículo 55° de la Constitución Política del Perú; y se formaliza a través de la Ley N° 27891, Ley del Refugiado, publicada el 22 de diciembre de 2002, con el objetivo de asegurar la protección de los derechos de los refugiados, en concordancia con los tratados internacionales, la Constitución y la ley sobre la materia y para lo cual se ha contado con la opinión favorable de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

Así tenemos pues en el capítulo I, de las disposiciones generales, su artículo 1°, que manifiesta que ese reglamento tiene por finalidad regular el ingreso y el reconocimiento de la calidad de refugiado, así como las



relaciones jurídicas del Estado con la persona refugiada, de acuerdo con la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales ratificados por el Estado sobre la materia y la Ley N° 27891, en adelante Ley del Refugiado.

De la misma forma, en su artículo 2° señala que los preceptos de dicho reglamento deberán ser interpretados de conformidad con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la ley peruana vigente sobre la materia.

Y en caso de existir duda en la interpretación o aplicación de alguna norma, primará la posición más favorable al solicitante de refugio, o refugiado.

Así mismo, en el artículo 3°, el tratamiento que se da a los refugiados se rige en base a los siguientes principios que detalla la misma norma:

a) Ninguna autoridad impondrá sanciones por la entrada o permanencia irregular o ilegal en el territorio de la República de personas que soliciten la condición de refugiado.

b) Ninguna persona que solicite refugio será rechazada o sujeta a medida alguna que le obligue a retornar al territorio donde su vida, integridad física o su libertad esté en riesgo, pudiendo permanecer en el país hasta que haya



concluido el proceso de calificación con una decisión definitiva respecto a la solicitud presentada.

Por otra parte, en el Capítulo II, sobre los refugiados, la norma nos indica en su artículo 4° que toda persona, tiene el derecho a solicitar protección o refugio dentro del territorio de la República, siempre y cuando se encuentre comprendida en alguno de los supuestos contemplados en el artículo 3° de la Ley del Refugiado.

El artículo 5°, señala además que el refugio otorgado a la madre, al niño, al adolescente y al anciano, con lleva de parte del Estado, la protección especial reconocida en la Constitución Política del Perú, los tratados de los que el Perú es parte y la legislación peruana vigente, por lo que se pondera la situación vulnerable de estas personas.

Respecto de las entidades directamente intervinientes, en el Capítulo III, la norma nos señala que son dos (02), la Comisión Especial para los Refugiados y la Comisión Revisora para Asuntos de Refugiados.

En ese sentido, el artículo 7° sostiene que la Comisión Especial, es el órgano encargado de recibir, estudiar, procesar y resolver las solicitudes de refugio, así como de revisar las calificaciones y velar por el cumplimiento de los acuerdos contenidos en los instrumentos internacionales vigentes para el Perú, la Ley del Refugiado y el presente reglamento.



Cabe señalar y tomar en cuenta que la Comisión Especial estudia en forma preferente los problemas de desocupación, salud, vivienda y educación que afecten a los refugiados reconocidos oficialmente con ayuda y asesoramiento de las entidades nacionales e internacionales competentes, con miras a una solución efectiva y permanente. Es decir esta ayuda no se brinda mientras no haya sido reconocida la persona como refugiado, esta parte de debe tomar muy en cuenta.

Por otro lado, la Comisión Revisora para Asuntos de Refugiados, es el órgano encargado de resolver en última y definitiva instancia, las apelaciones interpuestas contra las resoluciones emitidas por la Comisión Especial para los Refugiados acorde a su artículo 15°.

De acuerdo al procedimiento para la calificación de la calidad de refugiado, el Capítulo IV, señala en su art. 20° que el extranjero que solicita refugio será permitido por la autoridad de migraciones, así como por la repartición policial o militar correspondiente, en respeto del principio de no devolución.

Y de la misma forma, el solicitante de refugio podrá quedar a disposición de la autoridad policial competente hasta el esclarecimiento de la situación.



Por otra parte, para el esclarecimiento de las solicitudes de refugio y demás situaciones vinculadas al reconocimiento de la condición de refugiado podrá ser solicitada la cooperación técnica del ACNUR, según el art. 24°.

Así mismo el art. 25°, indica que la decisión de la Comisión Especial deberá constar en una resolución, la cual tendrá carácter vinculante para los demás sectores del Estado competentes en la materia.

En caso de una decisión denegatoria fundamentada de la condición de refugiado, el art. 26° señala que esta puede ser impugnada por la persona solicitante, por su representante legal o por el ACNUR mediante un recurso de reconsideración en el término de 15 días hábiles contados a partir de su notificación, el que deberá ser resuelto en el plazo máximo de 30 días hábiles ante la Comisión Revisora, la misma que deberá resolver en el plazo máximo de 30 días hábiles, prorrogables por igual plazo. La decisión de la Comisión Revisora será definitiva según el art. 27°.

En el caso del art. 28°, encontramos algo peculiar, un poco confuso, pues este artículo señala que en caso de la denegatoria del refugio, agotadas las instancias correspondientes, es decir ante la Comisión Revisora, se somete al solicitante a las normas de extranjería, sabiendo que la Ley de Extranjería ha sido derogada y sustituida por la nueva Ley de



Migraciones, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 28 de dicho reglamento.

Pero cabe rescatar la parte del mismo artículo donde menciona que el Ministerio del Interior no devolverá al solicitante de refugio al país en el que su vida, libertad o integridad personal se encuentren amenazadas, por lo que se tendrá en cuenta el procedimiento establecido en el artículo 26 del presente reglamento, nuevamente esta ultima parte es confusa, es decir nuevamente se debe apelar ante la Comisión Revisora.

Este último párrafo, sustenta la no expulsión del país de aquella persona que se encuentra en peligro o posible vulneración de sus derechos fundamentales, en concordancia con el principio de la no devolución. Por lo que el mandato judicial de expulsión quedaría obsoleta frente a esta situación.

En el caso de las sanciones, establecidas en el Capítulo VI de la norma, el art. 32° es claro y preciso al señalar que los solicitantes de refugio, se encuentran sometidos a la normativa nacional, por lo que les son aplicables las sanciones penales y administrativas por la contravención a la misma.

Así mismo en el art 33°, se menciona que la contravención de la normativa nacional podrá ser sancionada por la Comisión Especial, debiendo evaluarse cada caso según el criterio de proporcionalidad y



buscando la primacía del carácter humanitario propio de la figura del refugio.

Las sanciones serán dependiendo de su gravedad, y de igual manera, no se impondrá sanción alguna que derive en una situación que implique poner en riesgo la seguridad del refugiado, es decir una posible expulsión.

En concordancia a ello, el art. 34° expresa que según a lo establecido en los artículos 32° y 33° de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, se procederá a la expulsión de la persona sobre la que existan motivos fundados para considerarla incurso en un grave delito común que debe ser perseguido internacionalmente, en especial, los de terrorismo y tráfico ilícito de drogas.

Sin embargo, si de conformidad con la ley penal vigente y el Derecho Internacional, el Estado Peruano tuviese base de jurisdicción para juzgar a dichas personas, la expulsión será facultativa, en otras palabras, el mandato judicial de expulsión será facultativo y tendrá que ser antes evaluado por la Comisión Especial o Revisora o si fuera el caso por el ACNUR.



3.5 Argumentos basados en la doctrina jurídica

Renombrados pensadores y doctrinarios del Derecho Internacional, entre ellos el distinguido Profesor Cançado Trindade, han desarrollado y vienen sosteniendo, con argumentos cada vez más sólidos, la postura de que la protección internacional de la persona humana se basa en tres grandes vertientes del derecho internacional, a saber: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Humanitario y el Derechos Internacional de los Refugiados.

Según esta corriente doctrinaria, la compartimentación originaria de estas tres ramas del Derecho se debió fundamentalmente a cuestiones derivadas de su origen histórico. En el contexto actual, y en particular en los últimos 10 años, la convergencia de estas tres vertientes se manifiesta de un modo inequívoco, sin que esto equivalga a sostener una uniformidad total en los planos sustantivos o procesales.

Esto lleva indudablemente a admitir la existencia de una inevitable interacción normativa entre las tres vertientes del derecho, cada una de ellas con medios específicos y diferenciados en lo relacionado a su implementación, supervisión o control.

Es este concepto de complementariedad entre estas tres vertientes de la protección internacional de los derechos humanos que deseamos destacar, y que será el norte de este trabajo de investigación.



Así mismo, sobre la necesidad de un enfoque global sobre la protección internacional de los derechos humanos, nos referiremos ahora a la relevancia del Derecho Internacional de los Refugiados en este contexto.

Por ello, el Derecho Internacional de los Refugiados no puede concebirse fuera del marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es en la violación de los derechos humanos donde radica la causa fundamental por la que los refugiados se ven obligados a abandonar su país de origen u en otros casos a no querer retornar a ellos y consecuentemente solicitar el refugio. Es también el principal obstáculo para asegurar una expulsión o retorno seguro y digno.

Existen casos en el Perú, que los extranjeros no desean retornar a su país de origen, ya sea para escapar de persecución o conflicto armado, a causa de la violación de los derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida, la libertad y seguridad, el derecho a la libertad de expresión, el derecho a no ser sometido a tortura o tratos crueles, inhumanos, o degradantes, el derecho a la privacidad y la vida familiar, el derecho a la libertad de movimiento y residencia, y el derecho a no ser sometido a exilio arbitrario, por mencionar sólo algunos.

Por consiguiente, el respeto y vigencia de los derechos humanos en los países de residencia o mejor dicho de estadía donde se encuentran estas personas, es decir los extranjeros, es la mejor manera de prevenir los



movimientos forzados de personas, por mucho que haya de por medio motivos para su expulsión como en el caso de un mandato judicial.

En ese sentido, el respeto a los derechos fundamentales es crucial para garantizar la protección de los derechos fundamentales de estas personas y la observancia de los derechos humanos en los países de origen es esencial para el retorno de los mismos en condiciones de seguridad y dignidad.

Por otro lado, en el Artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que encontramos el primer sustento normativo de la institución del asilo, concepto recogido en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su Protocolo de 1967.

Esta noción de que en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país; ha sido también acogida en instrumentos posteriores de derechos humanos, entre ellos cabe mencionar, la Declaración Americana de Derechos Humanos de 1948 en su artículo 27° y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 en su artículo 22° numeral 7° que aluden expresamente al derecho de buscar y recibir asilo en caso de persecución. Obviamente también está incluido el refugio como mecanismo de defensa y protección de los derechos fundamentales.

Además de dichas normas, todas aquellas normas y disposiciones sobre derechos humanos y el derecho humanitario son aplicables para la protección de los solicitantes del refugio y los refugiados reconocidos.



De esta manera, estos instrumentos garantizan los derechos humanos básicos de todos los seres humanos sin distinción alguna, nacionales y extranjeros. Así, a los solicitantes de asilo y refugiados les asisten los derechos fundamentales consagrados en los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto universales como regionales, además de los contemplados específicamente en la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967.

En ese sentido, el principio de no devolución tratada en nuestro capítulo II de esta tesis, es la piedra angular de la protección internacional de refugiados, principio que está estrechamente vinculado con el goce de una serie de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

En América Latina, la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984 enmarcó, como se sabe, la protección de los refugiados en el universo conceptual de los derechos humanos. La Declaración de Cartagena estableció un vínculo clarísimo entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional de Refugiados.

Una década después, la Declaración de San José sobre los Refugiados y Personas Desplazadas de 1994 profundizó esas relaciones, dando énfasis a cuestiones actuales de protección como el desplazamiento forzado y el derecho al asilo en su dimensión más amplia.



La Conferencia internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA) elaboró a su vez, en 1989 un documento titulado “Principios y Criterios para la Protección y Asistencia de los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina” que reproduce en forma clara los conceptos de complementariedad de las distintas vertientes del Derecho Internacional para la protección de la persona humana.

Se reconoce además que existe una relación estrecha y múltiple entre la observancia de las normas relativas a los derechos humanos, los movimientos de refugiados y los problemas de protección.

A todo ello, se señala tres aspectos, a saber con relación al estatuto jurídico del refugio: nexo causal, sujetos y soluciones. Por un lado porque los refugiados no son sólo migrantes que llegan a un país distinto del propio, sino porque justamente se trata de personas que han visto obligadas a salir de sus países en razón de violaciones a sus derechos fundamentales o son expulsadas por los países de acogida por el desconocimiento de las normas de dicho país.

Se debe tomar en cuenta que estas personas gozan igualmente de derechos fundamentales, independientemente de su condición jurídica como extranjeros, solicitantes de refugio o asilo.

Por otra parte, son precisamente dichas violaciones de derechos humanos las que obstaculizan su retorno, y por ende, la búsqueda de soluciones. Esta es la idea que debe prevalecer en cualquier discusión sobre política migratoria que



involucre directa o indirectamente a individuos en busca de protección internacional.

No se está exigiendo la extrapolación de principios o conceptos desconocidos al mundo de las migraciones sino pura y llanamente el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

Al respecto, resulta relevante indicar que los órganos de supervisión de derechos humanos del Sistema Interamericano han reiterado el derecho soberano que asiste a los Estados de adoptar políticas migratorias, pero igualmente han subrayado que este derecho soberano debe respetar los límites establecidos por los instrumentos de derechos humanos (resolución sobre medidas provisionales otorgadas por la Corte Interamericana en Agosto de 2000 contra República Dominicana).

Es claro que la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967 como instrumentos de derechos humanos son parte de esos límites.

Hasta los años 90', el ACNUR rara vez hacía referencia al tema de las migraciones internacionales en sus presentaciones públicas o documentos oficiales. En efecto, la organización realizaba un esfuerzo consciente por mantener una clara distinción entre los refugiados y otros tipos de migrantes



como forma de subrayar la condición y las necesidades específicas de protección de sus beneficiarios.

Sin embargo, el ACNUR debió reconocer que es cada vez mayor el número de personas que se desplazan, no sólo entre países sino entre diversas regiones e incluso continentes, llevados por un muy variado número de factores, la mayoría relacionados con el proceso de globalización internacional.

En este sentido, según los datos del ACNUR, dentro de la cifra de cerca de 150 millones de personas migrantes en el año 2000, se estimó que 14.7 millones fueron solicitantes de asilo y refugiados.

La mayor parte de esta migración se caracteriza por no tener necesidades específicas de protección, o por no estar relacionada con factores que impliquen cuestiones de violación de los derechos humanos, y por ende, queda fuera del mandato del ACNUR.

Sin embargo, los Estados generalmente reconocen el valor de este tipo de migración internacional, sea turística, laboral, de negocios o estudiantil, en la medida en que se realice de forma regulada y predecible.

Las particulares características de los flujos migratorios actuales de naturaleza mixta hacen cada vez más difícil poder distinguir entre refugiados y otros migrantes, lo cual ha contribuido en cierta medida a dificultar la



identificación y protección de aquellas personas que sufren persecución, y por ello, requieren y merecen protección internacional.

Esto acarrea consecuencias tales como la existencia de una tendencia cada vez mayor a considerar a los solicitantes de refugio como migrantes mientras no prueben lo contrario, a quienes se aplican normas migratorias, sin tener en cuenta sus necesidades específicas de protección, y los límites establecidos por los instrumentos internacionales.

Por otro lado, el ACNUR a consecuencia de los ataques del 11 de septiembre de 2001, las políticas migratorias a nivel internacional y regional, se han impregnado de mayores consideraciones en materia de seguridad. Así mismo, la oficina del ACNUR, respalda todos los esfuerzos ya sean multilaterales o regionales dirigidos a eliminar y combatir, de manera efectiva, el terrorismo internacional.

Sin embargo, en este proceso se debe garantizar un equilibrio adecuado entre las necesidades legítimas de los Estados y la protección de los derechos humanos de los individuos, en particular el derecho fundamental de toda persona de solicitar refugio, previsto en el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y en la Convención de la ONU de 1951 sobre los Refugiados.



Esta Convención, que constituye la piedra angular de la protección de los refugiados, ha sido ratificada actualmente ratificada por 143 Estados, entre ellos todos los países latinoamericanos a excepción de Cuba.

Vale mencionar que los instrumentos internacionales en materia de refugiados no ofrecen protección a terroristas ni los protegen del enjuiciamiento penal. Por el contrario, hacen posible y necesario revelar la identidad de las personas involucradas en actos de terrorismo, prevén su exclusión de la condición de refugiado y no los protegen contra enjuiciamiento penal ni la expulsión; es claro que el terrorismo es un delito grave que atenta y pone en peligro a la población, mas no otro tipo de delitos.

La preocupación del ACNUR incluye entonces dos aspectos: 1) que el solicitante de asilo o refugio sea convertido una vez más en víctima como producto del prejuicio público y las medidas administrativas o legislativas indebidamente restrictivas, y 2) que las normas de protección a los refugiados que han sido cuidadosamente cimentadas, se desgasten vulnerando así los principios básicos de protección de refugiados, en particular el principio de no-devolución.

La obligación de los Estados de no expulsar, repatriar o devolver a los refugiados a territorios en los que su vida o su libertad corren peligro, es un principio básico de protección consagrado en la Convención de 1951 (art. 33) que no admite reserva y se ha convertido en norma del derecho consuetudinario



internacional e incluye a los solicitantes de refugio cuya situación todavía no se haya determinado.

Es por ello que en la Resolución N° 1373 del Consejo de Seguridad de la ONU del 28 de septiembre de 2001, insta a los Estados a trabajar en conjunto para suprimir y prevenir los actos terroristas, de conformidad con las disposiciones del derecho internacional. Esto es consistente con la Convención de 1951 que específicamente excluye a las personas que hayan cometido serios delitos no políticos.

A su vez, la Resolución no debe ser interpretada y utilizada de manera equivocada, para privar a los inocentes de sus derechos básicos.

Cualquier discusión sobre modificaciones a políticas migratorias, debe minimizar el impacto negativo que puedan tener sobre los solicitantes de asilo de buena fe. Esto debería adquirir relevancia para todos los estados partes de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967.

También se debe tener en consideración que ante el incremento de movimientos migratorios irregulares, los Estados han procurado incorporar gradualmente distintos tipos de barreras migratorias y otras medidas de control más estrictas tendientes a disuadir u obstruir la posibilidad de solicitar asilo o refugio.



Sin embargo, estas medidas sólo han conseguido con limitado éxito sus objetivos, fomentando en muchos casos el tráfico de migrantes. Esta situación se ha visto agravada por la creciente incapacidad de los Estados – incluso aquellos más prósperos – de establecer procedimientos justos, expeditos, efectivos y eficientes para la determinación de la condición de refugiado, como es el caso del Perú y su reciente Ley de Migraciones.

Por otra parte, el ACNUR ha prestado especial atención a las medidas adoptadas para combatir el tráfico de migrantes, y la trata de personas, entendiendo que en la lucha contra estos delitos, se debe tener muy en cuenta la repercusión que ello puede acarrear a las personas que requieren protección internacional, y que se han convertido en víctimas involuntarias de estas prácticas.

Cualesquiera sean los mecanismos implementados en el diseño de las políticas migratorias, éstos deben contemplar los límites establecidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos y, en particular, garantizar el derecho a buscar y recibir refugio, y por ende, han de contemplar salvaguardas específicas para aquellas personas que requieren protección internacional.

El ACNUR recomienda que dichas políticas se construyan sobre la base de los instrumentos internacionales (universales y regionales) en la materia y que se utilicen las normas y estándares de derechos humanos para complementar la protección de solicitantes de asilo y refugiados.



En cuanto a los procedimientos formales establecidos por los Estados para la determinación de la condición de refugiado, éstos deben ser justos y eficientes, con los criterios básicos establecidos en la Conclusión VIII del Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR, y deben transformarse en herramientas efectivas para encontrar un equilibrio entre las necesidades de protección de los solicitantes de asilo y refugiados y el legítimo interés de los Estados de prevenir que sus procedimientos de refugio sean utilizados en forma indebida o abusiva, como un medio o canal alternativo para conseguir la residencia en sus territorios por personas que de otro modo no podrían obtenerla y que carecen de una genuina necesidad de protección.

En este sentido, resulta de particular importancia la aplicación de los artículos 1° y 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos, leídos en conjunto con los artículos 8° y 25° de dicha Convención. En efecto, los órganos de protección de derechos humanos del Sistema Interamericano han establecido que las garantías legales o judiciales establecidas en la Convención Americana igualmente son aplicables a los procedimientos administrativos para la determinación y el ejercicio efectivo de derechos y por ende, resultan aplicables igualmente al derecho de solicitar y recibir refugio.

De esa manera, muchos Estados han comenzado a recurrir al establecimiento de los denominados procedimientos especiales para tratar de forma simplificada las numerosas peticiones de refugio que consideran como manifiestamente infundadas o claramente abusivas, no siempre con la reserva de



proveer un nivel básico de garantías procesales para asegurar el respeto estándares establecidos en los instrumentos internacionales en la materia.

En igual sentido, también se ha notado el incremento en la práctica de los Estados de aplicar las denominadas “formas complementarias de protección” como forma alternativas a la concesión de protección bajo los estándares de la Convención de 1951.

Esto, bajo la forma de “estatuto humanitario”, “protección subsidiaria”, “estatutos alternativos” o “permisos especiales de residencia”. ACNUR reconoce el valor de este tipo de normas en la medida que sean complementarias al sistema de protección internacional de los refugiados, y no sean usadas para substituir o bajar los estándares contemplados en la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967.

En dichas prácticas, el ACNUR fomenta en este sentido la cooperación entre los países de refugio y los de origen para facilitar los procedimientos de repatriación y paliar la carga del país de refugio. Lamentablemente la imposibilidad de alcanzar estos objetivos repercute en forma negativa sobre la credibilidad y propósitos de los mecanismos nacionales de refugio.

El ACNUR considera que muchas de las dificultades que enfrenta actualmente la institución del refugio se debe en gran medida a la falta de información, procedimientos y al recelo que entraña en los Estados la falta de una clara distinción entre refugiados, solicitantes de asilo, y migrantes legales e



ilegales, tanto por parte del público en general, como por las mismas autoridades.

En efecto, el ACNUR da seguimiento y asiste como observador tanto a las reuniones de la Conferencia Regional de Migración denominada Proceso Puebla que aglutina a los países de Norteamérica, Centroamérica y Panamá, como a las reuniones regionales que en materia de migración vienen realizando los países de América del Sur.

Sin embargo, el ACNUR hace un llamado a los Estados para que este énfasis en el control migratorio se dé dentro de un marco de respeto de los compromisos internacionales de derechos humanos, con las debidas garantías para la identificación, tratamiento y protección de solicitantes de asilo y refugiados.

El ACNUR ha insistido que cualquier regulación tendiente a sancionar estos delitos debe salvaguardar de manera expresa los derechos de las personas y las responsabilidades asumidas por los Estados con arreglo al derecho internacional, en especial la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967.

Dichas salvaguardas han sido previstas en los dos Protocolos de las Naciones Unidas, y han sido también recogidos en el Acuerdo Regional firmado en el ámbito del MERCOSUR. El ACNUR ha celebrado la inclusión en estos instrumentos de este tipo de cláusulas de salvaguardia diseñadas para garantizar los derechos de los solicitantes de asilo y refugiados bajo la Convención de 1951



y el Protocolo de 1967, en particular con relación al principio de no devolución y la adopción de disposiciones específicas para la protección de migrantes que hayan sido víctimas de redes de tráfico ilegal, en particular mujeres y niños.

Sin embargo, el ACNUR ha manifestado su preocupación respecto a algunas disposiciones que pueden afectar a los solicitantes de asilo cuando se convierten en víctimas de tráfico.

Es de especial interés para el ACNUR que los Estados, al adoptar disposiciones internas de aplicación, o acuerdos bilaterales o regionales, aseguren el establecimiento de garantías mínimas para resguardar el derecho al refugio.

Por otra parte, en relación a las causas de la expulsión, es por la falta de información de las obligaciones que tiene los extranjeros en los países de estancia, es así que se tiene el derecho a recibir información durante el proceso migratorio (artículos 33°, 37° y 65° de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares)

Contar con información en todas las etapas del proceso migratorio es de particular relevancia para las personas migrantes, toda vez que su seguridad y el ejercicio de sus derechos dependerán de que éstas cuenten con información adecuada, relevante y objetiva, evitando la posibilidad de una inducción a error o



de situaciones de mayor vulnerabilidad, como ser víctimas de redes de trata u objeto de tráfico ilícito de migrantes.

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

Las Relatorías Especiales de la ONU para los derechos de las personas migrantes evidencian que una de las formas de prevenir la migración irregular es brindando información suficiente sobre las oportunidades y riesgos en el proceso migratorio. Por su parte, el Grupo Mundial para la Migraciones ha señalado que la falta de información puede conllevar que las personas migrantes vulneren las normas y regulaciones de estancia. Además, la falta de una debida preparación antes de su partida, hace que su estadía en el país de destino se torne más difícil. (Defensoría del Pueblo, 2015)

Por otro lado, la protección de la unidad familiar está reconocida en instrumentos internacionales y regionales de protección de derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 16.3°), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23.1°), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17°) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo VI), aplicándose a todos los seres humanos sin importar su condición.



De manera específica, el artículo 44° de la CTMF establece el derecho a la protección de la familia, reconociendo que esta constituye el grupo básico y fundamental de la sociedad, debiéndose facilitar la reunificación familiar.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que el derecho a la protección de la familia implica no sólo obligaciones negativas, como la no intromisión en la vida familiar, sino que conlleva deberes positivos para el Estado, de favorecer de manera más amplia el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.

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

En otro sentido, se tiene la necesidad de articulación intersectorial, la construcción de una política migratoria interna adecuada y eficaz, requiere un amplio diálogo que involucre a diversos sectores del Estado así como a la sociedad. Junto con ello, es indudable que procure la coordinación intersectorial y permanente entre todos los actores involucrados, es decir, no es una tarea que corresponda únicamente al sector Interior o de Relaciones Exteriores.



Los retos de la migración nos obligan a promover un trabajo multidisciplinario que atienda este fenómeno en todas sus etapas. Así lo ha entendido el Estado peruano, al momento de crear la Mesa de Trabajo Intersectorial para la Gestión Migratoria (MTIGM), como organismo encargado de proponer los lineamientos de la política de gestión integral migratoria y promover el fortalecimiento y la actualización de la normativa en esta materia, entre otras funciones.

La MTIGM reúne a diversos sectores y entidades del Estado y cuenta con el acompañamiento, en calidad de observadores, de la Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso de la República, el Parlamento Andino y la Defensoría del Pueblo, así como representantes de la sociedad civil y de la Organización Internacional para las Migraciones.

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



CONCLUSIONES

PRIMERA

Realizada la investigación, concluimos primeramente que el extranjero que habiendo cumplido una pena privativa de la libertad en el Perú y tiene un mandato judicial de expulsión del territorio peruano, no puede ser expulsado de dicho territorio, siempre y cuando se acoja al estatuto jurídico del refugio y cumpla con los requisitos excepcionales para ser acreedor al refugio.

SEGUNDA

Así mismo, del análisis del tema de investigación concluimos que existe el suficiente fundamento jurídico doctrinal para otorgar refugio a aquellos extranjeros que han cumplido una pena privativa de libertad, pero para ello, es necesario implementar y adecuar normas a ciertas situaciones, ya que no se prevé en la ley de migraciones, ni en la de los refugiados, y las normas relacionadas a estas.

TERCERA

Por otra parte, se ha determinado con argumentos suficientes, que si es posible acogerse al estatuto jurídico del refugio luego de haber cumplido una pena privativa de



la libertad en el Perú, no existe ningún impedimento, ya que nos respaldamos en el principio de la no devolución y el respeto por los derechos fundamentales.

CUARTA

Por último, concluimos que el mandato judicial si puede ser relevante ante una decisión de la Comisión Especial para los refugiados, debido que es una instancia superior y vela primordialmente por los derechos humanos.



RECOMENDACIONES

PRIMERA

De acuerdo a las conclusiones, se considera entonces que es esencial que el Estado Peruano cuente con múltiples herramientas para tratar con los complejos flujos migratorios. (Normatividad)

SEGUNDA

En ese sentido, el Perú debería trabajar conjuntamente con el ACNUR para encontrar soluciones a la problemática que enfrentan en el tema del refugio.

TERCERA

Se requiere de un control eficaz y seguimiento efectivo por parte del estado peruano de aquellos inmigrantes, una vez cumplida la pena privativa de libertad, y tienen mandato judicial de expulsión.

**CUARTA**

Por otra parte, implementar la norma frente a los vacíos existentes y hacer convenios y/o tratados con otros países respecto a dichos vacíos.

QUINTA

Implementar urgentemente el Reglamento de la Ley de Migraciones N° 1236, debido a que aún no se cuenta con dicho reglamento.

SEXTA

El ACNUR recomienda:

- Una aplicación coherente y consistente de las propuestas por la Declaración de Cartagena de 1984.
- En atención al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a los tratados, convenios y acuerdos suscritos, el Perú como país de destino debe garantizar a las personas extranjeras, entre otros, los siguientes derechos: i) recibir información durante el proceso migratorio; ii) recibir protección y asistencia consular; iii) a la protección de la unidad familiar; iv) a la protección contra la expulsión; y v) a la adopción de medidas que promueven la regularidad migratoria.

**SÉTIMA**

Finalmente, este conjunto de medidas y recomendaciones, son importantes en el manejo del flujo migratorio, y al momento de poder otorgar el refugio a aquellas personas que realmente la necesitan, y asimismo, con un mayor control permitir que los extranjeros no sean acreedores a una imposición de pena privativa de libertad o corran riesgo de vulnerar su vida mediante un mandato judicial de expulsión.

**REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

Arribas, M. (2000). *Los Estados europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo*. Madrid.

Asociación para la Prevención de la Tortura (APT) y Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). (2008). *La Tortura en el Derecho Internacional*. Obtenido y recuperado de Guía de Jurisprudencia: http://www.apt.ch/content/files_res/JurisprudenceGuideSpanish.pdf

Bernales Ballesteros, E. (1996). *Constitución Política del Perú "Análisis Comparado"*. Lima: ICS Editores.

Calderon, A. (2011). *El Nuevo Sistema Procesal Penal: Análisis Crítico*. Lima: EGACAL.

Caro, C. (2002). Tercer Curso Especial de Preparación para el Ascenso-Primer, Segundo y Tercer nivel de la Magistratura. Módulo Penal. En F. Velásquez V., *Los Criterios de Determinación de la Pena en el C.P. Peruano de 1991*, Lima.

Código Penal. (2011).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (S/f). *Cuadernillo de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 2: Migrantes*. San José.

Decreto Legislativo N° 1236. (26 de Setiembre de 2015). Normas Legales. *El Peruano* .

Defensoría del Pueblo. (2015). *Tratamiento de las personas extranjeras en el Perú. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo*.

Defensoría del Pueblo. (2015). *Tratamiento de las personas extranjeras en el Perú. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo*. Lima.

Flores Polo, P. (1984). *Diccionario de Términos Jurídicos*. Lima, Perú: AFA Editores Importadores S.A.

Flores, M. (23 de Marzo de 2013). *Dipublicus*. Recuperado el 04 de Mayo de 2016, de <https://dipublicus.wordpress.com/>

Garrido, L. (1991). *El Derecho al Asilo*. Madrid.

Martín y Pérez de Nanclares. (2002). *La inmigración y el asilo en la Unión Europea*. Madrid.

Martínez Perez, O. (2013). *LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS Y LA LABOR DE ORGANISMOS INTERNACIONALES AL RESPECTO. COMENTARIOS DE CÁTEDRA*. Obtenido de <https://revistasocialesyjuridicas.files.wordpress.com/2013/04/09-tl-08.pdf>

Neyra Flores, J. A. (1998). Las consecuencias Jurídicas del Delito. En M. d. Justicia, *Una Vision Moderna de la Teoria del Delito*. Lima.

Perez Barahona, S. (2003). EL ESTATUTO DE "REFUGIADO" EN LA CONVENCIÓN DE GINEBRA DE 1951. La Rioja, España.



Plender, R. (2007). *International Migration Law*. Ginebra.

Rotaeché, G. (1997). *El derecho de asilo y "no rechazo" del refugiado*. Madrid.

Velásquez V., F. (s/f). Los Criterios de Determinación de la Pena en el C.P. Peruano de 1991. En Maurach/Gössel/Zipf, *Derecho Penal 2*.



ANEXOS



ANEXO N° 1



GUÍA PARA REFUGIADOS Y SOLICITANTES DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO **EN PERÚ**

¿QUIÉN ES UN REFUGIADO?

Se considera **REFUGIADO** a toda persona, hombre, mujer, niño o niña, que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país.

También se considerará **REFUGIADO** a toda persona que ha huido de su país porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

EL PROCEDIMIENTO DE SOLICITUD DE LA CONDICION DE REFUGIADO

La Ley del Refugiado No. 27.891 (2002) y el Decreto Supremo No. 119-2003-RE que reglamenta la Ley del Refugiado (2003) establecen las condiciones, procedimiento, y organismos encargados de la determinación de la condición de refugiado en la República de Perú. Estas normas también establecen los derechos y obligaciones de los refugiados y solicitantes de tal condición.

La Comisión Especial para los Refugiados, es el organismo encargado de recibir, analizar y resolver en primera instancia las solicitudes de la condición de refugiado Asimismo, esta Comisión debe velar porque los distintos organismos del Estado aseguren el cumplimiento de lo establecido en la Ley del Refugiado y su Decreto reglamentario.

La Comisión Especial para los Refugiados está integrada por dos representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores y uno del Ministerio del Interior. Además la integran el Secretario Ejecutivo de la Comisión, que es designado por su Presidente, y un representante del ACNUR, ambos con derecho a voz pero sin derecho a voto.

EN PERÚ, EL RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO PUEDE SER SOLICITADO ANTE:

- En Lima, ante la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Especial para los Refugiados *
- Las Oficinas Descentralizadas del Ministerio de Relaciones Exteriores*
- En las fronteras, puesto de control migratorio y reparticiones policiales o militares

* Información de contacto disponible al dorso de la Guía.

PARA TENER EN CUENTA: _____

- No es posible solicitar la condición de refugiado estando fuera de Perú. La solicitud debe formularse en la frontera o dentro del territorio peruano.
- La solicitud debe formularse sin demora ante las autoridades señaladas.
- La solicitud debe ser presentada por escrito y consignar los datos de la persona y su grupo familiar, las razones por la cuales solicita la condición de refugiado, así como los datos de contacto en el Perú.
- Toda la información que se brinde será confidencial y no será compartida con las autoridades de su país.
- Las autoridades que reciban la solicitud deberán remitirlas en el plazo establecido por la Ley ante la Comisión Especial para los Refugiados.
- Las personas que soliciten en frontera la condición de refugiado serán autorizadas a ingresar al territorio no pudiendo ser rechazadas, devueltas o expulsadas por los funcionarios de frontera.



EL TRÁMITE DE LA SOLICITUD DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO:

- ▶ Usted deberá presentar su **DOCUMENTO DE IDENTIDAD** (pasaporte o cédula de identidad) y cualquier otra documentación o información en apoyo de su caso. Si no pudiera hacerlo, debe explicar las razones.
- ▶ Usted tiene el derecho de mantener al menos una **ENTREVISTA PERSONAL** con un funcionario de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Especial que le preguntará en detalle sobre los hechos que lo llevaron a abandonar su país de origen.
- ▶ Los miembros del grupo familiar deberán ser entrevistados por **SEPARADO** de los restantes miembros de la familia.
- ▶ Usted debe decir la **VERDAD** y esforzarse por aportar toda la **INFORMACIÓN** que le sea requerida durante la entrevista.
- ▶ La información aportada en la entrevista es **CONFIDENCIAL**:
- ▶ Usted deberá informar y mantener actualizado sus **DATOS DE CONTACTO** (domicilio, teléfono / fax, correo electrónico) a fin de poder ser contactado cada vez que sea necesario.

PARA TENER EN CUENTA: _____

- ▶ Los trámites son personales y **GRATUITOS**. No requieren la intervención de gestores. Si lo desea puede contar con un abogado.
- ▶ Usted puede requerir ser asistido gratuitamente por un **TRADUCTOR O INTÉRPRETE SI NO COMPRENDE EL IDIOMA**.
- ▶ Usted puede requerir ser **ENTREVISTADO POR UN FUNCIONARIO DEL SEXO QUE PREFIERA**.
- ▶ La Comisión Especial considera importante **TODA LA INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN** que pueda brindar sobre los hechos y razones que lo llevaron a abandonar su país. Para comprender mejor su situación, es indispensable que proporcione la mayor cantidad de información.
- ▶ Usted puede solicitar los datos de organizaciones para recibir **ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA**.
- ▶ **EL CARNÉ** de solicitante de refugio expedido a los solicitantes deberá ser renovado cada sesenta días y habilita a su titular para circular dentro del territorio y realizar trámites ante distintos organismos estatales



ENTREGA DE DOCUMENTO PROVISIONAL DE TRÁMITE

Presentada la solicitud de la condición de refugiado, la Secretaría Ejecutiva expedirá un documento personal llamado **CARNÉ DE SOLICITANTE DE REFUGIO** que deberá ser renovado tantas veces como sea necesario mientras dure el procedimiento.

Este Documento Provisional le permitirá **PERMANECER EN EL PAÍS** mientras dure el procedimiento, **TRANSITAR LEGALMENTE** dentro de él, tramitar la **OBTENCIÓN DE RUC**, la presentación de **CONTRATO DE TRABAJO** ante el ministerio respectivo, así como obtener una **LICENCIA DE CONDUCIR**.

PARA TENER EN CUENTA: _____

- Para que el documento provisional mantenga su validez Usted deberá prorrogarlo siempre antes de su vencimiento. Podrá prorrogarlo en la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Especial para los Refugiados u otras dependencias autorizadas.
- La vigencia del documento provisional es de 60 días, pudiendo ser renovado hasta la resolución definitiva del trámite de solicitud.

RESOLUCIÓN DE LA SOLICITUD

La solicitud será analizada por la **COMISIÓN ESPECIAL PARA LOS REFUGIADOS** que es el órgano encargado de resolver en primera instancia si se reconoce o no la condición de refugiado.

SI LA COMISIÓN ESPECIAL LE **RECONOCE** LA CONDICIÓN DE REFUGIADO, Usted se convertirá en un extranjero residente en el Perú. Se le otorgará un carné de extranjería y deberá renovar anualmente su visa de residente mediante una comunicación que la Secretaría Ejecutiva de la Comisión remite a la Dirección General de Migraciones y Naturalización.

SI LA COMISIÓN ESPECIAL **DENIEGA** LA CONDICIÓN DE REFUGIADO, usted:

- Podrá impugnar dicha decisión ante la propia Comisión Especial mediante un recurso de reconsideración en el plazo de 15 días hábiles desde la notificación.
- Podrá interponer recurso de apelación debidamente fundado ante la Comisión Revisora para Asuntos de Refugiados

mientras este pendiente la resolución de los recursos.

DERECHOS DE LOS REFUGIADOS Y SOLICITANTES:

A TRANSITAR LIBREMENTE

Por el territorio peruano. El documento provisional debe ser presentado y exhibido a las autoridades públicas que lo requieran, por ejemplo, la Policía Nacional del Perú. El documento no puede ser retenido por ninguna autoridad, a excepción de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Especial.

A LA NO DEVOLUCIÓN

Los solicitantes y refugiados no podrán ser devueltos ni expulsados a su país de origen. La protección contra la devolución incluye la prohibición de rechazar a una persona que desea solicitar la condición de refugiado en frontera.

A LA EDUCACIÓN

Los solicitantes y refugiados podrán inscribirse en los centros de estudio del país en los niveles primario, secundario y superior.

AL TRABAJO

Los solicitantes y refugiados podrán ser contratados o trabajar en relación de dependencia con la debida autorización. La remuneración y condiciones de empleo deberán ser conforme a la ley. En Perú se sanciona la explotación laboral y sexual. Para conocer mejor sus derechos como trabajador también puede requerir información en el Ministerio de Trabajo.

A LA SALUD

Los solicitantes y refugiados pueden ser atendidos, en los hospitales y sistemas públicos de atención de la salud.

A NO SER DISCRIMINADO

Sus derechos como persona no pueden ser restringidos indebidamente, por ejemplo, debido a su color de piel, su nacionalidad o al hecho de ser mujer o ser niño. Tampoco por su situación social, tener bajos recursos económicos o tener determinada creencia religiosa.

UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA GÉNERO

Tanto las mujeres como los niños o niñas pueden presentar una solicitud en forma individual, es decir, en forma independiente al jefe de familia. Las mujeres y niñas tienen derecho a una vida libre de violencia de todo tipo, incluidas la violencia sexual y familiar. Para conocer mejor su derecho a una vida libre de violencia sexual y de género puede requerir información en el Programa Nacional contra la Violencia Familiar y Sexual del MIMDES (LLAMA GRATIS A LA LÍNEA 100 desde Fijo-Celular- Público).

A PRACTICAR LIBREMENTE SU RELIGIÓN

OBLIGACIONES DE LOS REFUGIADOS Y SOLICITANTES:

RESPETAR LAS LEYES NACIONALES, PROVINCIALES Y/O MUNICIPALES

RESPETAR A LAS PERSONAS, ENTIDADES, ORGANISMOS PÚBLICOS Y PRIVADOS

RENOVAR EL DOCUMENTO PROVISORIO COMO SOLICITANTE

INFORMAR SU DOMICILIO Y MANTENERLO ACTUALIZADO

INFORMAR A LA SECRETARÍA EJECUTIVA SOBRE SU INTENCIÓN DE VIAJAR AL EXTERIOR

POR FAVOR, REQUIERA MAYOR INFORMACIÓN SOBRE LAS EVENTUALES IMPLICANCIAS DE RETORNAR A SU PAÍS DE ORIGEN, ANTES DE HACERLO.

DIRECCIONES ÚTILES

LIMA:

COMISIÓN ESPECIAL PARA LOS REFUGIADOS

Secretaría Ejecutiva
Ministerio de Relaciones Exteriores
Jr. Lampa N° 545, 6° piso
Lima, Perú
Tel/Fax: +51 (1) 204-3127
E-mail: refugiados@rree.gob.pe

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR)

Oficina Regional para el Sur de América Latina
Cerrito 836, Piso 10, C1010AAR
Buenos Aires, Argentina
Tel: +54 (11) 4815-7870
Fax: +54 (11) 4815-4352
E-mail: argbu@unhcr.org

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Oficina Defensorial Lima
Jirón Ucayali 394-396 Lima, Perú
Telefax: + 51 (1) 426-7889
Teléfono + 51 (1) 311-0300
Horario de atención: Lunes a viernes de 9:00 a 16:30

COMISIÓN CATÓLICA PERUANA DE MIGRACIÓN

Av. Husares de Junín Nro. 402
Lima, Perú
Telefono: +51 (1) 461-3480
E-mail: mig_ref@terra.com.pe | mig_ref@ccpm.pe

IQUITOS:

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

Oficina Descentralizada en Iquitos
Pevas N°120 - Iquitos
Tel.: +51 (65) 241879
Fax: + 51 (65) 243276
E-mail: iquitos@rree.gob.pe

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Oficina Defensorial Loreto (Iquitos)
Jr. Loreto N° 469 - Iquitos (Loreto)
Teléfonos +51 (65) 224185/ (65) 224189
Telefax +51 (65) 235450
Horario de atención: 07:30 a 16:15

TACNA:

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

Oficina Descentralizada Tacna
Av. Bolognesi N° 1393 Urb. Monterrico - Tacna
Tel.: +51 (52) 425642
Fax: +51 (52) 244926
E-mail: tacna@rree.gob.pe

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Oficina Defensorial Tacna
Calle Tacna N° 412 - Tacna
Tel.: +51 (52) 247605
Horario de atención: Lunes a viernes de 08:30 a 17:00

TUMBES:

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

Oficina Descentralizada en Tumbes
Jirón Ricardo Lucio Espinoza N° 172 - Tumbes
Tel.: +51 (72) 523153
Fax: +51 (72) 523153
E-mail: tumbes@rree.gob.pe

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Oficina Defensorial Tumbes
Av. Tacna N° 212 - Tumbes
Tel.: +51 (72) 525434
Horario de atención: Lunes a viernes de 08:00 a 16:00

PUNO:

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

Oficina Descentralizada Puno
Calle Conde de Lemus N° 276 - Puno
Tel.: +51 (51) 367074
Fax: +51 (51) 368925

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Oficina Defensorial de Puno
Av. Latorre N°687, Puno
Tel.: ++51 (51) 369183
Horario de atención: Lunes a Viernes de 8:30 a 16:30