

A Propósito del Decreto Legislativo N° 1236 – Nueva Ley Migratoria

Frank Hixson Araujo-Alvarez*
Pamela Dulanto Paniagua**

Resumen:

A propósito de la Nueva Ley Migratoria, el presente artículo analiza cuáles eran las problemáticas en la aplicación de la normativa antigua, tomando en cuenta la situación legal y migratoria de los extranjeros que radican en territorio peruano, así como las deficiencias políticas y legislativas en este ámbito. Luego de ello, se analizará la nueva normativa, sus aportes, deficiencias, y los cambios que ya se venían implementando.

Palabras clave:

Ley Migratoria – Trabajadores extranjeros – Migración internacional – Autoridad Migratoria – Derechos humanos

Abstract:

On the basis of the new Migration Law, the present article analyzes which were the main problems in the application of previous regulation, taking in count the legal and migratory situation of foreigners that move to Peru, such as the political and regulatory deficiencies in this field. After this, the article analyzes the new law, its contribution, its deficiencies, and the changes that were being implementing already.

Keywords:

Migratory law – Foreign employees – International migration – Migratory authority – Human rights

Sumario:

1. Introducción – 2. Marco jurídico de la migración en el Perú – 3. Problemática de la aplicación de la antigua norma migratoria – 4. La nueva regulación migratoria: avances y deficiencias – 5. Conclusiones

* Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Abogado Asociado del Estudio Rosselló del Área Laboral, especialista en laboral y migratorio.

** Bachiller en Derecho por la Univesidad San Martin de Porres. Abogada Junior del Estudio Rosselló del Área Laboral, especialista en procesal laboral y migratorio.

1. Introducción

El fenómeno de las migraciones internacionales, que fue por mucho tiempo un tema de poco interés para los Estados, se encuentra actualmente en el centro de todas las discusiones debido a que mantiene una relación estrecha con la globalización y la realidad económica actual. La relevancia del fenómeno migratorio deriva, entonces, de las consecuencias políticas, económicas, sociales, culturales, geográficas, demográficas, territoriales en los lugares de origen, tránsito y destino de la migración.

En el Perú, el fenómeno de la migración tiene sus primeros antecedentes en la época republicana, la cual se divide en dos etapas definidas: la primera, que va desde el año 1821 hasta aproximadamente el año 1970, periodo en el cual predominó la inmigración proveniente principalmente de Asia y Europa. Durante este periodo eran más los extranjeros que ingresaban a territorio nacional, que los peruanos que salían del país. Posterior a ello, se inició una segunda etapa, en la cual primó la emigración. A partir de esta etapa, específicamente durante la época de los años ochenta, el Perú se convirtió en un país expulsor de emigrantes debido a la situación socio-económica que se vivió en ese momento, al mismo tiempo se produjo una gran caída en el número de inmigrantes.

Actualmente, la migración internacional se ha convertido en una situación que ha capturado mayor interés en la sociedad peruana. Según cifras de la Defensoría del Pueblo¹, alrededor de 3 millones de peruanos radican en el exterior constituyendo el 10% de la población total del Perú; asimismo, más de 100 mil extranjeros residen actualmente en el país.

Por su parte, la globalización trajo consigo un incremento en los flujos migratorios; a pesar de esta realidad, durante mucho tiempo el Estado peruano no se preocupó por establecer una política migratoria efectiva, razón por la cual las normas migratorias se convirtieron en medidas desfasadas, fuera de contexto y que no lograban cubrir las necesidades de los extranjeros.

Asimismo, la legislación migratoria anterior generó un problema respecto al ámbito familiar de los migrantes, esto debido a que dicha norma no garantizaba la protección a la unidad familiar, por el contrario, establecía un trato diferenciado en función al sexo, filiación o estado civil del migrante, situación que vulneraba derechos fundamentales, principalmente de los niños y adolescentes.

Frente a estas problemáticas, el Estado se vio en la necesidad de establecer acciones que garanticen una política migratoria eficaz e inclusiva, que vele principalmente por resguardar los derechos fundamentales de los extranjeros, atendiendo sus condiciones y necesidades particulares.

En la óptica de una política migratoria moderna e integral, es necesario pensar en un modelo nuevo y más eficiente de organización y coordinación del gobierno, que defina competencias y objetivos, un proceso que sin duda debe pasar por la Reforma del Estado.

A pesar de los intentos del Estado por establecer un marco regulatorio dinámico, en la actualidad el Perú no cuenta con una visión sobre una política migratoria a largo plazo, menos aún, con una visión consensuada entre los distintos sectores de la sociedad. Esta situación se ve reflejada en el vago esfuerzo de planeación nacional, materializada en el Decreto Legislativo N° 1236 publicado a fines del año 2015, el cual, lejos de establecer una nueva política migratoria, recoge normas y directivas que no brindan una solución integral al problema. Esto constituye un punto de partida con ventajas (la planeación obligada) y desventajas (la ausencia de necesidad de plantearse la planificación más allá de la duración de una solución para un problema en concreto).

De esta manera, el Perú carece de un marco legal de referencia que permita fijar objetivos acordados a largo plazo, ni dar continuidad a líneas de acción para alcanzarlos. La visión temporal tampoco se presta a una evaluación sistemática de las consecuencias a largo plazo de las acciones que emprende cada administración o de sus posibles omisiones. La ausencia de una visión a largo plazo hace que en ciertos ámbitos las medidas para atender las necesidades se emprendan con retraso, con costos económicos y sociales importantes, los mismos que podrían evitarse.

Por tanto, resulta evidente la necesidad de una nueva política nacional migratoria que contenga estrategias integrales y que contemple el reto de la coordinación entre los diferentes niveles del Estado, entre los Estados, con los organismos internacionales y con otros actores de la sociedad, incluyendo a los propios migrantes.

En el presente artículo, nos encargaremos de desarrollar algunas de las problemáticas de la aplicación de la antigua legislación migratoria, para lo cual se debe tener en cuenta la situación legal y migratoria de los extranjeros que radican en territorio peruano, así como también, la deficiencia

1 Cifras tomadas del Informe N° 009-2014-DP/ADHPD, publicado por la Defensoría del Pueblo en marzo de 2015.

en las políticas y legislación migratoria que existe en la actualidad, lo cual deja en una situación vulnerable para ellos y afecta directamente el desarrollo y la economía de nuestro país.

También resaltaremos cuáles son los principales aportes que nos trae la nueva legislación migratoria – regulada en el Decreto Legislativo N° 1236 – siempre teniendo en cuenta que ello ya se venía implementando por la Autoridad Migratoria en forma discrecional, pero que no se encontraba contenido en una ley.

2. Marco jurídico de la migración en el Perú

La migración en el Perú tuvo una primera regulación en el año 1933 durante el gobierno del presidente Luis Miguel Sánchez Cerro, a través de la Ley N° 7744, en la cual se estableció por primera vez la obligación de los extranjeros mayores de 18 años que tuvieran una permanencia mayor a 60 días en el país, de inscribirse en los registros de extranjería.

Asimismo, a través de dicha ley se creó la “carta de identidad” – lo que hoy se denomina carné de extranjería – documento indispensable para todo extranjero que residía en el Perú, con el cual podía realizar cualquier actividad de carácter civil o comercial.

Dicha norma, que solo contaba con nueve artículos, se centró principalmente en regular de manera general las obligaciones económicas que tenía todo extranjero que adquiriría la residencia, tales como el pago del “timbre de extranjería” durante los meses de enero y febrero correspondiente al primer semestre, y en los meses de julio y agosto respecto al segundo semestre del año. El incumplimiento de dicha obligación era sancionado pecuniariamente por la autoridad administrativa correspondiente. El Ministerio de Gobierno y Policía era el ente rector encargado de supervisar y administrar todo lo relacionado al procedimiento migratorio.

Posterior a ello, estando Manuel Prado Ugarteche al mando del gobierno peruano, se dio inicio a la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) trayendo consecuencias que afectaron principalmente el comercio, lo cual generó una crisis económica interna. Por tal motivo, las importaciones en el Perú se redujeron considerablemente debido a la escasez de los productos, por lo cual el gobierno se vio en la necesidad de implementar políticas referidas a la exportación de productos extranjeros, lo que trajo consigo un incremento en el ingreso de personas extranjeras al territorio peruano.

Asimismo, el Perú fue el primer país en tomar la política denominada “solidaridad continental”, la cual consistía en el apoyo al gobierno estadounidense y a los países que se enfrentaban contra las potencias del eje (Alemania, Italia y Japón). En este contexto se publicó la Ley N° 9148, a través de la cual se inició la regulación respecto de la nacionalización de extranjeros, estableciéndose como únicos requisitos: saber leer y escribir en castellano, ejercer algún oficio o profesión, acreditar moralidad y buenas costumbres y no haber sido declarado civilmente incapaz.

Es recién a partir del Decreto Legislativo N° 703, promulgado en el año 1991, y su posterior modificación a través del Decreto Legislativo N° 1043², que se desarrolla las situaciones migratorias con más detalle, tales como el ingreso, permanencia, residencia, salida, reingreso y control de extranjeros. De esta forma, se establece por primera vez las calidades migratorias en base a las cuales se admiten a los extranjeros para radicar en territorio nacional. A partir de esa norma, se intentó establecer un marco jurídico que regule las distintas situaciones migratorias, así como también crear un sistema de control que permita a la Autoridad Migratoria monitorear las diferentes actividades que realizaban los extranjeros en el Perú.

A pesar de ello, esta norma nunca fue reglamentada, situación que dificultó su aplicación para la Autoridad Migratoria. A través del TUPA de Migraciones y sus directivas internas se estableció los trámites, procedimientos y servicios migratorios, los cuales debieron ser incorporados en el reglamento de la ley. Sin embargo, muchas veces estas directivas internas eran aplicadas de acuerdo a la discrecionalidad del funcionario que se encontraba a cargo para un caso concreto, lo cual generaba una incertidumbre y vulneración de los derechos del extranjero respecto al procedimiento que deseaba realizar.

Uno de los avances más importantes de esta norma, que vale resaltar, es que establece que las personas extranjeras de situación migratoria regular (permanencia o residencia) tienen los mismos derechos y obligaciones que los nacionales, salvo las excepciones establecidas en la Constitución y la Ley. Además, señala cuáles son las obligaciones que debía cumplir todo extranjero residente en el Perú, tales como el pago de las tasas para realizar los procedimientos, obtener una calidad migratoria acorde a las actividades que va a realizar el extranjero en el país, y prorrogar su residencia anualmente, entre otros.

Existen otras normas que regulan algunos aspectos complementarios de la temática

2 El Decreto Legislativo N° 1043 sustituye los artículos referido a las calidades migratorias.

migratoria, entre las cuales figuran: la Ley N° 27891 – Ley del Refugiado, la Ley N° 28950 – Ley contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, la Ley N° 27840 – Ley de Asilo y el Decreto Ley N° 689 – Ley para la contratación de los trabajadores extranjeros. Igualmente, algunas directivas internas de Migraciones relacionadas a sanciones, control migratorio y algunos procedimientos establecidos en la Ley de Extranjería y el TUPA.

Por último, en el mes de setiembre del 2015 se publicó el Decreto Legislativo N° 1236 que regula el ingreso y salida de ciudadanos nacionales y extranjeros, así como la permanencia y residencia de los extranjeros en el Perú y los documentos de viaje. Esta nueva norma migratoria introduce cambios relevantes en relación a la antigua norma y cautela los derechos fundamentales de los extranjeros que no se encontraban comprendidos en las normas anteriores.

3. Problemática de la aplicación de la Antigua Norma Migratoria

Como se mencionó anteriormente, con la promulgación del Decreto Legislativo N° 703 – Ley de Extranjería – y sus posteriores modificaciones, se buscó regular las situaciones migratorias de los extranjeros en el Perú. Sin embargo, durante todo el tiempo que estuvo vigente, dicho esfuerzo no cumplió con su objetivo debido a la imposibilidad de su correcta aplicación al no encontrarse reglamentada.

Frente a ello, la Autoridad Migratoria se vio en la obligación de recurrir a normas y directivas internas (como por el ejemplo el Texto Único de Procedimientos Administrativos – TUPA de Migraciones) que establecían los lineamientos para la ejecución de lo establecido en la ley migratoria.

Dicha situación determinó que, en la actualidad, el ámbito migratorio no cuenta con una Ley General de Migración que se encuentre reglamentada y que pueda desplegar sus alcances de manera efectiva, lo que ha generado una sobre-interpretación de la ley por parte de las autoridades migratorias y, consecuentemente, la vulneración de los derechos fundamentales de los migrantes que ingresan o se quedan de forma temporal o permanente en el país.

En efecto, la ausencia de reglamento de la Ley de Extranjería ha traído como consecuencia que se genere una incertidumbre jurídica en el ámbito migratorio, debido a que no se ha establecido las

pautas y los criterios legales aplicables para los procedimientos migratorios.

En la práctica, los funcionarios públicos estuvieron facultados de una discrecionalidad excesiva, vulnerando en muchas ocasiones los derechos fundamentales de los extranjeros, tales como el derecho a la igualdad y a la no discriminación, solo por mencionar algunos de ellos; trayendo como consecuencia que los migrantes tengan que pasar por una serie de barreras burocráticas innecesarias, además del exceso de trámites y plazos, corrupción, entre otros.

De otro lado, también se puede observar que existía una falta de parámetros al momento de la imposición de las sanciones administrativas migratorias. Como lo menciona la Defensoría del Pueblo³, mediante Resolución de Superintendencia N° 254-2014-MIGRACIONES, se aprobó la Directiva N° 005-2014-MIGRACIONES-AJ, “Normas y Procedimientos para la aplicación de las sanciones migratorias a los extranjeros que infringen la Ley de Extranjería y su modificatoria”, la misma que presenta serios errores de interpretación en su contenido, lo que estaría vulnerando derechos fundamentales de las personas sujetas a esos procedimientos.

Asimismo, la Defensoría del Pueblo detectó que en la Ley de Extranjería se establece algunos actos considerados como “infracciones”, sin embargo, estos no son desarrollados en la norma, situación que imposibilita establecer de manera clara y específica las conductas que configuran faltas administrativas.

Otro punto a resaltar es lo referente a las calidades migratorias establecidas en la Ley de Extranjería, las cuales constituyen el status legal a través del cual el Estado otorga la autorización al extranjero para que pueda desarrollar diferentes actividades, sean estas remuneradas o no. Dichas calidades se encuentran diseñadas de tal manera que son excluyente entre sí, limitando las actividades que puede realizar el extranjero en cada calidad migratoria.

Por ejemplo, la calidad migratoria de trabajador solo permite al extranjero realizar actividades laborales solo en virtud de un contrato de trabajo aprobado previamente por el Ministerio de Trabajo, con todo lo que eso conlleva, sin perjuicio de los convenios bilaterales suscritos por el Perú que faciliten su contratación. En este caso, y tal como se encuentra redactada en la norma, el que ostente esta calidad no podría realizar

3 En el Informe N° 009-2014-DP/ADHPD, la Defensoría del Pueblo realiza un análisis respecto de la ausencia de un marco legal para la aplicación de las sanciones administrativas migratorias, teniendo en cuenta que la Ley de Extranjería no desarrollaba taxativamente los supuestos que merecían una sanción.

actividades como trabajador independiente, o iniciar un negocio propio como inversionista, ya que tendría que cambiar a la calidad migratoria que calce con la actividad que va a realizar, limitando así al extranjero desarrollar actividades relacionadas, ocasionándoles costos económicos y administrativos innecesarios.

Otra situación que pone en evidencia la discordancia entre lo que sucede en la realidad y lo que se encuentra normado es lo que sucede cuando un extranjero adquiere la calidad migratoria de trabajador con una empresa particular, pero que en el transcurso de su residencia decide cambiar de empleador. En ese caso no existe en la Ley de Extranjería ni en el TUPA de Migraciones un procedimiento administrativo que permita al extranjero solicitar el cambio de su empleador por uno distinto con el adquirió la calidad migratoria.

Con la finalidad de llenar dicho vacío, la Autoridad Migratoria se ha visto en la necesidad de “crear” un procedimiento administrativo denominado “Cambio de empleador”, a través del cual el extranjero puede solicitar la modificación de empleador en su ficha de inscripción. Dicha situación contraviene el principio de legalidad, el cual ha sido reconocido en el artículo 36° de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, que señala que los procedimientos administrativos solo pueden ser establecidos mediante Decreto Supremo o norma de mayor jerarquía, además de estar sistematizado y compendiado en el TUPA de la entidad correspondiente.

Como se observa, la falta de regulación y reglamentación en el ámbito migratorio ocasiona un vacío legal que no solo afecta a los administrados, sino también a la institución estatal, que se ve en la necesidad de utilizar la discrecionalidad y las directivas internas a fin de sortear las dificultades e incertidumbres que surgen a partir de estas situaciones.

4. La nueva regulación migratoria: avances y deficiencias

A través de la promulgación del Decreto Legislativo N° 1236⁴ se introducen cambios relevantes en relación a la antigua norma. Esto incluye una serie de principios en materia migratoria, los cuales reconocen el respeto de los derechos fundamentales del migrante, la inclusión

del extranjero y su familia, el interés superior del niño, así como la no discriminación en materia migratoria, entre otras.

A diferencia de la norma anterior, la nueva ley migratoria considera a todos los miembros del núcleo familiar, garantizando el derecho de reunificación familiar del extranjero, en atención a la protección a la familia. Asimismo, incorpora la unión de hecho (convivencia), brindándoles a las personas extranjeras los mismos derechos migratorios que una persona casada, tal como lo garantiza nuestra Constitución Política.

A diferencia de la norma anterior, que limitaba el llamado de familia para las hijas solteras mayores de edad, se amplía el otorgamiento de visa por llamado de familia para hijos solteros mayores de edad, siempre que sean menores de 28 años y estén siguiendo estudios técnicos o superiores.

Respecto a la reunificación familiar, la norma indica que el nacional y extranjero que mantenga un vínculo familiar con un extranjero o nacional podrá solicitar la categoría migratoria de residente de cualquiera de los integrantes del núcleo familiar. A los familiares del extranjero que ostente una calidad migratoria temporal con permisos de permanencia mayor a 90 días, se les asignará por reunificación familiar la misma calidad migratoria que el titular extranjero. En el caso de los familiares del extranjero con categoría migratoria residente pueden o no optar por las categorías de residente u otra a su elección, si reúnen los requisitos exigidos.

Por otro lado, la nueva norma traslada la responsabilidad a la Autoridad Migratoria, respecto a la protección de extranjeros en situación de vulnerabilidad, a fin de que ponga en conocimiento de las autoridades competentes, los casos de trata de personas, violencia familiar, grave amenaza, violación o afectación de los derechos fundamentales de personas extranjeras.

Además, se amplían los alcances de las calidades migratorias existentes y se crean nuevas calidades migratorias de acuerdo a cada necesidad para que los extranjeros realicen actividades lucrativas, entre las cuales resaltan las siguientes:

a. Trabajador: A diferencia de la anterior norma, se permite al extranjero realizar actividades retribuidas de manera subordinada o independiente en virtud de un contrato

4 El Decreto Legislativo N° 1236 fue publicado el 26 de setiembre de 2015 y entrará en vigencia a los noventa (90) días hábiles de la publicación del Reglamento de la Ley en el Diario oficial El Peruano. Sin embargo, el Título Preliminar y los artículos del 60° hasta el 64° referidos a la regularización migratoria y los artículos 65°, 67°, 69°, 70°, 71°, 77° y 88° referidos al control de salida, reingreso y registro migratorio, así como la Novena y Décima Disposición Complementaria Final referidas a la regularización migratoria y la seguridad nacional, entraron en vigencia el 27 de setiembre de 2015.

de trabajo o un contrato de prestación de servicios.

b. Transferencia Empresarial: Se aplica para aquel extranjero que ingresa al Perú como empleado de una empresa transnacional o corporación internacional y que se desplaza al Perú para trabajar en el mismo grupo económico, desempeñándose como personal de alta dirección, confianza, especialista o especializado.

c. Trabajador Designado: Este tipo de trabajador ingresa al país con el fin de realizar actividades laborales enviados por su empleador extranjero, por un plazo limitado. La peculiaridad de este tipo de trabajador es que realiza actividades concretas que requieren conocimiento profesionales o técnicos altamente especializado. Con la nueva norma se reduce el tiempo de permanencia de 90 días calendarios a sólo 30 días calendarios sin opción a prorrogarse.

d. Trabajador Fronterizo: Se aplica para los extranjeros fronterizos con el Perú que realizan actividades económicas o laborales, sea bajo subordinación o autonomía.

Uno de los temas relevantes es la pronta regularización migratoria. Mediante dicho mecanismo, los extranjeros con categorías migratorias de "temporal" y "residente", con permisos de permanencia mayores a 90 días, en situación de irregular por vencimiento del plazo de permanencia, podrán regularizar esta situación de acuerdo con las normas que emita el Ministerio del Interior. Igual oportunidad tendrán los extranjeros con categorías migratorias de "visitante" y "temporal", con permisos menores a 90 días, en situación migratoria irregular, también podrán subsanar esta situación previo pago de multa y según lo disponga el Ministerio del Interior.

Asimismo, se reconoce la potestad sancionadora y se establecen sanciones en caso de incumplimiento, que van desde la multa hasta la expulsión del territorio nacional. Incluye del mismo modo multas a empleadores que contraten a trabajadores en situación migratoria irregular.

A partir de estos nuevos cambios, lo que busca la nueva norma es establecer un marco jurídico acorde con las situaciones que venían dándose y así otorgarle al extranjero soluciones a problemas que enfrentaba la Autoridad Migratoria por la antigüedad de la norma anterior.

5. Conclusiones

En la actualidad, el Decreto Legislativo N° 703 aún se sigue aplicando por las autoridades migratorias, puesto que mantendrá sus efectos hasta la publicación del reglamento del Decreto Legislativo N° 1236. Sin embargo, aún quedan algunos temas pendientes en cuanto a la aplicación de esta última norma, que esperamos sean regulados por el reglamento.

Creemos que se debe privilegiar la simplificación de los procedimientos administrativos y procurar que la Autoridad Migratoria se convierta en un ente facilitador de los diversos procedimientos que ve día a día, sobretodo cautelando los derechos fundamentales de los extranjeros que no se encontraban reconocido en la norma anterior, tratándose de temas tan sensibles como resulta ser lo migratorio para los extranjeros.

En tal sentido, es de suma importancia que se cumpla con la publicación del reglamento que desarrolle lo contenido en la norma migratoria y esta pueda ser aplicada en su totalidad, estableciendo las reglas básicas que se debe seguir en los procedimientos administrativos que se realizan ante la autoridad migratoria, evitando generar una incertidumbre e inconvenientes innecesarios para el extranjero al momento de realizarlos. 