

Mandatos del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes; de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos y de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia

Ref.: OL PER 7/2023

(por favor, utilice esta referencia en su respuesta)

20 de diciembre de 2023

Excelencia,

Tenemos el honor de dirigirnos a Usted en nuestra calidad de Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes; Relatora Especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos y Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, de conformidad con las resoluciones 52/20, 52/4 y 52/36 del Consejo de Derechos Humanos.

En este contexto, quisiéramos señalar a la atención urgente del Gobierno de Su Excelencia la información que hemos recibido en relación con **los Decretos Legislativos n°1582, n°1573 y n°1574, que modifican, respectivamente, el Decreto Legislativo de Migraciones, el Código Penal aprobado por Decreto Legislativo n°635, y el Nuevo Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo n°957, y sobre el impacto que dichas modificaciones podrían tener en los derechos humanos de las personas migrantes y los defensores de derechos humanos que trabajan en el ámbito de la migración.**

La adopción de los citados decretos legislativos sigue una serie de iniciativas legislativas presentadas en el Congreso de la República peruano desde el año 2022, que proponen la modificación de la legislación nacional en materia migratoria. Algunas de estas iniciativas podrían vulnerar los derechos humanos de las personas migrantes y han sido objeto de comentarios por parte de varios titulares de mandatos de los Procedimientos Especiales, transmitidos al Gobierno de su Excelencia mediante la comunicación OL PER 6/2022 el 23 de noviembre de 2022. Lamentamos no haber recibido, hasta la fecha, ninguna respuesta por parte del Gobierno de Perú a dicha comunicación.

Según la información recibida:

El 14 de noviembre de 2023, el Poder Ejecutivo de Perú publicó el Decreto Legislativo n°1582, que modifica el Decreto Legislativo n°1350 o Decreto Legislativo de Migraciones. Anteriormente, el 5 de octubre de 2023, el Poder Ejecutivo publicó el Decreto Legislativo n°1573 que modifica el Código Penal aprobado por Decreto Legislativo n°635, y el Decreto Legislativo n°1574 que modifica el Nuevo Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo n°957.

Los tres Decretos arriba mencionados fueron adoptados en el marco de las atribuciones delegadas por el Congreso de la República en el Poder Ejecutivo para legislar en materia de seguridad ciudadana, en virtud de la ley N°31880.

Decreto Legislativo n°1582

El Decreto Legislativo n°1582 modifica el Decreto Legislativo de Migraciones a efectos de fortalecer las funciones de la Superintendencia Nacional de Migraciones, destinadas a salvaguardar la seguridad nacional y facilitar la movilidad internacional segura y ordenada, reduciendo riesgos en el orden interno y en la seguridad nacional. El Decreto Legislativo de Migraciones tiene por objeto, según lo establecido en su artículo 1, regular el ingreso y salida del territorio peruano de personas nacionales y extranjeras; la permanencia y residencia de personas extranjeras en el país y el procedimiento migratorio; regular la emisión de documentos de viaje para nacionales y extranjeros; así como de identidad para extranjeros, fortaleciendo la seguridad nacional, salud pública, orden interno, orden público, seguridad ciudadana, de conformidad con el principio de soberanía.

El nuevo texto legislativo introduce bajo el título VI del Decreto de Migraciones un nuevo “procedimiento administrativo sancionador especial excepcional (PASEE) para la expulsión por la comisión de las infracciones referidas a la situación migratoria irregular y por actividades que pongan en riesgo o atenten contra el orden público, el orden interno, la seguridad nacional o la seguridad ciudadana”. El título VI será aplicable a las infracciones tipificadas en los literales d) y f) del numeral 58.1 Artículo 58 del Decreto, que recoge los supuestos para las sanciones de expulsión de las personas extranjeras. Así, el PASEE se aplicará a los extranjeros que se encuentran en situación migratoria irregular por ingresar al país sin realizar el control migratorio de conformidad con la normativa vigente, así como a los extranjeros que realicen actividades que pongan en riesgo o atenten contra el orden público, el orden interno, la seguridad nacional o la seguridad ciudadana (arts. 67 y 68.1 del Decreto).

El PASEE consta de una fase instructora y otra sancionadora, que se desarrollan mediante una audiencia única, virtual o presencial, y la duración total de dicho procedimiento no podrá exceder las 24 horas desde que se hizo la retención administrativa del extranjero llevada a cabo por la Policía Nacional (arts. 68.3, 68.4 y 69.2 del Decreto). La medida se inicia con la imputación de cargos de la autoridad instructora de Migraciones y concluye con la notificación de la resolución de la autoridad sancionadora (art. 68.2). Si mediante dicho proceso se comprobare la infracción, Migraciones emitirá una resolución de sanción que ordena la expulsión inmediata de la persona (art. 71.3.1.1). Esta resolución será inmediatamente trasladada a la Policía Nacional de Perú para que lleve a cabo la correspondiente expulsión administrativa, aunque el Decreto no indica cómo se llevará a cabo el procedimiento de expulsión inmediata. En el caso de que se necesiten actuaciones adicionales, el caso sería derivado a las disposiciones del procedimiento administrativo ordinario.

Por último, aunque el artículo 72 del Decreto prevé que contra la resolución de la sanción que ordena la expulsión inmediata puede interponerse un recurso de reconsideración en el plazo de tres días hábiles, se destaca que la interposición de dicho recurso no suspende la ejecución de la sanción impuesta.

Decreto Legislativo n°1573

El Decreto Legislativo n°1573 modifica el Código Penal con la finalidad de fortalecer las intervenciones policiales en flagrancia, introducir la tipificación de reingresos clandestino o sin controles migratorios, y reforzar el control migratorio.

Los cambios introducidos por este Decreto legislativo modifican los artículos 52 y 303-A del Código Penal, relativos a la conversión de la pena privativa de libertad y al tráfico ilícito de migrantes, e incorpora los nuevos artículos 30-A y 303-C, sobre la aplicación de la pena restrictiva de libertad como pena accesoria y el “reingreso clandestino o ilegal”.

Así, en primer lugar, el artículo 2 del Decreto prevé la modificación del artículo 52 del Código Penal sobre la conversión de la pena privativa de libertad, introduciendo como alternativa la “expulsión inmediata” de la persona extranjera. Conforme a lo dispuesto en el texto, el juez podrá convertir la pena privativa de libertad en expulsión inmediata en aquellos casos en los que ésta no sea inferior a los cuatro años ni superior a los diez, y siempre en el supuesto de que la persona haya cumplido dos tercios de la condena. La expulsión inmediata podrá ser dispuesta por el juez en base al artículo 30 del Código Penal peruano, que recoge la denominada “pena restrictiva de la libertad” o de expulsión del país, y que “se aplica a extranjeros después de cumplida la pena privativa de libertad o la concesión de un beneficio penitenciario, quedando prohibido su reingreso”.

El texto añadido establece excepciones a esta posibilidad de conversión de la pena en expulsión inmediata para aquellos casos en los que la persona haya sido sentenciada por delitos tipificados en los artículos del Código Penal que expresamente señala el artículo 2 del Decreto.

Con anterioridad a la publicación del Decreto legislativo n°1573, el artículo 52 del Código Penal preveía únicamente como penas alternativas a la privación de libertad la aplicación de multas o la prestación de servicios comunitarios.

Asimismo, el artículo 2 del Decreto también introduce modificaciones al artículo 303-A del Código Penal, incorporando al delito de tráfico ilícito de migrantes a la persona que promueva, favorezca, financie o facilite “el ingreso o reingreso ilegal o el tránsito irregular en el país de otra persona”, que quedan sujetas a penas de prisión de cuatro a seis años.

Por otro lado, el artículo 3 del Decreto Legislativo introduce nuevas modalidades penales:

- El nuevo artículo 30-A del Código Penal introduce una lista de delitos para los cuales se establece la aplicación de la expulsión del país de la persona extranjera como pena accesoria (regulada en el artículo 30 del Código Penal).
- Incorpora un nuevo artículo 303-C que tipifica el delito de “reingreso clandestino o ilegal”, sancionando con penas privativas de libertad de

dos a cuatro años a los extranjeros que cuenten con sentencias condenatorias consentidas o ejecutoriadas o sanciones administrativas y traten de reingresar en el territorio nacional peruano de manera irregular. Además, este nuevo artículo establece penas de tres a seis años en los casos en los que existan causales de impedimento o prohibición de ingreso a los extranjeros que reingresen en Perú. Por otro lado, el extranjero que reingrese en el territorio peruano utilizando un documento de identidad o viaje falso, o faltando a la verdad en información requerida por la autoridad para autorizar el ingreso o la salida, será sancionado mediante este nuevo artículo con una pena privativa de libertad de entre tres y siete años.

Decreto Legislativo n°1574

El Decreto Legislativo n°1574, por su parte, modifica el Nuevo Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo n°957. Así, el artículo 2 del Decreto introduce cambios en el numeral 4 del artículo 205 del Nuevo Código Procesal Penal, sobre el control de identidad policial practicado a personas extranjeras y nacionales.

Los cambios a este artículo añaden disposiciones para los supuestos en los que las personas intervenidas para su identificación no puedan exhibir su documento de identidad. En estos casos, tanto las personas nacionales como las extranjeras pueden ser conducidas a la dependencia policial más cercana, con el fin de ser identificadas.

El nuevo texto establece que, si después de efectuada la comprobación de la identidad de las personas extranjeras se verifica que tienen antecedentes policiales, penales o judiciales en su país de origen o de cualquier otro país, se pondrá en conocimiento de la Superintendencia Nacional de Migraciones, para que proceda conforme la Ley (4.2.1).

Asimismo, en los casos en los que el extranjero intervenido esté presuntamente vinculado a la comisión de un delito y no se pueda obtener la información para su identificación, la Policía deberá poner la situación en conocimiento del Ministerio Público. Éste, a su vez, podrá solicitar ante el Juez de la Investigación Preparatoria las medidas coercitivas que correspondan (4.2.3).

En nuestra calidad de expertos independientes en derechos humanos designados por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, quisiéramos señalar a la atención del Gobierno de su Excelencia que las modificaciones anteriormente descritas introducidas por los Decretos legislativos n°1582, n°1573 y n°1574 plantean una serie de cuestiones generales desde la perspectiva de los derechos humanos de las personas migrantes, así como de los defensores de los derechos humanos de las personas migrantes, y pueden resultar en violaciones de los estándares internacionales de los derechos humanos suscritos por Perú.

Garantías del derecho internacional en los procedimientos de expulsión

En primer lugar, quisiéramos referirnos a las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo n°1582. En concreto, quisiéramos compartir nuestras

consideraciones con respecto al nuevo procedimiento sancionador especial excepcional (PASEE), que permite la expulsión inmediata de personas extranjeras que se encuentran en situación irregular o que realicen actividades que se considere que ponen en riesgo el orden público, la seguridad nacional o la seguridad ciudadana. La implantación de un procedimiento administrativo acelerado para la expulsión inmediata de extranjeros podría vulnerar las garantías previstas en el derecho internacional de los derechos humanos para los procedimientos de expulsión y retorno de las personas migrantes, incluyendo las relativas al debido proceso y las relativas al principio de devolución.

De manera similar, también hacemos referencia a las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo nº1573 referentes a las expulsiones de las personas migrantes que hayan cumplido o se hallen cumpliendo sentencia en Perú, ya sea en base a la conversión de la pena privativa de libertad en una medida de expulsión según lo permitido por el artículo 52 modificado, o como pena accesoria prevista para los delitos expresamente contemplados en el nuevo artículo 30-A del Código Penal, en base a lo dispuesto en el artículo 30 del mismo. Estos preceptos podrían facilitar que se lleven a cabo expulsiones de personas extranjeras sin tener en cuenta debidas salvaguardas internacionales, que exigen el cumplimiento de todas las garantías del debido proceso, la determinación individual de las circunstancias de cada persona, así como la evaluación individual sobre sus necesidades de protección.

En relación a estas disposiciones relacionadas con las expulsiones de personas migrantes, recordamos que los retornos involuntarios no pueden llevarse a cabo legalmente sin el debido proceso legal: según el derecho internacional, la decisión de expulsar o deportar a un extranjero solo puede tomarse después de un examen de las circunstancias de cada individuo, de conformidad con la ley y cuando se hayan respetado las debidas garantías procesales. Las personas que se enfrentan a medidas de deportación deben tener acceso a un examen justo e individualizado de sus circunstancias particulares, así como a un mecanismo independiente con autoridad para revisar las apelaciones de decisiones negativas.

La ausencia de una determinación individualizada de cada caso de expulsión puede incurrir en violaciones de la violación de la prohibición del principio de no devolución. El principio de no devolución o *non-refoulement* está explícitamente establecido en el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, ratificada por Perú en 1988, y en el artículo 16 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, de la que Perú es parte desde el 26 de septiembre de 2012. El principio de no-devolución está asimismo implícitamente consagrado en el PIDCP, en la Convención de los Derechos del Niño (CDN) y la CIPDTMF. Cabe señalar que, bajo el marco del derecho internacional de los derechos humanos, el principio de no devolución prohíbe la expulsión, devolución o extradición de una persona en su territorio o bajo su jurisdicción o control efectivo a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a un daño irreparable, tales como peligro de vida, tortura, trato inhumano, desaparición forzada, entre otros. Este principio se aplica a todas las formas de expulsión de personas, independientemente de su nacionalidad, condición jurídica, situación

migratoria, apátrida o ciudadanía. Es un principio absoluto y, por tanto, no puede ser derogado.

Se ha interpretado que el principio de no devolución es aplicable a una amplia gama de riesgos de daño irreparable, y debe aplicarse para evitar la devolución de personas en casos de riesgo de violaciones graves de los derechos humanos, como los riesgos para los derechos a la vida y a la integridad y libertad personales, y de torturas y malos tratos. En determinadas circunstancias, la evaluación individual del riesgo de daño irreparable incluye, entre otros elementos, el acceso a los derechos económicos y sociales o el nivel de disfrute de estos.

El derecho al debido proceso, por otro lado, comprende un cúmulo de garantías judiciales y administrativas dentro de los que destacan el principio de legalidad, el principio de igualdad ante la ley y los tribunales, el derecho a un juez competente, independiente e imparcial, el derecho a un juicio justo, el derecho a un trato humano, el derecho a la celeridad judicial y el derecho a un recurso efectivo. Este derecho se encuentra consagrado en múltiples tratados internacionales de derechos humanos, entre ellos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Perú el 28 de abril de 1978 (arts. 2.3, 9, 10, 11, 14 y 15). Enfatizamos que el disfrute de los derechos garantizados en este Pacto no se limita a los ciudadanos de los Estados Parte, sino que “también debe estar disponible para todas las personas, independientemente de su nacionalidad o apatridia, como los solicitantes de asilo, los refugiados, los trabajadores migratorios y otras personas, que puedan encontrarse en el territorio sujeto a la jurisdicción del Estado Parte” (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13(2004), párrafo 10). El cumplimiento del debido proceso es además un estándar transversal para el ejercicio de otros derechos, pues determina la necesidad de que todas las acciones jurídicas ejecutadas, cumplan con un estricto procedimiento que respete sus garantías procesales.

Asimismo, quisiéramos acentuar que todas las apelaciones, vías de recurso y garantías procesales deben de producir un efecto suspensivo sobre la expulsión ((A/HRC/38/41, párr. 89). El artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece que “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”, lo que presupone la garantía de acceder a un procedimiento justo. Es por ello por lo que nos preocupa que el recurso de apelación previsto en el artículo 72 del Decreto n°1582 no tenga efectos suspensivos ante la determinación de una sanción de expulsión inmediata impuesta mediante el PASEE.

Cabe destacar que el informe “Violaciones de los derechos humanos en las fronteras internacionales: tendencias, prevención y rendición de cuentas”, en el que el Relator Especial sobre los derechos humanos de las personas migrantes identificó los procedimientos acelerados de retorno como una de las prácticas que aumentan la vulnerabilidad de las personas migrantes (A/HRC/50/31, para. 24). Además, en su informe temático sobre retorno y reintegración de migrantes, el Relator recordaba que los Estados, a fin de garantizar el respeto de los derechos humanos de los migrantes en el contexto de los retornos, deben velar por que las devoluciones se decidan sobre la base de un

procedimiento que garantice la confidencialidad de la información y durante el que el migrante esté debidamente representado, tenga acceso a asistencia jurídica y servicios de interpretación apropiados y disponga de una oportunidad real de explicar por qué una devolución no respetaría sus derechos (A/HRC/38/41, para. 92).

Además, las medidas de expulsión y de prohibición de reingreso podrían tener efectos indeseados sobre los derechos relacionados con el arraigo de las personas migrantes en el país. Quisiéramos hacer hincapié en que los Estados también tienen la obligación de garantizar el principio de unidad familiar de las personas migrantes, conforme a lo dispuesto en el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 23. Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD, por sus siglas en inglés), en su Recomendación general núm. 30, ha instado a los Estados a que eviten la expulsión de los no ciudadanos, especialmente si han residido en el país durante largo tiempo, que pueda tener como resultado una interferencia desproporcionada en el derecho a la vida familiar (párr. 25 a 28).

En su Recomendación general núm. 31 sobre la prevención de la discriminación, el CERD también ha destacado que las penas que se aplican exclusivamente a los no nacionales y que vienen a añadirse a las sanciones de derecho común, como las de extrañamiento, expulsión o prohibición de entrar en el territorio nacional, sólo deberían pronunciarse con carácter excepcional y en forma proporcionada, por motivos graves de orden público previstos por la ley, velando por el respeto de la vida privada y familiar de los interesados y la protección internacional que les corresponde (párr. 37). Asimismo, en el párrafo 40 de la misma recomendación, el CERD señala que, cuando se pronuncien penas de expulsión o prohibición de entrada en el territorio nacional contra personas no nacionales, los Estados Parte deberían respetar plenamente las obligaciones internacionales con respecto al principio de no devolución y velar por que esas personas no sean expulsadas hacia un país o un territorio en el que puedan sufrir graves violaciones de los derechos humanos.

Es, por tanto, fundamental, que las decisiones de expulsión no sean discriminatorias y sean proporcionadas, se adopten caso por caso, mediante procedimientos que respeten las normas del debido proceso en los que la amenaza a la seguridad que plantea la persona esté fundamentada y la persona pueda aportar pruebas para rebatir las acusaciones.

Consideraciones relativas a la prohibición de discriminación

Por otro lado, la introducción de medidas por el Decreto Legislativo nº1574 en el numeral 4 del Nuevo Código Procesal Penal implican un trato diferencial aplicado a las personas migrantes o extranjeras en los procedimientos de verificación de la identidad, con respecto a los ciudadanos. Estas provisiones podrían tener consecuencias sobre el derecho a la no discriminación. Al respecto, consideramos oportuno recordar que el sistema internacional de derechos humanos prohíbe la discriminación basada en nacionalidad, ciudadanía y estatus migratorio bajo las leyes y políticas o a través de prácticas u omisiones. La Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales fundamentales de derechos humanos constituyen el marco

jurídico para la no discriminación y la protección de los derechos humanos de todas las personas, incluidos los migrantes, independientemente de su condición y de donde estén.

El artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Perú el 28 de abril de 1978, establece que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Según la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, que Perú ratificó en 1971, la “discriminación racial” se define en el artículo 1(1) como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.” La discriminación basada en la nacionalidad está además expresamente prohibida por el Artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CIPDTMF), ratificada por Perú el 14 de septiembre de 2005.

En esta línea, quisiéramos referirnos a la Recomendación general núm. 30 relativa a la discriminación contra los no ciudadanos, en la que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD, por sus siglas en inglés) recomienda que los Estados aseguren que las garantías legislativas contra la discriminación racial se aplican a los no ciudadanos, independientemente de su condición de inmigrantes, y que la aplicación de la legislación no tiene ningún efecto discriminatorio sobre los no ciudadanos (párr. 7) y que velen por que las políticas no tengan el efecto de discriminar contra las personas por motivos de raza, color, ascendencia u origen nacional o étnico (párr. 9).

De manera más concreta, en lo relativo a los procedimientos de verificación de extranjeros, destacamos que el artículo 16 de la CIPDTMF dispone que la verificación de identidad en los trabajadores migratorios, incluso aquellos que se encuentran en situación irregular, debe ceñirse a los procedimientos establecidos por la ley, sin distinción alguna entre los requisitos exigidos a nacionales y no nacionales.

Por otro lado, consideramos importante señalar que, en sus recientes Observaciones finales de abril de 2023 sobre el sexto informe periódico del Perú, el Comité de Derechos Humanos, aun reconociendo los numerosos esfuerzos del Estado en la lucha contra la discriminación, mantuvo su preocupación expresa por la vulnerabilidad de ciertos grupos, entre los que incluía a las personas migrantes y refugiadas y por la persistente discriminación estructural y el discurso de odio contra ellas (CCPR/C/PER/CO/6, párr. 16). De forma más concreta, el Comité mostró también su preocupación por la presentación de iniciativas legislativas que pudieran contener elementos discriminatorios hacia los migrantes y expresaba

su preocupación por que dichas iniciativas legislativas pudieran perpetuar estereotipos de carácter xenófobo, que asocian la seguridad ciudadana con el aumento de personas refugiadas y migrantes en el país (párr. 34). Por todo ello, el Comité instó al Perú a seguir intensificando sus esfuerzos con miras a prevenir, combatir y erradicar toda forma de discriminación, particularmente la discriminación racial y la xenofobia.

Nos gustaría asimismo hacer referencia a la Observación General No. 18. Comité de Derechos Humanos sobre la no discriminación. En concreto, el párrafo 12, en el que el Comité señala que la aplicación del artículo 26 del Pacto prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas, y por lo tanto se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio. El Comité destaca que la aplicación del principio de no discriminación del artículo 26 no se limita al ámbito de los derechos enunciados en el Pacto.

Como señaló la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de racismo y la discriminación racial en su informe sobre la discriminación racial en el contexto de la ciudadanía, la nacionalidad y la situación migratoria(A/HRC/38/52), los Estados deben abstenerse de recurrir como pretextos a unas preocupaciones exageradas en la esfera de la economía y la seguridad nacional carentes de una base real objetiva para justificar la adopción de prácticas racistas y xenófobas en el contexto de las leyes relativas a la ciudadanía, la nacionalidad y la inmigración (párr. 65).

En todas las medidas anteriormente señaladas adoptadas mediante los Decretos nº1582, nº1573 y nº1574, Perú debería tener en consideración el principio de no discriminación. En su Recomendación general núm. 31 sobre la prevención de la discriminación, el CERD indica a los Estados que deberían considerar como indicadores de causas potenciales de discriminación, entre otras, los efectos discriminatorios indirectos que pueden tener ciertas legislaciones nacionales, particularmente las leyes relativas al terrorismo, la inmigración, la nacionalidad, las penas que prevén la prohibición de entrada o la expulsión del territorio nacional contra no nacionales, así como las leyes que tienen por objeto penalizar a ciertos grupos sin motivo legítimo (párr. 4). Así, los Estados deberían tratar de eliminar los efectos discriminatorios de esas leyes y respetar en todo caso el principio de proporcionalidad en su aplicación con respecto a los no ciudadanos (incluidos los inmigrantes, los refugiados, los solicitantes de asilo y los apátridas). Para ello, el Comité recomienda a los Estados derogar las leyes que sólo se aplican a los no nacionales, sin motivo legítimo o sin que se respete el principio de proporcionalidad (párr. 5 a)). El Comité también indica que los Estados deberían velar por que los no ciudadanos disfruten de todas las garantías de un proceso justo y de la igualdad ante la ley, tal y como se reconocen en los instrumentos internacionales pertinentes relativos a los derechos humanos (párr. 28).

Consideraciones para la tipificación del delito de tráfico ilícito de migrantes

Con respecto al artículo 303-A del Código Penal y la inclusión al delito de tráfico ilícito de migrantes a la persona que promueva, favorezca, financie o facilite el ingreso o reingreso irregulares de personas migrantes en Perú, debería haber una exención explícita de aquellas personas defensoras de derechos humanos que lleven a cabo labores de asistencia humanitaria o de defensa y promoción de los derechos humanos de las personas migrantes y de aquellas que buscan asilo. En ausencia de estas exenciones, el artículo permitiría sancionar penalmente a las organizaciones de la sociedad civil y defensores de derechos humanos que lleven a cabo un trabajo legítimo de apoyo o asistencia a las personas migrantes. La incertidumbre sobre el ámbito de aplicación de esta disposición puede crear un efecto paralizador en las organizaciones de la sociedad civil que participan en actividades que podrían estar tipificadas como delito. Las organizaciones afectadas pueden aplicar autocensura y reducir o cancelar servicios, lo que dificulta aún más que las personas migrantes puedan ejercer sus derechos, ya que muchos de ellos dependen de los servicios proporcionados por organizaciones de la sociedad civil, como los servicios jurídicos, de asesoramiento y representación, entre otros.

En este sentido, destacamos los Principios y Orientaciones Prácticas sobre la Protección de los Derechos Humanos de los Migrantes en Situaciones de Vulnerabilidad, de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) y el Grupo Mundial sobre Migración. En particular, el principio 18 establece que los gobiernos deben proporcionar, tanto en la ley como en la práctica, un entorno seguro, accesible y propicio para las personas y las organizaciones que se dedican a la promoción y protección de los derechos humanos de los migrantes; no criminalizar ni penalizar de ningún otro la prestación de apoyo y asistencia a los migrantes; velar por que los derechos de los defensores de los derechos humanos no se violen ni se restrinjan a causa de la labor que realizan; etc.

Consideramos también oportuno hacer referencia al informe sobre defensores de los derechos humanos que se ocupan de los derechos de los refugiados, los migrantes y los solicitantes de asilo, presentado por la Relatora Especial de los defensores de los derechos humanos al Consejo de Derechos Humanos (A/77/178), en el que la Relatora recomendó que los Estados proporcionen, tanto en la ley como en la práctica, un entorno seguro, accesible y propicio para las personas y las organizaciones que se dedican a promover y proteger los derechos humanos de los migrantes, los solicitantes de asilo y los refugiados; y que velen por que el derecho penal no se use indebidamente para castigar los actos humanitarios relacionados con la migración o para acosar a las organizaciones de la sociedad civil que trabajan con los migrantes (párr. 115).

Por ello, subrayamos que la definición del delito de tráfico ilícito de migrantes debería ser precisa y lo suficientemente específica para no incluir a los miembros de la sociedad civil y defensores de los derechos humanos.

Criminalización de las entradas irregulares

Finalmente, en referencia a las disposiciones que penalizan el reingreso irregular de las personas migrantes en Perú, señalamos que el uso del derecho penal para sancionar la entrada irregular de una persona migrante en el territorio nacional constituye de facto una criminalización de la migración, pues convierte en delito la infracción de la ley de inmigración en el país.

Quisiéramos hacer notar al Gobierno de su Excelencia que, de conformidad con las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional de los refugiados, la entrada y la estancia irregulares o por pasos no habilitados no deberían ser tratadas como delitos penales. Así lo ha señalado el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW, por sus siglas en inglés) en su Observación general núm. 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares (CMW/C/GC/2), en las que destaca que no constituyen delito el cruce de la frontera de un país sin la debida autorización o documentación ni la permanencia en un país una vez vencido el plazo autorizado. La penalización de la entrada irregular en un país va más allá del interés legítimo de los Estados parte de controlar y reglamentar la migración irregular y da lugar a detenciones innecesarias. La entrada y estancia irregulares en un país pueden constituir infracciones administrativas, pero no son en sí mismas delitos contra las personas, los bienes o la seguridad nacional (párr. 24). Del mismo modo, las personas migrantes en situación irregular no deberían ser calificadas como delincuentes ni tratadas como tales, ni deberían ser consideradas únicamente desde la perspectiva de la seguridad nacional.

Criminalizar a las personas migrantes en situación de irregularidad por su estatus migratorio también puede dar lugar a otras violaciones de los derechos humanos. El Relator Especial de los derechos humanos de los migrantes indicó en su informe sobre “violaciones de los derechos humanos en las fronteras internacionales: tendencias, prevención y rendición de cuentas” que la criminalización de los migrantes que llegan de forma irregular aumenta la vulnerabilidad de las personas que cruzan las fronteras internacionales (A/HRC/50/31, párr. 24). Como se destaca en este mismo informe, los Estados deben dirigir todos sus esfuerzos a garantizar que los migrantes no sean criminalizados, sancionados o discriminados simplemente por migrar, en lugar de emplear medidas de gobernanza de fronteras que agraven las situaciones de vulnerabilidad de las personas migrantes (párr. 74).

El CMW también ha indicado que la tipificación como delito de la migración irregular alienta y promueve la percepción entre la población de que los trabajadores migrantes y sus familiares en situación irregular son “ilegales”, lo que incita a la expresión de manifestaciones públicas en contra de la inmigración, así como a la discriminación y a la xenofobia hacia la población migrante y refugiada.

Recordamos al Gobierno de su Excelencia que los migrantes que llegan a las fronteras internacionales, independientemente de cómo hayan viajado y de si forman parte de movimientos más grandes y/o mixtos, deben tener acceso a sus derechos humanos, lo que comprende un examen individualizado y pronto

de sus circunstancias, así como la remisión del caso a las autoridades competentes para que realicen una evaluación exhaustiva de sus necesidades de protección de los derechos humanos, incluido el acceso al asilo, que tenga en cuenta la edad y el género del interesado. Los Estados deben garantizar que todas las medidas de gobernanza fronteriza adoptadas en las fronteras internacionales, incluidas las que abordan la migración irregular, se ajusten al principio de no devolución y la prohibición de expulsiones arbitrarias y colectivas.

Quisiéramos concluir señalando que las políticas migratorias restrictivas no detienen los movimientos migratorios. Los viajes por rutas irregulares solo los realizan aquellos migrantes y solicitantes de asilo que no tienen acceso a alternativas más seguras. Por ello, abordar la migración irregular depende en última instancia de mejorar y aumentar la disponibilidad y accesibilidad de vías seguras para la migración regular, compromiso que además asumieron los Estados Bajo el Objetivo 5 del Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular (A/RES/73/195).

En definitiva, señalamos **el impacto de los Decretos Legislativos n°1573 y n°1574, publicados el 5 de octubre de 2023, sobre los derechos humanos de las personas migrantes en Perú, especialmente en relación al cumplimiento de las garantías del debido proceso, el principio de no devolución, el principio de no discriminación y el principio de no criminalización.** Si bien es cierto que los Estados, en el ejercicio de su soberanía, pueden controlar sus fronteras y definir sus políticas relacionadas con el ingreso y permanencia de personas migrantes en sus territorios, estas medidas deben estar sujetas al cumplimiento de las obligaciones que Perú ha contraído en virtud del derecho internacional de los derechos humanos y de los refugiados. Debemos enfatizar que los Estados no pueden alegar dificultades operacionales excepcionales o desproporcionadas para justificar medidas o acciones que puedan vulnerar los derechos humanos de las personas migrantes, tales como los procesos de expulsión sin las debidas garantías o la criminalización de personas migrantes y de defensores de derechos humanos. Todas las políticas, leyes y prácticas de inmigración tienen que respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas migrantes, indistintamente de su situación migratoria.

Es nuestra responsabilidad, de acuerdo con los mandatos que nos han sido otorgados por el Consejo de Derechos Humanos, analizar informaciones llevadas a nuestra atención. En este sentido, estaríamos muy agradecidos/as de tener su cooperación y sus observaciones sobre los asuntos siguientes:

1. Proporcione cualquier información adicional y/o comentarios que pueda tener sobre el análisis mencionado anteriormente.
2. Explique cómo los Decretos Legislativos n°1582, n°1573 y n°1574 son compatibles con las obligaciones del Gobierno de Su Excelencia en virtud de los instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos mencionados en esta comunicación. Sírvase indicar cualquier consideración para revisar estos decretos, así como propuestas legislativas similares, para abordar las inquietudes planteadas y adecuar la legislación interna de Perú a los estándares pertinentes en virtud del derecho internacional de los derechos humanos y de los refugiados, en particular con respecto al cumplimiento de las garantías del debido

proceso, el principio de no devolución, la prohibición de discriminación y el principio de no criminalización.

3. Proporcione información sobre cualquier consulta o consultas realizadas sobre los Decretos Legislativos con la sociedad civil y otras partes interesadas relevantes, incluidas las asociaciones de abogados y representantes de migrantes, solicitantes de asilo y refugiados, así como el resultado de dichas consultas, incluidos los problemas planteados en la presente comunicación.
4. Sírvanse proporcionar información sobre las medidas adoptadas por el Gobierno de Su Excelencia para garantizar que las personas y las organizaciones de la sociedad civil que trabajan en la promoción y protección de los derechos humanos de los migrantes, incluidos los extranjeros, puedan realizar su trabajo legítimo y pacífico libremente en Perú sin ser sujetas a interferencias indebidas por parte de la legislación penal nacional.

Esta comunicación, como un comentario sobre la legislación, reglamentos o políticas pendientes o recientemente adoptadas, y toda respuesta recibida del Gobierno de su Excelencia se harán públicas a través del sitio [web](#) de comunicaciones en un plazo de 48 horas. También estarán disponibles posteriormente en el informe que se presentará al Consejo de Derechos Humanos.

Acepte, Excelencia, la expresión de nuestra más distinguida consideración.

Gehad Madi

Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes

Mary Lawlor

Relatora Especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos

K.P. Ashwini

Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia