
**INFORME ALTERNATIVO PARA EL
COMITÉ PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES
15º PERÍODO DE SESIONES / EVALUACIÓN SOBRE ARGENTINA**

Estimadas/os expertas/os del Comité:

Nos dirigimos Uds. en representación del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)¹, del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (CDHUNLa)² y del Servicio Ecuménico de Apoyo y Orientación a Migrantes y Refugiados (CAREF)³ con relación al informe inicial presentado por el Estado argentino sobre la vigencia de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares. En marzo de este año, hemos puesto a su disposición un breve diagnóstico y un listado de preguntas sobre cada uno de los temas abordados. Es con satisfacción que constatamos que muchas de las preguntas sugeridas en el documento han sido incorporadas al listado de preguntas final adoptado por el Comité.

Con vistas a la sesión de evaluación final del Estado argentino, les enviamos en esta oportunidad un segundo documento, elaborado con base en el primero, en el que presentamos un diagnóstico completo sobre las cuestiones que más nos preocupan, organizadas de manera diferente, para una mayor comprensión de la situación por parte de los miembros del Comité, con recomendaciones al Estado.

Este documento hace referencia, además de la Convención Internacional a la legislación nacional argentina, en virtud del artículo 81 de la Convención que establece que “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a ningún derecho o libertad más favorable que se conceda a los trabajadores migratorios y a sus familiares en virtud de el derecho o la práctica de un Estado Parte”.

Esperamos que estos aportes les resulten una herramienta útil de trabajo, que les permita evaluar la vigencia de los derechos consagrados en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares en Argentina, y que, en definitiva, contribuya a mejorar la situación de los derechos humanos de los migrantes en nuestro país.

Atentamente,

Gastón Chillier
Director Ejecutivo
Centro de Estudios Legales y Sociales

Ricardo Fava
Director
Centro de Derechos Humanos
Universidad Nacional de Lanús

Gabriela Liguori
Coordinadora General
CAREF

¹ El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) es una organización no gubernamental que trabaja desde 1979 en la promoción y protección de los derechos humanos y el fortalecimiento del sistema democrático en Argentina. El CELS ha creado en el año 2002 la “Clínica Derechos de Inmigrantes y Refugiados” a partir de la firma de un convenio con la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y la Comisión Argentina para los Refugiados (CAREF). La Clínica asesora y patrocina un promedio de 300 casos anuales de personas migrantes y/o refugiados víctimas de violaciones de derechos humanos, vinculadas con el derecho a la salud, educación, el acceso a la justicia, el derecho al debido proceso y a la libertad personal debido a su condición de extranjero o de migrante en situación irregular(www.cels.org.ar).

² El Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (CDHUNLa) fue creado en diciembre de 1996 y depende directamente del Rectorado de la Universidad. Tiene como misión la investigación, la enseñanza y la promoción de los derechos humanos como componente de las políticas públicas y el sistema democrático. Actualmente, desde su programa *Migración y Derechos Humanos*, realiza diversas iniciativas (investigación, docencia, incidencia, entre otras) en materia de derechos humanos de las personas migrantes (<http://www.unla.edu.ar/rectorado/centros/cdh/index.php>)

³ CAREF (Servicio Ecuménico de Apoyo y Orientación a Migrantes y Refugiados), es una asociación civil sin fines de lucro que desde 1973 trabaja por la defensa de los derechos de refugiados, migrantes y desplazados en general, desarrollando diferentes proyectos que permiten brindar asistencia y orientación en aspectos relacionados con el acceso a los servicios sociales, salud, educación y otros desde una perspectiva de respeto por los derechos humanos (www.caref.org.ar).

I. CUESTIONES GENERALES. LA NUEVA LEY DE MIGRACIONES Y SU REGLAMENTACIÓN. LA RATIFICACIÓN DE LA CONVENCION PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y SUS FAMILIARES. APUNTES INICIALES.

La Ley de Migraciones sancionada en diciembre de 2003, que entró en vigor en el 2004, fue posible, en gran medida, gracias a un reiterado, preciso y fuerte reclamo sostenido durante años por organismos de derechos humanos, iglesias, representantes sindicales, asociaciones de migrantes, centros y grupos de investigación y otras organizaciones sociales, que confluyeron en acciones, intereses y estrategias con el único objetivo de que el Congreso argentino derogara el nefasto decreto ley de migraciones sancionado por la última dictadura militar en el año 1981⁴, denominada ley Videla.

Ya recuperada la democracia, y por 20 años — de 1983 a 2003 —, el Poder Legislativo soslayó la urgente necesidad de adecuar la legislación a los principios en materia de reconocimiento de derechos de los migrantes contenidos en la Constitución Nacional así como en los instrumentos internacionales de derechos humanos⁵. El Poder Ejecutivo, por su parte, amplió discrecionalmente las características discriminatorias de la ley Videla⁶ y promovió la autonomía de la autoridad migratoria para establecer criterios de admisión y expulsión, sin ningún tipo de control legal sobre esa actividad⁷. De esta manera, la vigencia de la ley Videla provocó que alrededor de 800.000 personas, sobre todo de países limítrofes, permanecieran en situación “irregular” en Argentina.

Para fines de 2003 el contexto estaba marcado por diversos factores. Por un lado, ya habían fracasado varios proyectos legislativos, algunos de los cuales pretendían imponer una política aún más restrictiva que la Ley Videla⁸. Por otro, se encontraba en trámite ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos un caso paradigmático que cuestionaba la incompatibilidad de la ley vigente con los estándares en materia de derechos humanos de los migrantes⁹. También en el año 2003, inicia su gestión un nuevo gobierno que expresó deliberadamente la necesidad de una nueva ley de migraciones. También la propia autoridad de la Dirección Nacional de Migraciones, así como de otros sectores políticos expresaron su apoyo a la derogación de la Ley

⁴ Para conocer más detalles sobre el trabajo de la sociedad civil en pos de una nueva ley migratoria, ver Correa, Violeta; “La nueva ley de migraciones y la participación de las organizaciones de la sociedad civil”, en Giustiniani, Rubén, *Migración: un derecho humano. Ley de Migraciones N° 25.871*, Ed. Prometeo, 2004, pp. 173-177.

⁵ Cf. Comisión Chilena de Derechos Humanos, Centro de Estudios para el Desarrollo Laboral y Agrario de Bolivia (CEDLA), Centro de Asesoría Laboral de Perú (CEDAL) y Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), “Derechos Humanos de los Migrantes. Situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los migrantes peruanos y bolivianos en Argentina y Chile”, Op. cit., p. 115 a 165.

⁶ La mayoría de los decretos que reglamentaron la Ley Videla dictados en procesos constitucionales, paradójicamente, tendieron a establecer más restricciones, a través de nuevas limitaciones a los criterios de admisión, el incremento de controles de población y la ampliación de atribuciones de la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) (cf. Tiscornia, S, y otros, “Políticas de regularización migratoria y prácticas de las agencias estatales”, en *Cuadernos de Trabajo del Instituto de Estudios e Investigaciones*, Ed. Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires (UBA), Buenos Aires, 2003, p. 16, en especial, la nota 4). Un caso concreto es el decreto 1117 de 1998.

⁷ Ni siquiera las pocas reformas introducidas a la Ley Videla, que aunque en forma tibia, pretendieron ampliar derechos a favor de los migrantes, fueron cumplidas. Así, por ejemplo, mediante la ley 24.393 se incorporó al artículo 12 de la Ley Videla —el derecho de las personas con capacidades diferentes a obtener una residencia en Argentina similar a la de sus familiares. Sin embargo se seguía aplicando el impedimento previsto en el Art. 22 del decreto reglamentario 1023/94: “Estarán relativamente inhabilitados para ser admitidos en la República Argentina como residentes permanentes o temporarios los extranjeros comprendidos en algunos de los siguientes supuestos: a) Tener discapacidad física o psíquica, o una enfermedad crónica que disminuya parcialmente su capacidad para el trabajo o el ejercicio del arte, profesión, industria u oficio que posea...”.

⁸ Nos referimos, por ejemplo, al proyecto de ley presentado por el gobierno de Carlos Menem a comienzos del año 1999, en el contexto de una amplia campaña mediática cargada de xenofobia y falsas acusaciones contra los inmigrantes, como chivos expiatorios de la profunda crisis económica que atravesaba el país. Sobre este proyecto, ver Oteiza, Enrique, Susana Novick et al., “Inmigrantes y Refugiados”, en CELS, *Derechos humanos en Argentina. Informe Anual 2000*, Edit. EUDEBA, Bs. As. 2000; y Kweitel, Juana, “Migrantes: señales de alerta e inacción”, en CELS, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina. Enero-diciembre 2000*, Buenos Aires, Edit. Siglo XXI-Catálogos; Bs. As., 2001, ambos disponibles en www.cels.org.ar.

⁹ Ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Caso De la Torre c. Estado argentino” (N° 12.306).

Videla¹⁰. Todos estos elementos facilitaron que en diciembre de 2003 fuera aprobado el proyecto de ley elaborado por el legislador del Partido Socialista, Rubén Giustiniani¹¹, en cuya discusión habían participado representantes de migrantes y de diversas instituciones públicas y de la sociedad civil.

La ley 25.871 es la primera legislación general en materia migratoria elaborada y sancionada por un gobierno democrático, desde la ley 817 (del año 1876). Entre una y otra ley, la política migratoria había estado regulada por normativa parcial, aprobada por decretos del Poder Ejecutivo o por disposiciones de facto de gobiernos militares. Esta circunstancia da cuenta de la necesidad de la sanción legislativa que entonces existía, en especial, si se tienen en cuenta las graves privaciones que la norma anterior generaba en los derechos fundamentales de las personas migrantes. En efecto, la Ley Videla contradecía de manera expresa los principios básicos de la Constitución Argentina y los derechos fundamentales allí reconocidos a todos los habitantes del país, sean nacionales o extranjeros. A su vez, al estar inspirada en la lógica de la seguridad nacional propia de la dictadura militar, establecía todo un sistema de control, denuncia y sanción a la población migrante, en particular de aquellos en situación irregular, a través de mecanismos y procedimientos que no respetaban los derechos y garantías más elementales. Por otra parte, esa legislación contradecía a todas luces la realidad migratoria que atravesaba Argentina, en tanto receptor de miles de migrantes provenientes de países de la región¹².

Desde la sanción de la ley 25.871 comenzó a trabajarse en una reglamentación que hiciera efectivos los derechos consagrados en la ley. Hasta el año 2008, organizaciones de derechos humanos y asociaciones de migrantes impugnaron pública y administrativamente varios proyectos de decretos reglamentarios que se alejaban de los estándares de derechos humanos establecidos en la Ley de Migraciones. En junio del 2008, el Poder Ejecutivo, decidió conformar con organizaciones de derechos humanos (el CELS y la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos - APDH), de Naciones Unidas (ACNUR y Organización Internacional para las Migraciones - OIM) y religiosas (Centro de Estudios Migratorios Latinoamericanos), una Comisión Asesora para la Reglamentación de la Ley de Migraciones que elaboró un texto, finalmente aprobado por la Presidenta Cristina Fernández de Kirchner en el mes de mayo de 2010.

Asimismo conviene tener muy en cuenta una cuestión que el Comité tiene presente. Argentina ratificó en el año 2007 la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares¹³. Se trata de una decisión que, como sucedió con la ley, fue en buena medida adoptada como respuesta a la incesante demanda de organizaciones defensoras de derechos humanos y que también estaba contenida en uno de los compromisos asumidos por el Estado argentino en el marco del caso De la Torre, que tramitó ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos¹⁴. Hasta el año 2007, este tratado había sido el único de los instrumentos de derechos humanos celebrados en el seno de la ONU considerados más relevantes, que el Estado argentino no había ratificado. Era la excepción a la decisión política que Argentina había tenido, desde el retorno de la democracia, de ratificar los pactos internacionales de derechos humanos, tanto los firmados en el ámbito de la OEA como de la ONU. Su ratificación guarda coherencia con esa postura en el plano internacional, y con la política migratoria asumida con la sanción de la ley 25.871 a favor de los derechos de las personas migrantes.

Debemos señalar a la vez que la ratificación de este tratado se dio entre la vigencia de la ley de migraciones y el dictado del Decreto Reglamentario de ésta, por lo tanto, este último instrumento jurídico incorporó aspectos

¹⁰ Como veremos, en el marco del caso internacional, el Estado argentino propuso arribar a un acuerdo de solución amistosa con los peticionarios, y para ello se comprometió a derogar la Ley Videla y a sancionar un nuevo marco normativo respetuoso de los derechos humanos de los migrantes.

¹¹ El proyecto fue elaborado por el entonces diputado, y luego senador, Rubén Giustiniani.

¹² Durante varios años, el CELS analizó las consecuencias que generaba la Ley Videla en término de violaciones a los derechos humanos en sus Informes Anuales sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina, disponibles en www.cels.org.ar.

¹³ La Convención, firmada por Argentina en 2004, fue finalmente ratificada el día 23 de febrero de 2007.

¹⁴ Ver "Caso De la Torre c. Estado argentino", Op. Cit.

fundamentales del mencionado tratado, como criterios a seguir para una correcta interpretación de la Ley de Migraciones¹⁵.

Este cambio de la política migratoria argentina en el ámbito internacional también se vio reflejado en los mensajes y la postura mantenida por el gobierno en los últimos foros y eventos internacionales en que ha participado. Por ejemplo, en los documentos presentados por el Estado en las reuniones regionales y mundiales en torno al Foro Global sobre Migración y Desarrollo, se advierte una firme posición a favor del enfoque de derechos humanos que debe tener una política migratoria, por encima de otras perspectivas, como la seguridad nacional, que aún prevalecen en otros países¹⁶.

No obstante lo expuesto, desde la aprobación y entrada en vigencia de la nueva ley de migraciones 25.871, la ratificación de la Convención para la Protección de todos los trabajadores migrantes y sus familias, así como la entrada en vigencia del decreto reglamentario de la ley, las organizaciones que suscribimos este documento consideramos que el Estado argentino tiene **deudas pendientes** con relación al reconocimiento de los derechos humanos de los migrantes y la participación en estas sesiones habilitan un espacio único para plantear estas deudas y dialogar con el Estado y con el Comité sobre las distintas medidas o alternativas para saldarlas.

Por esta razón, en el presente informe presentaremos un diagnóstico sobre la situación de los derechos de los migrantes en Argentina, con énfasis en aquellas deudas que se presentan a nivel interno. Al mismo tiempo, en algunos apartados específicos, sugerimos preguntas y recomendaciones que sería importante que el Comité tuviera en cuenta a la hora de analizar las respuestas del Estado y elaborar sus Observaciones Finales.

II. CUESTIONES VINCULADAS AL TRÁMITE MIGRATORIO Y PROGRAMAS DE REGULARIZACIÓN. SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE REGULARIZACIÓN MIGRATORIA COMO REGLA PARA EL ANÁLISIS DE TODOS LOS ASUNTOS VINCULADOS CON LA RESIDENCIA DE EXTRANJEROS EN EL PAÍS (ARTS. 33, 44, 69)

Diagnóstico

Con relación al cumplimiento de los artículos 33, 44 y 69 de la Convención por parte del Estado argentino, debemos considerar en primer lugar, el contexto normativo que define las políticas de regularización migratoria y la determinación de la condición de “irregular” de trabajadores migratorios y sus familias. Seguidamente, tal como adelantamos en nuestra presentación anterior, describiremos en este apartado los problemas que se presentan por la falta de procedimientos eficaces para la regularización migratoria de trabajadores migratorios y sus familias, sean éstos nacionales de países del Mercosur y asociados, o de nacionales “extramercosur”. También señalaremos la falta de aplicación en todos los términos de la normativa vigente para la determinación de la condición de “irregularidad” de los trabajadores migrantes y sus familias en Argentina. Por último, se señalarán algunas recomendaciones que el Comité podría adoptar con relación a los mencionados artículos de la Convención.

1. La normativa vigente

La ley 25.871 consagra de manera expresa el derecho humano a migrar, y lo define como un derecho esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad¹⁷. No se trata sólo de una declaración de principios. Mediante esta disposición, entendemos que el

¹⁵ En este punto, nos remitimos a lo señalado más adelante en relación al artículo 10 del reglamento 616/2010, sobre el concepto de reunificación familiar y al artículo 23 inc. a), relativo a la interpretación del concepto de “trabajador migrante”.

¹⁶ Al respecto, ver el documento “Un cambio de paradigma: el tratamiento de la cuestión migratoria bajo la perspectiva de derechos humanos”, presentado por el gobierno argentino en la Conferencia Iberoamericana sobre Migración y Desarrollo (Madrid) y en el Diálogo de Alto Nivel sobre Migración y Desarrollo (Nueva York), en junio y septiembre de 2006 respectivamente.

¹⁷ Artículo 4, ley 25.871.

Estado se ha obligado a interpretar la migración como un derecho (*esencial*), y por lo tanto se ha comprometido a que tanto su política general como sus actos en cada caso, ante cada persona migrante, se ajusten al trato que se debe dar a un derecho fundamental y se aplican, entonces, al derecho a migrar todos los principios de derechos humanos (no discriminación, pro homine, razonabilidad, no regresividad, etc.) Sin embargo, algunas interpretaciones y prácticas relativas al acceso a una residencia regular en el país, parecen contradecir u omitir lo dispuesto sobre el derecho a migrar, como luego se describirá.

A su vez, como ya adelantamos en este documento, la nueva Ley de Migraciones se dictó en un contexto donde existía un número muy alto de personas en situación migratoria irregular, cuestión que constituyó uno de los principales desafíos que la nueva ley intentó resolver. En el artículo 17, la mencionada norma establece que *“El Estado proveerá lo conducente a la adopción e implementación de medidas tendientes a regularizar la situación migratoria de los extranjeros”*. El reglamento de la ley, Nro. 616 de 2010, precisó aún más las obligaciones legales de la autoridad migratoria para la adopción de medidas tendientes a la regularización de la situación migratoria de los extranjeros.¹⁸

Además de los programas de regularización migratoria, la ley incorporó como criterio de residencia el derecho a la reagrupación familiar para las personas migrantes respecto de *“sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes”*¹⁹. Además, el concepto de “familia” debe interpretarse de la manera más amplia posible, de conformidad con lo sostenido por la Convención de Derechos de Trabajadores Migrantes ratificada por el Estado argentino y por otros tratados o leyes aplicables, conforme lo establece el artículo 616 del año 2010.²⁰

La ley también incorpora una nueva categoría relevante para acceder a la regularización migratoria y obtener una residencia en el país. A los tradicionales criterios de radicación, como es el trabajo, vínculos familiares, razones de estudios, o familiares se ha agregado una nueva categoría directamente vinculada a la gran mayoría de las personas migrantes que habitan en Argentina: la residencia por el hecho de tener la nacionalidad de un país del Mercosur o asociado.²¹

En cuanto a las otras categorías de regularización, las que llamamos “categorías tradicionales” de residencia, la ley migratoria define al “trabajador migrante” como “quien ingrese al país para dedicarse al ejercicio de alguna actividad lícita, remunerada, con autorización para permanecer en el país por un máximo de tres (3) años, prorrogables, con entradas y salidas múltiples, con permiso para trabajar bajo relación de dependencia”²². El

¹⁸ Artículo 17 del decreto reglamentario: “Con el fin de regularizar la situación migratoria de los extranjeros, la Dirección Nacional de Migraciones podrá: a) Dictar disposiciones que simplifiquen y agilicen los trámites administrativos respectivos; b) Celebrar convenios y recurrir a la colaboración de organismos públicos o privados; c) Desarrollar e implementar programas en aquellas zonas del país que requieran un tratamiento especial; d) Celebrar convenios con autoridades extranjeras residentes en la República Argentina a fin de agilizar y favorecer la obtención de la documentación de esos países; e) Fijar criterios para la eximición del pago de la tasa migratoria, en casos de pobreza o cuando razones humanitarias así lo justifiquen”.

¹⁹ Artículo 10, de la ley 25.871.

²⁰ Artículo 10 del decreto 616 de 2010, “El Ministerio del Interior, a través de la Dirección Nacional de Migraciones y demás organismos competentes, adoptará las medidas necesarias para asegurar el ejercicio del derecho de reunificación familiar con los alcances previstos en los artículos 10 de la Ley N° 25.871 y 44 de la Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familias, aprobada por la Ley N° 26.202”.

²¹ En efecto, el artículo 23.d) de la ley prevé que “Se considerarán ‘residentes temporarios’ todos aquellos extranjeros que, bajo las condiciones que establezca la reglamentación, ingresen al país en las siguientes subcategorías: [...] I) Nacionalidad: Ciudadanos nativos de Estados Parte del MERCOSUR, Chile y Bolivia, con autorización para permanecer en el país por dos (2) años, prorrogables con entradas y salidas múltiples”. Por disposición de la Dirección Nacional de Migraciones del año 2004 este criterio alcanzó primero a nacionales de Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay (Disposición DNM 2079/2004, del 28 de enero de 2004, decidió suspender la expulsión de todo migrante irregular que sea oriundo de esos países), y después se amplió a las personas nacionales de los países Asociados al Mercosur (Disposición DNM 29.929/2004, del 17 de septiembre de 2004). En tanto esta segunda resolución de la DNM no hace una mención expresa país por país, sino una referencia genérica a los Estados de este bloque regional, su alcance se irá ampliando automáticamente a todas las personas originarias de países que con posterioridad se asocien o sean parte del Mercosur.

²² Artículo 23, inciso a).

Decreto reglamentario mejoró la regulación en este tema, pues al incorporar en su artículo 23 inc. a) un alcance amplio del concepto de trabajador migrante —acorde con las definiciones y condiciones establecidas por la Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares— decidió reconocer diversas formas de ocupación de los trabajadores migrantes. Aunque aún no existe un instrumento administrativo concreto para formalizar estas formas de ocupación como criterios migratorios, tal como señalaremos en apartados posteriores.

En definitiva, la normativa indica el camino a seguir: los trámites deben facilitar la residencia de quienes migren hacia el país, antes que obstaculizarla, como ocurría bajo la ley Videla. De hecho, facilitar la regularización migratoria es la conducta que debe guiar el accionar de su autoridad de aplicación, la DNM. Por eso, entendemos, el Estado argentino, en su Informe presentado ante este Comité de la ONU para la protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias, afirmó que “la ley expresa la voluntad del Estado de llevar adelante las medidas necesarias para lograr la regularidad de todos los inmigrantes que habitan en suelo argentino (...) Nuestra legislación (...) adopta ampliamente este criterio, dando a las migraciones una perspectiva positiva, realista, de adecuación a la realidad”²³.

No obstante, como señalaremos, existen dificultades en la implementación de este objetivo de regularización migratoria para trabajadores migrantes y sus familias. La ley 25.871 también modificó el procedimiento específico, obligatorio, para la determinación de la condición regular o no de una persona extranjera en Argentina. En este sentido, el artículo 61 de la ley de migraciones, establece que:

“Al constatar la irregularidad de la permanencia de un extranjero en el país, y atendiendo a las circunstancias de profesión del extranjero, su parentesco con nacionales argentinos, el plazo de permanencia acreditado y demás condiciones personales y sociales, la Dirección Nacional de Migraciones deberá conminarlo a regularizar su situación en el plazo perentorio que fije para tal efecto, bajo apercibimiento de decretar su expulsión. Vencido el plazo sin que se regularice la situación, la Dirección Nacional de Migraciones decretará su expulsión con efecto suspensivo y dará intervención y actuará como parte ante el Juez o Tribunal con competencia en la materia, a efectos de la revisión de la decisión administrativa de expulsión”.

La normativa exige en todos los casos en los que sea necesario determinar la condición de irregularidad de trabajador migrante o sus familias, que se otorgue un plazo para la regularización migratoria y ante la falta de ésta, recién considerar la posible expulsión del territorio. En este último supuesto, la decisión no tiene posibilidad de ser concretada hasta tanto un juez revise, en un sentido amplio, la decisión administrativa.

No obstante la claridad de la norma, hemos de señalar en los apartados siguientes situaciones en las que la Dirección Nacional de Migraciones ha decidido concretar expulsiones sin solicitar la revisión judicial de la orden de expulsión, o no se le permite al trabajador migrante o su familiar poseer un certificado de residencia mientras dure este proceso judicial de revisión judicial de la decisión de expulsión.

2. Apuntes críticos sobre los programas de regularización migratoria para personas nacionales del Mercosur o Países Asociados. La ausencia de programas o vías accesibles de regularización para personas de países extramercosur. La falta de reconocimiento de los trabajadores sin contrato de trabajo y trabajadores por cuenta propia.

2.1. Programas de regularización migratoria para personas naciones del Mercosur o Países Asociados.

Tal como destacamos en nuestra anterior presentación, en su informe el Estado argentino destaca el establecimiento del Plan de Regularización Documentaria “Patria Grande”²⁴. Este programa tuvo como objetivo la regularización migratoria de personas que no pudieron obtener certificado alguno de residencia legal en el país durante los años de vigencia de la ley 22.439 y su decreto reglamentario 1023/94. Por eso, el plan apuntó a

²³ CMW/C/ARG/1, 4 de agosto de 2010, §53, 110.

²⁴ Ver Informe del Estado, página 12, párr. 66.

la regularización de aquellas personas que habían ingresado con anterioridad al día 17 de abril de 2006, y se extendió para aquellos que ingresaron hasta el día 31 de mayo de 2008, conforme los términos del decreto 578 de 2005. El Estado calculaba regularizar a aproximadamente 750.000 migrantes²⁵.

Además debemos considerar que en las consideraciones del Decreto Reglamentario de la Ley de Migraciones, 616 del año 2010, el Estado argentino señaló que

“Que resulta necesario tener presente que la REPUBLICA ARGENTINA ha reformulado los objetivos de su política migratoria, en un marco de integración regional latinoamericana y de respeto a los derechos humanos y movilidad de los migrantes, lo que genera un compromiso cada vez mayor de cooperación mutua entre los diversos Estados Parte del MERCADO COMUN DEL SUR (MERCOSUR) y sus Estados Asociados, una progresiva facilitación de los procedimientos legales vigentes y una adecuada contemplación de las necesidades reales de los extranjeros que transitan o residen en el Territorio Nacional.”

Sin embargo, en el mes de agosto de 2010, a más de cuatro años de la implementación de aquel mencionado Programa Patria Grande, la autoridad migratoria —la Dirección Nacional de Migraciones— difundió los datos de los alcances del plan²⁶, e informó lo siguiente:

- ✓ 423.697 personas inscriptas en el Programa.
- ✓ 98.539 radicaciones permanentes otorgadas.
- ✓ 126.385 radicaciones temporarias otorgadas.
- ✓ 187.759 inscriptos no completaron la documentación requerida para el trámite de regularización.

En tal sentido, el Programa Patria Grande habilitó la inscripción de alrededor de medio millón de personas, cifra que representa a la cantidad de personas migrantes de países que integran el MERCOSUR y países asociados que no tenían ningún tipo de radicación. Del total de esos trámites, apenas en 98.539 expedientes se otorgaron residencias permanentes y 126.385 tienen aún una residencia temporaria, y deben continuar los trámites para la obtención de una residencia permanente. En cambio, en casi 200.000 expedientes los migrantes no han podido siquiera completar los requisitos exigidos para acceder y obtener su radicación en el marco del Programa. **Es dable concluir que los objetivos del Programa todavía no se alcanzaron.**

La habilitación de programas para la regularización migratoria, como señalamos en los párrafos precedentes, no es una decisión discrecional del Estado, antes bien, una obligación legal prevista en el artículo 17 de la ley y en el artículo 17 del decreto reglamentario 616 de 2010. Por ello, el Estado tiene que hacer un máximo esfuerzo para establecer procedimientos de regularización migratoria que sean idóneos para alcanzar ese objetivo.

Hasta la fecha, **el Estado no ha informado las causas y razones por las que la eficacia del mayor plan de regularización de los últimos años ha sido tan baja.** Las organizaciones que suscribimos este documento, consideramos que existen diversos elementos para evaluar esta situación. Entre ellos, a modo de ejemplo, la poca información acerca de cómo realizar los trámites de renovación de certificados de residencia (precarios y temporarios) para la obtención de la residencia permanente; la exigencia como requisito del trámite la acreditación de un domicilio estable, o la exigencia de requisitos de imposible cumplimiento, como el certificado de ingreso al país en la etapa de renovación de residencias previo a la obtención de residencias permanentes; el costo de los trámites migratorios; la clausura de los expedientes de regularización sin notificación efectiva de tal situación; o la solicitud de actualización de datos sin la debida antelación; entre otras razones.

²⁵ Según el propio presidente de la Nación cuando anunció públicamente su lanzamiento. Esta misma información figuraba en el sitio web del Plan www.patriagrande.gov.ar, que ya no se encuentra en funcionamiento.

²⁶ Ver informe estadístico sobre el Programa Patria Grande en http://www.migraciones.gov.ar/pdf_varios/estadisticas/Patria_Grande.pdf Se trata de la última información oficial disponible.

Es oportuno informar que en el mes de diciembre de 2010 y los primeros días del mes de enero de 2011, varios migrantes que habían iniciado sus trámites de radicación en el marco del Programa Patria Grande, han recibido cartas de intimación para su regularización migratoria **o, incluso, fueron notificados de su expulsión como consecuencia de no haber completado los trámites en el marco del mencionado Programa.**

En efecto, en los meses de junio y julio de 2011 hemos confirmado esta práctica. La Dirección Nacional de Migraciones considera que aquellas personas que no han completado el trámite de regularización migratoria, denominado “Patria Grande”, es porque no tienen la voluntad de hacerlo, y por lo tanto deben estar alcanzadas por una orden de “expulsión” del territorio.

Para comprender el impacto de esta medida, nos permitimos señalar los antecedentes de un expediente administrativo que refleja esta problemática que puede alcanzar a un universo importante de migrantes que provienen de países del Mercosur o Estados asociados. En este sentido, en el marco del expediente administrativo N° 168269/2010, una mujer de nacionalidad uruguaya, con residencia en Argentina desde el año 1986, con hijos argentinos, recibió el día 15 de julio de 2011, la disposición de la Dirección Nacional de Migraciones SDX N° 201665, por la que se le ordena la expulsión del país y se le prohíbe el reingreso al país por el término de 5 años, en tanto, señalan, no se había dado cumplimiento a la intimación de “regularizarse”. Conviene consignar en este caso, los años de antigüedad en argentina, y que la existencia de una familia, con hijos argentinos no tuvo ningún efecto sobre la decisión final de ordenar la expulsión de la mujer de nacionalidad uruguaya. Si bien en este caso, se han presentado los recursos legales administrativos correspondientes, nos interesa destacar ahora lo siguiente.

En estos casos, la autoridad migratoria no tiene en cuenta la nacionalidad de los migrantes, es decir, nacionales de países del Mercosur o países asociados. Asimismo, tampoco es considerada la situación familiar, o de arraigo de estos trabajadores migrantes o sus familias en Argentina, por lo tanto **la decisión administrativa se adopta sin evaluar todas las circunstancias de hecho.** Por otra parte, en la mayoría de los casos que hemos tomado conocimiento, la decisión administrativa (de los años 2010 o 2011) es notificada al domicilio que las personas denunciaron al iniciar el plan (recordamos año 2006), sin embargo, en muchos casos las personas ya no residen en ese lugar, con lo que no tienen conocimiento acerca de su situación migratoria. En las notificaciones que se realizan, o en las disposiciones administrativas que se comunican, no se brinda información sobre la posibilidad de solicitar una prórroga de dicho plazo para presentar antecedentes migratorios, por lo tanto, muchas personas dejan de concurrir a migraciones sin saber cuáles serán las consecuencias. En estos casos, además, una vez que concurren a la Dirección Nacional de Migraciones para averiguar sobre la situación de su trámite migratorio, tal como sucedió en el caso señalado en el párrafo precedente, se les retira el certificado de residencia precaria, por lo tanto, mientras transcurre la discusión administrativa o judicial para la determinación de su condición de irregular y las posibles consecuencias de esa declaración administrativa, no tienen ninguna constancia de trámite migratorio alguno, lo que expone a situaciones de sospecha ante otras autoridades estatales o para la realización de gestiones privadas.

La pregunta que subyace es la siguiente: *¿los nacionales del Mercosur o países asociados que no finalizaron el programa “Patria Grande”, serán expulsados?* Además, de contradecir la letra de la ley migratoria y su reglamentación, no adoptar medidas para dar cumplimiento con el artículo 69 de la Convención de Trabajadores Migrantes y sus familias, **esta decisión administrativa puede generar un aumento de la cantidad de migrantes en situación irregular, sujetos a expulsión.** En este orden de ideas, debe destacarse que estos casos contradicen la misma ley de migraciones, en un triple aspecto: la regularización determinada por el artículo 17, el criterio de residencia por nacionalidad (art. 23, inciso I), y, por último, pero no por ello menos importante, el derecho a migrar consagrado en el artículo 4.

2.1.1. Recomendaciones sugeridas:

1. En atención a los escasos resultados del Programa de regularización migratoria “Patria Grande”, las decisiones administrativas que pueden provocar la expulsión de nacionales del Mercosur y Estados asociados, así como la falta de consideración de las situaciones familiares y de arraigo de aquellas personas que no concluyeron los trámites de regularización migratoria en el marco del mencionado Programa, se recomienda **suspender todo trámite de expulsión de aquellas personas que hubiesen iniciado trámite migratorio en el marco del Programa de Regularización Migratoria, hasta tanto se establezca un trámite administrativo que garantice la posibilidad real y efectiva para los migrantes de obtener una regularización migratoria en Argentina, ello conforme los artículos 17 de la Ley de Migraciones 25.871 y el artículo 17 del Reglamento 616 del año 2010.**

2. Sobre la base de las dificultades de notificación efectivas de las disposiciones administrativas dictadas en el marco del Programa de regularización migratoria “Patria Grande”, la mudanza de los trabajadores migrantes y sus familias de diversos domicilios denunciados, sobre todo, de aquellos migrantes con escasos recursos económicos, durante el plazo de duración del Programa “Patria Grande”, se recomienda **definir un mecanismo efectivo de notificación que contemple la efectiva y real posibilidad de los migrantes de conocer las decisiones administrativas alcanzadas, como por ejemplo, una amplia difusión o convocatoria a través de medios de comunicación.**

3. Ante la decisión administrativa de retirar los certificados de residencia precarias otorgados en el marco del Programa de Regularización Migratoria, “Patria Grande” a aquellas personas que no hubiesen completado los trámites correspondientes, por las diversas razones expuestas, y ante las consecuencias que la falta de esa documentación ocasiona ante autoridades públicas o administrativas, se recomienda que **las residencias precarias sean renovadas, en tanto la discusión final sobre sí la persona es un residente regular o no, debe ser confirmada luego de los recursos administrativos y judiciales.**

2.2. La inexistencia de programas y de vías accesibles de regularización para personas de países extramercosur. La situación de las personas de Senegal y República Dominicana

Más allá de las cuestiones señaladas con relación a la regularización de trabajadores migrantes y sus familias de Estados del Mercosur y Estados Asociados, en los últimos años, se ha constatado el aumento de los flujos migratorios hacia el país desde países más allá de Sudamérica. Así, aún cuando las cifras siguen siendo considerablemente inferiores respecto de las migraciones que se originan en los países limítrofes y otras naciones sudamericanas, también se ha evidenciado un arribo creciente de migrantes de otras regiones: migrantes africanos vía marítima o aérea, así como personas de países centroamericanos y caribeños. De estas migraciones, es posible identificar a los que, están en situación irregular desde antes de 2004, así como a los que arribaron con posterioridad a esa fecha, e ingresaron y/o permanecieron de manera irregular. Según estimaciones elaboradas por organizaciones no gubernamentales, se entiende que las nacionalidades con mayores dificultades para regularizar su situación migratoria son las de Haití, Senegal y República Dominicana.

Por esa razón, desde el año 2010 diversas organizaciones sociales, de migrantes, e instituciones públicas han insistido en discutir mecanismos que faciliten la regularización migratoria de estos grupos y han identificado problemas concretos para alcanzarlas. En el caso de los haitianos, luego del fatídico terremoto del año 2010, aún cuando se han detectado casos de rechazo en frontera o dificultades en el acceso a la residencia, se ha advertido que la Dirección Nacional de Migraciones ha considerado esta situación a la hora de otorgar residencias, en su mayoría por razones humanitarias. A su vez, persisten problemas constantes y concretos con relación a la regularización migratoria de personas de Senegal y República Dominicana.

Con relación al caso de trabajadores migrantes de Senegal, la autoridad migratoria no ha establecido un criterio definido para la obtención de residencia por razones humanitarias o por cuestiones de trabajo u otros criterios establecidos en la ley y/o la Convención. Por el contrario, tal como describiremos en apartados posteriores, ha considerado que los antecedentes migratorios de estos nacionales (falta de documentación que acredite ingreso al país) constituyen elementos para declarar la irregularidad de la permanencia y ha ordenado la expulsión del territorio argentino. Por otra parte, según la información brindada por la Dirección Nacional de Migraciones a

organizaciones de la sociedad civil, el Estado argentino tendría el interés de formalizar un acuerdo de cooperación y regularización migratorio con Senegal.²⁷

Con relación al caso de personas de República Dominicana se han observado que en los trámites de radicación que se inician se presentan mayores requisitos que los habituales, o se agregan procedimientos administrativos, como por ejemplo, entrevistas obligatorias en los casos de residencia por “matrimonio”, sin que exista una justificación explícita o un objetivo concreto para su realización, ni, mucho menos, para negar la validez de un documento público (partida de matrimonio emitida por el juez competente).

En ambos supuestos, la inexistencia de un criterio de regularización preciso basado en razones humanitarias, familiares o laborales, o la interpretación restrictiva de los existentes para migrantes de estas nacionalidades, está contribuyendo a incrementar el número de migrantes que no pueden acceder a un trámite de regularización migratoria, contradiciendo nuevamente el texto de la ley migratoria.

En todo caso, para estos supuestos formularemos algunas preguntas que debiera trasladar el Comité al Estado argentino, y recomendaciones genéricas tendientes a facilitar los trámites de regularización migratoria, de estos grupos identificados y que carecen de alternativas de regularización en Argentina. Por cierto, otras recomendaciones que se formularan a lo largo de este documento toman en cuenta la situación migratoria de estos dos grupos de migrantes.

2.2.1: Con relación a las preguntas que debiera formular el Comité al Estado argentino se encuentran:

1. Si existe información oficial sobre medidas adoptadas para discutir, firmar y adherir a un Convenio de Cooperación y Regularización Migratoria entre la República de Argentina y Senegal.
2. Si existe protocolo o instrumento administrativo alguno que indique objetivo, casos y antecedentes que deben advertirse en un expediente migratorio para la realización de entrevistas administrativas en casos de trámites de regularización por razones de “matrimonio”.
3. ¿Cuál es la justificación para negar la validez de una partida matrimonial expedida por el juez competente, si no se presume ni comprueba delito alguno ni causa de nulidad prevista en la legislación penal?
4. ¿Cómo se materializa el derecho humano a migrar en caso de migrantes extra-mercosur? Sólo pueden ejercer ese derecho quienes ingresan al país de manera regular?

2.2.2: Recomendaciones sugeridas:

1. Ante la existencia de un proceso internacional de suscripción de tratado de cooperación y regularización migratoria, se recomienda al Estado Argentino que suspenda cualquier orden de expulsión dictada, o en trámite judicial con relación a nacionales de Senegal. Asimismo, se recomienda que se otorguen algún tipo de certificado de residencia o se mantengan aquellos ya otorgados.
2. Ante la inexistencia de norma administrativa alguna que explicita objetivo, casos y supuestos que habilitarían la decisión de “entrevistas migratorias por matrimonio”, y a fin de evitar cualquier uso “discriminatorio” del instrumento, se recomienda su elaboración, de acuerdo a criterios respetuosos de los derechos humanos de los migrantes, con participación de organizaciones de la sociedad civil, aplicables por todas las autoridades migratorias del país. Estas entrevistas, además, deben ser consideradas como parte integrante del proceso administrativo y por lo tanto debe garantizarse en esa instancia la presencia o participación de asesores letrados o patrocinio del trabajador migratorio y sus familias.
3. Si no hubiera presunción de la existencia de algún delito ni de infracciones a la ley civil sobre matrimonio, se recomienda abstenerse de negar la validez de partidas matrimoniales emitidas de forma ajustada a la ley, y por ende abstenerse de negar la residencia por matrimonio en dichos casos.

²⁷ Conforme informara el Director Nacional de Migraciones en una reunión con organizaciones sociales, el día 2 de junio de 2011.

4. Se recomienda la interpretación y aplicación de los criterios de residencia de la ley y la Convención de forma amplia y coherente, de modo tal de evitar dejar sin contenido el derecho humano a migrar –con su carácter de universalidad- consagrado en la ley de migraciones.

2.3 Exclusión de determinados grupos de las políticas de regularización (arts. 2, 7 y. 63 de la Convención): trabajadores sin contrato de trabajo y trabajadores por cuenta propia.

El artículo 2.1 de la Convención para la protección de los trabajadores migratorios y sus familias, establece que “se entenderá por trabajador migratorio toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”. Está claro que la Convención otorga a la categoría de “trabajador migratorio” un contenido amplio, que incluye las distintas realidades sociales que podrían determinar flujos migratorios, entre las cuales se sitúa como la matriz, la realización de una actividad remunerada²⁸.

El artículo 23 del Decreto 616/2010 prevé que para obtener una residencia como trabajador migrante “...se tendrán en cuenta las definiciones y condiciones establecidas por la CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCION DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, aprobada por la ley Nº 26.202”²⁹. Sin embargo, en la práctica, es imposible iniciar un trámite de residencia bajo esta categoría y no existe información al público acerca de esta norma. Ni en la página web oficial de la Dirección Nacional de Migraciones, ni en los folletos informativos consta la posibilidad de iniciar un trámite de residencia al amparo de esta norma³⁰, pues solamente se acepta a aquellas personas empleadas en “relación de dependencia”.

Ahora bien, existe un binomio irregularidad migratoria- trabajo informal, que debe ser analizado a partir de aquel concepto amplio de trabajador migrante, teniendo en cuenta el objetivo de promover la regularización migratoria prevista en nuestra ley, y desde una perspectiva de protección a los derechos humanos. En este marco, es preciso señalar que la permanencia de estos grupos de extranjeros en una situación irregular, conlleva la vulneración de otros derechos fundamentales. Es decir, que el trabajador migrante desprovisto de condición jurídica o social alguna, es –en muchas ocasiones- objeto de abusos, e incluso de explotación. En efecto, ante la irregularidad migratoria, el trabajo informal se convierte en la única posibilidad de subsistencia para el o la trabajadora migrante. Cabe señalar que en Argentina el número de personas –nacionales y extranjeras- que desempeñan trabajos informales es verdaderamente significativo (especialmente en las últimas décadas). Si a ello le sumamos la imposibilidad de acceder a una residencia regular (lo cual les impide formalmente trabajar), ello conlleva no sólo el mantenimiento del trabajo informal, sino también la vulnerabilidad a los abusos y riesgos mencionados.

A su vez, debe advertirse que el trabajo por cuenta propia se encuentra legalmente admitido y plenamente regulado en la República Argentina como categoría de trabajador/a, con lo cual **resulta irrazonable que la Dirección Nacional de Migraciones desconozca o niegue esa categoría laboral a las personas migrantes**. Ello es menos razonable aún cuando el marco legal reconoce el derecho humano a migrar y obliga a adoptar medidas para regularizar la situación migratoria de las personas que se encuentran en el territorio.

Puede advertirse que, el objetivo esencial de la Convención es que todos los trabajadores migratorios puedan gozar de sus derechos humanos, independientemente de su condición jurídica. Sin embargo, siempre que existan trabajadores migratorios que no se encuentren regularizados, sus derechos humanos y libertades

²⁸ Ello así, porque una de las principales razones del movimiento de personas de un Estado a otro es la incapacidad para producir suficiente para la propia subsistencia en el país de origen, o simplemente porque el país de acogida presenta mejores perspectivas de trabajo. Para la Convención, la cual tiene en nuestro país una jerarquía superior a las leyes (Art. 75, inc. 22 CN), “...se entenderá por «trabajador por cuenta propia» todo trabajador migratorio que realice una actividad remunerada sin tener un contrato de trabajo y obtenga su subsistencia mediante esta actividad, trabajando normalmente solo o junto con sus familiares, así como todo otro trabajador migratorio reconocido como trabajador por cuenta propia por la legislación aplicable del Estado de empleo o por acuerdos bilaterales o multilaterales” (Art. 2.h).

²⁹ Artículo 2.h) de la Convención: “Se entenderá por “trabajador por cuenta propia” todo trabajador migratorio que realice una actividad remunerada sin tener un contrato de trabajo y obtenga su subsistencia mediante esta actividad, trabajando normalmente solo o junto con sus familiares, así como todo otro trabajador migratorio reconocido como trabajador por cuenta propia por la legislación aplicable del Estado de empleo o por acuerdos bilaterales o multilaterales”.

³⁰ http://www.migraciones.gov.ar/accesible/?nomercosur_temporaria

fundamentales corren mayores riesgos, aún con un marco normativo favorable como la ley 25.871. Asimismo, la DNM exige a quien solicita una residencia por trabajo, un pre-contrato de trabajo celebrado con el empleador. Es decir, continúa admitiendo únicamente la relación laboral de dependencia, contrariamente a la Convención, la ley y el Reglamento migratorio, así como la propia legislación laboral vigente en el país.

2.3.1 Recomendaciones sugeridas:

1. Adoptar un mecanismo de regularización migratoria bajo la categoría de trabajadores migratorios sin contratos y trabajadores por cuenta propia.

3. Los trámites para la determinación de la condición de irregularidad en la permanencia de un trabajador migrante y sus familias. Aplicación errónea de la legislación. Falta de consideración de las cuestiones probatorias a cargo de la autoridad migratoria. Las condiciones de detención.

Como señalamos, el artículo 61 de la ley de migraciones vigente establece el procedimiento para la determinación de la condición de irregularidad o no en la permanencia de un trabajador migrante y/o sus familias en Argentina. En función de esta norma, cada vez que la autoridad migratoria considera que una persona se encuentra en situación de residencia irregular (luego de su ingreso al país), *debe* darle un plazo para que regularice su situación migratoria, con la amenaza que, de no hacerlo, el Estado podrá dictar su expulsión del territorio, que quedará en suspenso hasta tanto un juez revise esa medida de expulsión.

También debe considerar el Comité que en las consideraciones del decreto reglamentario de la ley de migraciones, 616 del año 2010, se señaló que

“Que, en ese sentido, la Ley No 25.871 y sus modificatorias han incorporado sustanciales cambios en la legislación migratoria nacional, como la instrumentación de procedimientos de expulsión de extranjeros mediante los cuales se ha garantizado su acceso a la justicia y, por ende, el efectivo control judicial respecto de la razonabilidad y legalidad de cualquier medida dictada a su respecto por la autoridad de aplicación”.

Sin embargo, se han verificado casos en los que la autoridad migratoria no aplica esta norma, y utiliza un criterio discrecional para establecer cuándo aplica la regla antes mencionadas, y cuándo decide dictar la expulsión de una persona sin la existencia de un plazo de advertencia para que ésta regularice su situación de hecho, y, sobre todo, sin recurrir a la justicia para validar la decisión administrativa. En concreto, se produce en estos casos una aplicación desigual y arbitraria de la ley.

3.1. La aplicación desigual e irrazonable de la ley ante la supuesta falta de acreditación de “ingreso por lugar habilitado”.

En algunos casos, la autoridad migratoria realiza una aplicación desigual de la ley, al señalar la existencia de un impedimento para la residencia en Argentina, como el establecido en el artículo 29 inciso i de la ley 25.871 — “intentar ingresar o haber ingresado al territorio nacional eludiendo el control migratorio o por lugar u horarios no habilitados para tal efecto”—. Sin embargo, podrá advertir el Comité, este supuesto se refiere a los casos en que la autoridad migratoria constate esta situación en el momento de ingresar o intentar ingresar al país de una persona (intentar ingresar, o en el momento inmediato al ingreso). Pero no para evaluar la permanencia de una persona en el país. En este segundo supuesto, es aplicable el artículo 61 de la ley y no las reglas establecidas para el rechazo en frontera, previstas en el art. 35 de la ley y también art. 35 del Reglamento 616/2010).

En efecto, en el marco de un proceso de habeas corpus por la detención en la Provincia de San Luis de un migrante de nacionalidad senegalesa, que llevaba años residiendo en el país, pudimos constatar que la autoridad migratoria al momento de dictar el acto administrativo de expulsión, consideró que el extranjero no había acreditado ingreso a la Argentina por lugar habilitado, y por lo tanto ordenó su expulsión de manera inmediata, sin intimar a la presentación de documentos que acrediten trámite de regularización y sin solicitar la

intervención judicial para analizar la legalidad de la medida de expulsión. Tan sólo requirió la intervención judicial para detenerlo.³¹

En el mes de junio de 2011, en el marco de otro proceso de habeas corpus, iniciado ante la detención de varias personas de nacionalidad china, la Cámara Federal de Paraná, en la Provincia de Entre Ríos, señaló la práctica de la autoridad migratoria, de utilizar reglas distintas a las previstas en el artículo 61 de la ley de migraciones. En este sentido, el mencionado Tribunal reiteró una jurisprudencia de la mencionada Cámara del año 2004, del voto del juez Gabriel Chausovsky, quien señaló:

*“las facultades de control de la autoridad migratoria (y aquellas fuerzas que actúan como delegadas de la misma), reconocen dos momentos de ejercicio, con diferentes atribuciones en cada caso. La primera, indicada en el art. 35, está vinculada al control en frontera, estableciendo diversos casos y la consecuente actuación de la autoridad de aplicación para cada uno de ellos. Traspasada la frontera e ingresada la persona al país, estas reglas se tornan absolutamente inaplicables. No interesa la mayor o menor eficacia del control efectuado o su elusión, una vez en el país ya no puede procederse en base a la norma citada. La segunda, regulada a partir del art. 61, establece los deberes relativos a la constatación, ya dentro del país, de una situación de supuesta irregularidad migratoria. Desde ya corresponde señalar que el supuesto en tratamiento encuadra en esta última situación, toda vez que las personas han sido controladas dentro del territorio nacional. Siendo así, si la autoridad de aplicación interpreta que se encuentra frente a un caso de irregularidad, la norma es clara y precisa: debe, en primer término, conminar a regularizar la situación, otorgando un plazo para ello, apercibiendo a la persona respecto a que si no lo hace, se decretará su expulsión, todo ello mediante la formación del correspondiente expediente administrativo (...). Por lo demás, la expulsión no es ejecutable directamente por la autoridad administrativa (como era en la anterior ley), sino que tiene efecto suspensivo, dado que debe mediar intervención judicial de revisión de la decisión administrativa. En la ley 25.871 los actos administrativos migratorios que involucran a personas, no son ejecutables sin control judicial. Éste comprende, no sólo el acto expulsorio, sino las decisiones administrativas que declaran la irregularidad de la permanencia y demás circunstancias del caso, dado que la expulsión es la consecuencia y efecto de una previa declaración, sea de irregularidad de la permanencia, sea de cancelación de la residencia otorgada”.*³²

Es decir, en ambos supuestos, el procedimiento administrativo y judicial desarrollado no se realizó en los términos del artículo 61 de la ley de migraciones. Como señala la Cámara Federal de Paraná en el precedente citado en el párrafo precedente, con relación a la nueva legislación migratoria en Argentina y la existencia de un nuevo paradigma para la protección de los derechos de los migrantes.

“Este nuevo paradigma, se construye a partir de erigir al “derecho a migrar” como derecho humano - esencial e inalienable de la persona- e impone la consecuente obligación del Estado argentino de garantizarlo sobre la base de los principios de igualdad y universalidad (art. 4 ley 25.871). Como corolario de ello, la ley migratoria tiende a la regularización del migrante y por eso mismo es que la expulsión es una medida extrema y de última ratio; en consecuencia, verificada que fuera la situación de irregularidad migratoria de una persona que se encuentra en el territorio de nuestro país, corresponde, ante todo a la autoridad migratoria, intimarla para que regularice su situación, otorgándole para ello un plazo razonable, bajo apercibimiento de que si no lo hace, se decretará su expulsión con efecto suspensivo, debiendo la Dirección Nacional de Migraciones girar las

³¹ Causa 40.735 “GUEYE, Abdou s/ Habeas Corpus”, que tramitó ante el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción Nro. 39, de la Ciudad de Buenos Aires.

³² Cámara Federal de Paraná, sentencia del día 11 de junio de 2011, en el marco del expediente de habeas corpus: “Concepción del Uruguay Juzgado Federal N°1 Expte. N° 5-17.559 – 20.768-2.011 “Incidente de Hábeas Corpus deducido por Dai Jianqing, Lin Xuehui, Xie Chenguang Y Zhuang Bisheng – Relacionado con los Autos N°32/11 Caratulados: “Dirección Nacional De Migraciones S/Retención De Personas De Nacionalidad China”.

actuaciones al juez con competencia para el control de la orden de expulsión (art. 61 ley 25.871 y decreto 616/2010)."

Además, con relación a la acreditación del requisito de "ingreso legal al país" la Dirección de Migraciones exige como prueba la constancia de ingreso del sistema informático de la propia Dirección o poseer un certificado de ingreso emitido por la "policía migratoria auxiliar" (Gendarmería Nacional o Prefectura Naval argentinas, que realizan tareas de control migratorio en ciertos pasos fronterizos). Sin embargo, en numerosos puestos de frontera no existe sistema informático para registrar los ingresos, y éste se realiza de modo "manual". En estos casos, se entrega al extranjero un pequeño papel con la constancia de ingreso al país. En ciertas oportunidades este papel o bien es requerido por varias dependencias públicas o bien se extravía, y la autoridad de frontera omite registrar el ingreso en sus libros.

En estas situaciones se invierte la carga de la prueba del ingreso legal al país, ya que se exige a las personas que acrediten el "legal ingreso al país", cuando en rigor esa prueba resulta de "imposible cumplimiento", atento que han pasado muchos años desde el ingreso, o bien se han extraviado los comprobantes. Cuando esto sucede, las personas deben realizar un trámite de "certificación de ingreso", que puede ser negativo, puesto que las "policías migratorias auxiliares" (Gendarmería Nacional, Prefectura Naval y Policía de Seguridad Aeroportuaria) no realizan los registros de ingreso de manera eficiente y tampoco existe un registro informático de todos los puestos fronterizos, ni se ha digitalizado el registro de los ingresos de años anteriores. Por ello, la búsqueda se hace de manera manual y resulta difícil afirmar que este sea un registro certero.

Con relación al certificado de ingreso al país de extranjeros que provienen del Mercosur o Estados asociados, la autoridad migratoria no hace aplicación del artículo 29 del Decreto 616/2010 (Reglamento de Migraciones) que señala que: "se tendrá especialmente en cuenta la situación de los extranjeros nativos de los Estados Parte del MERCADO COMUN DEL SUR (MERCOSUR) y Estados Asociados que puedan hallarse incurso en el impedimento previsto en el inciso i)", es decir, personas que Dirección Nacional de Migraciones considere que no han ingresado por un lugar u horario habilitado a tal efecto. La autoridad migratoria, en estos casos, considera que existe un "impedimento", ordena la expulsión de la persona sin cumplir con el artículo 61 de la ley de migraciones, cuando en rigor existen trabajadores migrantes y/o sus familias que poseen años de arraigo, tienen familia en argentina, trabajo, etc.

Por último, es preciso señalar que dicho impedimento de ingreso no sólo se aplica incorrectamente (para resolver cuestiones de residencia, cuando debería estar limitado al ingreso), sino que dicha infracción no tiene ninguna prescripción. Con esta interpretación errónea, esta supuesta inhabilidad para obtener una residencia puede acompañar a una persona por años, llegando al extremo de impedir su residencia aún si su caso se enmarca en uno de los criterios que la ley reconoce para obtener un permiso de residencia.

3.1.1. Recomendaciones sugeridas:

1. Adoptar las medidas necesarias para evitar situaciones que impliquen la aplicación desigual y arbitraria de la ley en aquellos casos en los que se alega la falta de acreditación de certificado de ingreso por lugar no habilitado. Bajo ninguna circunstancia, una vez que la persona se encuentra en el territorio argentino, fuera de la zona de frontera, se podrá adoptar un procedimiento distinto al previsto en el artículo 61 de la ley de migraciones.
2. Adoptar las medidas necesarias para que en todos los procedimientos administrativos la autoridad migratoria realice todos los esfuerzos necesarios, en un tiempo oportuno, para certificar el ingreso al país de la persona.
3. Más allá de la necesidad de adoptar la recomendación mencionada en el punto 1, la autoridad migratoria debería a su vez implementar las medidas necesarias de conformidad con el artículo 29 última parte, del Decreto Reglamentario 616 de 2010, para que en aquellos casos de trabajadores migrantes y sus familias provenientes de Estados del Mercosur y Estados asociados la falta de acreditación del ingreso al país, pueda acreditarse a través de otros medios, como por ejemplo, años de residencia.

3.2. La falta de consideración de razones familiares, de arraigo o trabajo. La aplicación automática de ciertos impedimentos.

También hemos advertido que la autoridad migratoria elude el artículo 61 de la Ley de Migraciones para la determinación de la condición de irregularidad de un trabajador migrante, en aquellos casos en los que, alega, la permanencia de una persona en Argentina, estaría limitada por el impedimento previsto en el Inc. C del artículo 29 de la ley, que dice: “haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más”.

En estos supuestos la autoridad migratoria resuelve decretar una “orden de expulsión” contra las personas alcanzadas por este impedimento “migratorio”, sin hacer ninguna consideración previa sobre la situación familiar o las condiciones de la permanencia de la persona en Argentina, tal como prevé el artículo 61 de la ley antes mencionado. Recién luego de librada la orden de expulsión, cuando la persona manifiesta su disconformidad con la orden y aporta pruebas de relaciones familiares con nacionales argentinos o extranjeros con residencia regular, es posible obtener una decisión del Ministerio del Interior —“dispensa ministerial” (contenida en el art. 29 última parte de la ley 25.871)—. Esta dispensa está sujeta a la discrecionalidad de la autoridad migratoria que ha de “propiciar” la dispensa o no, lo cual resulta arbitraria y discriminatoria, ya que de lo que se trata es de proteger el derecho humano a la vida familiar.

Es por ello, que la aplicación automática de los impedimentos previstos en la ley por “antecedentes penales”, deja de lado los objetivos de la ley de protección de la familia, unidad familiar, arraigo, o promoción de procesos de regularización para determinadas nacionalidades. En este sentido, la decisión de ordenar la “expulsión” del territorio de una persona en estos supuestos, sin que exista un espacio formal y adecuado para acreditar la existencia de un interés por residir en Argentina, tal como lo estipula el artículo 61 de la ley de migraciones, constituye una aplicación dispar e irrazonable de la ley.

3.2.1. Recomendaciones sugeridas:

1. Adoptar las medidas necesarias para que aquellos migrantes a los que la autoridad migratoria considera que se encuentran alcanzados por el impedimento previsto en el artículo 29 inc. C de la ley 25.871, se aplique el procedimiento previsto en el artículo 61 de la ley.
2. Implementar las medidas necesarias para que en estos casos, los migrantes tengan una oportunidad efectiva para presentar pruebas y discutir argumentos con relación a su derecho a residir en Argentina, especialmente, cuando se alegan razones de familia o arraigo.
3. Abstenerse de ordenar la expulsión del país en los casos en que se acredite que la decisión afectará negativamente el derecho a la vida familiar del trabajador/a migrante y, también, de los miembros de su familia.

3.3. La necesidad de garantizar la entrega de certificados de residencia precaria o constancia de trámite de aquellas personas que deciden impugnar decisiones administrativas que las afectan.

Por otra parte, también en el marco de los procesos administrativos y/o judiciales que se inician ante la impugnación de una decisión que constata la irregularidad de la permanencia en Argentina de un trabajador migrante y declara la ilegalidad de esa situación - sea en el marco del artículo 61 de la ley de migraciones, o por el sistema de recursivo previsto en la ley de migraciones en el artículo 84 - la autoridad migratoria rechaza las renovaciones de los certificados de residencia “precarias” o de trámite en curso.

En estos supuestos, la autoridad administrativa considera que la decisión final administrativa es válida, goza de legitimidad. **Sin embargo, la legislación dice lo contrario.** En efecto, la decisión administrativa que declara la ilegalidad de la permanencia en Argentina de un trabajador migrante, carece de legitimidad plena, de hecho, no puede ser ejecutada, sin una validación judicial de la decisión administrativa. Desde esta óptica, cancelar los certificados de residencia o certificados de expediente en trámite causa un grave daño para el trabajador migrante que decidió recurrir la decisión administrativa que considera perjudicial. Pierde, en rigor, la posibilidad

de exhibir ante cualquier funcionario público, agente policial, o privados en general (hoteles, albergues, por ejemplo) cuál es su situación migratoria en Argentina.

En otras palabras, la decisión del trabajador migrante de discutir administrativa o judicialmente una resolución adversa de la autoridad migratoria conlleva en la pérdida de los certificados de trámites migratorios vigentes, situación que expone al trabajador migratorio a una situación de mayor vulnerabilidad ante actores públicos o privados. Si bien es cierto que –contrariamente a lo establecido en la ley- en algunos precedentes judiciales, algunos jueces han rechazado medidas cautelares en las que se solicitaba la renovación de las residencias precarias o constancias de expediente en trámite, mientras transcurre el proceso judicial de impugnación o revisión judicial de la decisión administrativa atacada,³³ también es cierto que en otros expedientes los jueces han ordenado de manera inmediata documentar a las personas migrantes que se encuentran bajo un proceso administrativo o judicial en los que se discute su permanencia en Argentina.³⁴

3.3.1 Recomendaciones sugeridas:

1. Implementar las medidas necesarias para renovar los certificados de residencia precaria de aquellas personas que deciden impugnar administrativa o judicialmente decisiones de la autoridad administrativa migratoria relativas a la residencia o permanencia en el país.

3.4. Falta notificación y de traslado de pedidos de detención judicial.

Ahora bien, en aquellos supuestos señalados en los que la autoridad migratoria no aplica el artículo 61 de la ley de migraciones, sobre la base de los antecedentes que hemos expuestos precedentemente, ésta solicita al Poder Judicial que autorice la detención (“retención”, art. 70 de la ley de migraciones) de la persona “atento que la orden de expulsión se encuentra firme y consentida”. Sin embargo, en esta instancia cabe resaltar que **en ninguna parte del proceso judicial se da traslado de este pedido al migrante o a sus representantes legales, en tanto se considera que este pedido de retención constituye una medida cautelar, generándose así una violación al derecho de defensa en juicio.** Asimismo, la situación se ve aún más agravada si tenemos en cuenta que muchas personas nunca se enterarán que pesa sobre ellas una orden de expulsión y retención hasta el momento en que son aprehendidas por alguna autoridad policial (a lo que se suma lo señalado en el punto relativo a los lugares de detención de las personas migrantes) y que prácticamente en ningún caso se les informa que poseen el derecho a contar con patrocinio letrado gratuito.³⁵

3.4.1. Recomendaciones sugeridas:

1. Asegurar en todos los casos en los que se solicita la retención de un migrante, se haya dado cumplimiento efectivo a las previsiones del artículo 61 de la ley de migraciones.

3.5. Lugares de detención (retención) en Argentina.

Tal como destacáramos en otra oportunidad, con relación a los lugares de retención de las personas migrantes, el decreto 616/2010 establece en su artículo 72 que: “El alojamiento de los extranjeros retenidos deberá hacerse

³³ Nos referimos al expediente “Calvo Sempertegui María Alba c. EN, DNM s/Recurso directo para juzgados, expediente nro. 1118/11”, Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo, Nro. 7, sec. Nro. 14. Decisión confirmada por la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, y también el precedente “Gómez Martínez Juan José -INC MED (14-11-11) c/ EN -DNM - RESOL 743/10 (Expte 2233178/06) s/ proceso de conocimiento” – CNACAF – 05/04/2011 Expte. N° 6.930/2011 - “Gómez Martínez Juan José -INC MED (14-11-11) c/ EN -DNM - RESOL 743/10 (Expte 2233178/06) s/ proceso de conocimiento” – Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo y Federal, Sala III, decisión del 5 de abril de 2011.

³⁴ Cámara Federal de Paraná, sentencia del día 11 de junio de 2011, en el marco del expediente de habeas corpus ya citado: “CONCEPCIÓN DEL URUGUAY JUZGADO FEDERAL N°1 EXPTE. N° 5-17.559 – 20.768-2.011 “INCIDENTE DE HÁBEAS CORPUS DEDUCIDO POR DAI JIANQING, LIN XUEHUI, XIE CHENGUANG Y ZHUANG BISHENG – RELACIONADO CON LOS AUTOS N°32/11 CARATULADOS: “DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES S/RETENCIÓN DE PERSONAS DE NACIONALIDAD CHINA”. En el caso la Cámara señaló que “corresponde que la D.N.M. documente a los actores, arbitrando para ello el trámite previsto en el art. 20 de la ley 25.871, (otorgamiento de una residencia precaria mientras se sigue el trámite que corresponda a la categoría migratoria pertinente), pudiéndose asimismo merituar los arts. 26, 52 y 69, normas todas que en su conjunto tienden a hacer operativos los objetivos de la ley migratoria previstos en el art. 3, en particular, inc. f)”.
³⁵ Nos remitimos a las notas al pie Nro. 31 y 32.

en ámbitos adecuados, separados de los detenidos por causas penales, teniéndose particularmente en cuenta su situación familiar”. Sin embargo, a pesar de esta importante disposición normativa, **no existe estructura en la actualidad que pueda ser utilizada por parte de la autoridad migratoria y de los jueces que resuelven órdenes de retención, de conformidad con los mandatos establecidos en la ley y el reglamento.**

Es por ello que en los últimos meses, hemos tomado conocimiento de ciertos casos³⁶ en los que las personas detenidas fueron trasladadas a dependencias comunes con detenidos en causas penales, sin considerar que la ley y el reglamento sólo habilitan a aplicar dicha medida en lugares exclusivamente habilitados para tal efecto.

3.5.1 Recomendaciones sugeridas:

1. Dar cumplimiento efectivo de las previsiones del artículo 72 del decreto 616 del año 2010 y abstenerse en todos los casos de detener a una persona migrante (en el marco de procedimientos migratorios) en lugares destinado a personas en conflicto con la legislación penal.

3.6. Apuntes sobre el acceso a la justicia en el marco del artículo 61 de la ley de migraciones

Debe destacarse la decisión de la Defensoría General de la Nación de dictar una norma protectoria³⁷ que establece la posibilidad de acceder al derecho a la asistencia jurídica gratuita en los trámites de expulsión por antecedentes penales o por irregularidad migratoria. A su vez, desde hace varios años, existen clínicas jurídicas para la protección de los derechos de los migrantes, creadas por universidades y organizaciones no gubernamentales.

Sin embargo, en diversas ocasiones se dicta la orden de expulsión sin informar a las personas que cuentan con el derecho de contar con asistencia jurídica gratuita, o la posibilidad concreta de recurrir ante la Defensoría General u otros servicios de asesoramiento y patrocinio o tampoco existe información pública que de cuenta de esta situación en el ámbito de la Dirección Nacional de Migraciones, sea en carteles, folletos, o en la web oficial de la Dirección Nacional de Migraciones. Y en particular, pese a que el decreto de la ley obliga a la DNM de remitir los casos de expulsión ante la Defensoría General de la Nación, a fin de que ésta brinde el derecho a la asistencia jurídica gratuita, en numerosos casos esa remisión no se ha producido.

III. ACCESO A LA SALUD Y A LA EDUCACIÓN (ARTS. 28, 30, 33, 43,45)

Diagnóstico

1. La regulación normativa vigente

La ley 25.871 establece en su artículo 6 que el Estado asegurará en todas sus jurisdicciones el acceso igualitario de los inmigrantes y sus familias, entre otros derechos, a la salud y la educación, en las mismas condiciones de protección y amparo que los nacionales. Por su parte, el artículo 7 prevé que: “En ningún caso la irregularidad migratoria de un extranjero impedirá su admisión como alumno en un establecimiento educativo, ya sea este público o privado; nacional, provincial o municipal; primario, secundario, terciario o universitario. Las autoridades de los establecimientos educativos deberán brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria”. Asimismo, el artículo 8 determina que: “No podrá negársele o restringírsele en ningún caso, el acceso al derecho a la salud, la asistencia social o atención sanitaria a todos los extranjeros que lo requieran, cualquiera sea su situación migratoria. Las autoridades de los establecimientos sanitarios deberán brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria”.

Sin embargo, como veremos a continuación, en la realidad se presentan diversas dificultades y distinciones que restringen el acceso a estos derechos, en razón de la nacionalidad o la condición migratoria.

³⁶ Nos referimos a la causa ya citada, 40.735 “GUEYE, Abdou s/ Habeas Corpus”, que tramitó ante el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción Nro. 39, de la Ciudad de Buenos Aires.

³⁷ Resolución 569 del 13 de mayo de 2011.

2. Prácticas y normativas que obstaculizan el acceso a la salud y educación. La incidencia de la falta de difusión de la nueva Ley de Migraciones y los derechos de las personas migrantes. Necesidad de adecuación de normativa reglamentaria.

2.1 El acceso a la salud de las personas migrantes e hijas de migrantes.

El acceso a los servicios de salud para los y las migrantes, resulta en la práctica muy dificultoso, en particular, debe remarcar la obstaculización para la atención en hospitales públicos o el acceso a programas específicos en algunas jurisdicciones del país. Por ejemplo, en la Ciudad de Buenos Aires, una gran cantidad de personas extranjeras no son aceptadas en hospitales o no pueden acceder a diversas prestaciones de salud que se derivan del programa Cobertura Porteña de Salud, debido a que se exige el Documento Nacional de Identidad (DNI), en contra de lo establecido en la ley de migraciones.

Las acciones que se han desplegado desde diferentes organizaciones, permiten visualizar que en la mayoría de los casos, la denegación por parte de las autoridades sanitarias se debe a la falta de conocimiento tanto de las obligaciones a cargo del Estado argentino, como de los alcances del derecho a la salud de las personas residentes en el país. En efecto, una de las carencias más importantes en relación con el acceso a derechos sociales por parte de la población migrante, en el marco de la nueva ley, se debe a la ausencia de una política de Estado dirigida a difundir esta norma, especialmente respecto de los derechos que reconoce, así como a capacitar a los organismos públicos (por ejemplo, efectores de salud) sobre el cambio legislativo y las obligaciones que de allí se derivan.

A nivel nacional, la exigencia formal de contar con DNI para acceder a prestaciones de salud también es un obstáculo y ha derivado en algunos casos, en el subregistro de las necesidades y, por tanto, en una planificación presupuestaria ineficiente. Tómese como ejemplo lo que sucede con el Plan Nacer, un programa federal dirigido a mejorar la cobertura de salud y calidad de atención de mujeres embarazadas, puérperas y de niños/as menores de 6 años que no tienen obra social. El programa plantea un modelo de gestión donde el Estado Nacional transfiere recursos financieros a las provincias en base a la identificación de necesidades, la inscripción de beneficiarios y el cumplimiento de metas sanitarias. **Sin embargo, la inscripción al programa exige contar con DNI.** Esto conlleva una disparidad de situaciones entre, por un lado, el acceso efectivo a las prestaciones de salud que, en concordancia con la Ley Nacional de Migraciones, son garantizadas a las personas extranjeras aún cuando no cuenten con DNI, y por otro, la falta de registro de las necesidades y usuarios reales del sistema, con la consecuencia de una ineficiente planificación presupuestaria y la obstaculización del proceso de una integración social entre nacionales y extranjeros.

Como se advierte a lo largo de este documento, aún persiste la vigencia de diferente normativa reglamentaria que demora el cumplimiento efectivo de los derechos consagrados en la nueva ley de migraciones. Es también el caso de dos resoluciones dictadas por el Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI) que resultan restrictivas en cuanto al acceso de migrantes a trasplantes de órganos. La primera de ellas fue dictada por el INCUCAI³⁸ en el 2004 y establecía los requisitos que debían cumplir los extranjeros para inscribirse en la lista de espera para la asignación de órganos cadavéricos. Si bien en sus fundamentos la resolución prescribía criterios de asignación de órganos y tejidos que permitieran el acceso de la totalidad de los pacientes en igualdad de condiciones, lejos de ello, la parte resolutive de la norma establecía distinciones entre residentes permanentes -a quienes se les garantiza la inscripción a la lista de espera para la asignación de órganos cadavéricos- y residentes temporarios o transitorios a quienes se les exigía acreditación de ingreso legal al país y un certificado del país de origen, indicando que allí el paciente se encontraba impedido de participar de la asignación de órganos para trasplante. A su vez, la resolución preveía la exención de dichos requisitos respecto de aquellos pacientes extranjeros con cuyo país de origen se hubiere celebrado un convenio de reciprocidad con Argentina.

³⁸ Resolución 85/2004.

Una segunda resolución, dictada en 2009³⁹, derogó la normativa de 2004 pero impuso una distinción más gravosa aún. Esta nueva resolución estableció que sólo pueden inscribirse a la espera de la asignación de órganos y/o tejidos cadavéricos para trasplante, los extranjeros con residencia permanente, excluyendo a los residentes temporarios. Asimismo, dispuso que para recibir un implante de órgano o tejido proveniente de donante vivo o tejidos procedentes de un banco del exterior, se deberá acreditar residencia temporaria o transitoria expedida por la Dirección Nacional de Migraciones (DNM).

Las restricciones impuestas por esta regulación incorporan distinciones que contradicen los principios establecidos por la Ley Nacional de Migraciones en materia de salud. Por otra parte, las resoluciones dictadas sujetan el acceso a la salud a la existencia de convenios de reciprocidad entre el país de origen del migrante y la República Argentina, resultando inaplicables ya que las obligaciones que un Estado tiene en materia de derechos humanos respecto de las personas bajo su jurisdicción, no pueden estar condicionadas según el trato que otro Estado les dé a sus nacionales que habiten allí.

2.2 El derecho a la educación de las personas migrantes y/o hijas de migrantes. La inmigración en las escuelas y la xenofobia.

Las dificultades que restringen el acceso a la salud también se presentan en el ámbito del sistema educativo. En algunos casos, la discriminación en el acceso a las escuelas resulta de la exigencia de un DNI argentino para la inscripción de los niños como alumnos, para inscribirse a exámenes libres o al momento de solicitar la expedición de títulos. Esto se debe tanto a la falta de conocimiento de los derechos y obligaciones de las personas migrantes por parte de los funcionarios y agentes encargados de procesar estas solicitudes⁴⁰, como a la falta de orientación que reciben los trabajadores migratorios y sus familiares para acceder a una residencia legal.

Otro tipo de obstáculos en el acceso a la educación que se han podido constatar se encuentran relacionados con la homologación de títulos o el reconocimiento de los estudios realizados en otros países por los niños, niñas y adolescentes migrantes. Este aspecto se presenta especialmente en el caso de quienes solicitan asilo, en tanto es muy difícil de conseguir este tipo de certificaciones por parte del país de origen. Una alternativa frente a la imposibilidad de presentar las certificaciones de estudio necesarias es la de realizar una prueba de validación que acredite el nivel de estudios alcanzado. Sin embargo, no existe una práctica estandarizada en este sentido y la evaluación no siempre es realizada. Además, no se cuenta con tutorías -especialmente necesarias por las diferencias idiomáticas-, para que los niños puedan prepararse para este tipo de examen.

Por último, recientemente, a partir de la implementación de programas nacionales (Plan Conectar Igualdad) y locales (Plan Sarmiento) de entrega de netbooks para la enseñanza y aprendizaje, se han observado distintos obstáculos en el acceso a la computadora portátil vinculados principalmente a la exigencia de DNI. Nuevamente esta problemática responde a la desinformación y falta de conocimiento de los derechos de las personas migrantes por parte de operadores del programa o a la normativa reglamentaria que prevé la exigencia de DNI.

En otro orden de ideas, en el ámbito de la enseñanza se observa un doble déficit. Por un lado, la temática migratoria (los aportes de la inmigración al desarrollo, los derechos de las personas migrantes, etc.) no ha sido incluida dentro de las currículas educativas en los diferentes niveles de enseñanza. Por el otro, tampoco se

³⁹ Resolución 342/2009.

⁴⁰ La falta de capacitación sobre los alcances de la nueva normativa como causa principal de estos impedimentos se verifica en las respuestas a las intervenciones realizadas por Clínica Jurídica CAREF-CELS. Ante la recepción de estas consultas, la clínica suele entregar a los consultantes un dictamen jurídico para ser presentado a las autoridades correspondientes en los que se describe la situación de discriminación sufrida, se exponen detalladamente los derechos que les asisten a los migrantes y se señala que el Estado estaría incumpliendo sus obligaciones, en caso de continuar con esas pautas de conductas discriminatorias. En general, frente a la entrega de estos dictámenes —de carácter meramente informativo—, la autoridad competente reconoce su falta y los migrantes logran ejercer sus derechos. Una reciente investigación elaborada por diversas instituciones sociales y académicas, coordinada por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús y la oficina de UNICEF en Argentina, da cuenta de los diversos obstáculos que aún existen para acceder a la educación y la salud por parte de niños/as migrantes e hijos de trabajadores migrantes, en razón de su condición migratoria (“Estudio sobre los derechos de niños y niñas migrantes a 5 años de la nueva ley de migraciones (25.871)”, disponible en <http://www.unla.edu.ar/rectorado/centros/cdh/index.php>).

brinda capacitación docente en esas mismas materias. Ambas circunstancias repercute en la presencia de actitudes discriminatorias y xenófobas en las escuelas, lo cual repercute directamente en los niños de migrantes e hijos de migrantes. Asimismo, incide en la gestación y propagación de estereotipos en la sociedad a mediano y largo plazo, impidiendo –al contrario- contribuir a procesos de integración y cohesión social entre todos los integrantes de una sociedad multicultural como la argentina.

Preguntas que sería importante formular al Estado argentino:

1. ¿Qué acciones se están implementando, para que en todos los centros de salud y las entidades educativas del país, se garantice a todos los migrantes e hijos de migrantes, el acceso a la salud y la educación, sin distinción alguna en razón de su condición migratoria?
2. ¿Qué planes o programas se han implementado o se implementarán para difundir el contenido de la ley en relación con estos derechos, y capacitar a los empleados y funcionarios públicos para su debido conocimiento y cumplimiento?
3. ¿Qué programas existen para capacitar a personal de los sistemas de salud y educación en materia de inmigración y derechos de migrantes?
4. ¿Cómo se transmite la temática de la inmigración –incluyendo las migraciones contemporáneas- en la currícula de los sistemas educativos, a nivel nacional, provincial y local?

Recomendaciones sugeridas:

1. A partir de la incidencia que ha tenido la falta de información y conocimiento por parte de agentes públicos, docentes y operadores de la salud, sobre los derechos de las personas migrantes y el alcance de las obligaciones del Estado Nacional y los Estados Locales en este campo a partir de la nueva Ley Nacional de Migraciones y, con el objeto de garantizar el acceso a políticas sociales, fomentar la integración social y la lucha contra la xenofobia, se recomienda:

- 1.1 La realización de una campaña de difusión masiva sobre los derechos de las personas migrantes
- 1.2 La realización de actividades capacitación y/o sensibilización apropiadas para agentes y funcionarios públicos
- 1.3 La incorporación en los planes de estudio de formación docente de la temática migratoria, así como la inclusión en la currícula educativa en todos los niveles de enseñanza de la temática migratoria

2. Frente a las diversas dificultades que han surgido para la homologación de títulos o certificación de estudios, especialmente en casos de niños solicitantes de asilo que no cuentan con la documentación de los países de origen, y el abordaje dispar de esta situación en las distintas jurisdicciones del país, se recomienda definir a nivel del Consejo Federal de Educación un protocolo de aplicación para la validación de los estudios realizados, que contemple un sistema de tutorías en los casos en que se requiera un examen para verificar el nivel de estudios.

IV. EL ACCESO A LA SEGURIDAD SOCIAL (ARTS. 7, 27, 54)

Diagnóstico

1. La exigencia de años de residencia para acceder a pensiones asistenciales. El establecimiento de requisitos insalvables para extranjeros. La falta de herramientas judiciales para modificar tales requisitos.

El Estado Nacional, en diversos decretos, estableció un régimen de pensiones no contributivas o pensiones asistenciales, que no requieren de aportes para su concesión. Actualmente existen tres tipos de pensiones asistenciales a nivel nacional en Argentina, que son gestionadas por el Ministerio de Desarrollo Social de la

Nación: las pensiones a la vejez, las pensiones por invalidez y las pensiones a madres de 7 o más hijos⁴¹. Dichas pensiones están destinadas a personas que se encuentren en estado de extrema vulnerabilidad social⁴². La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el año 2007 consideró que estas pensiones asistenciales, forman parte del derecho a la seguridad social, son un derecho y no un favor discrecional del Estado⁴³.

Sin embargo, para el caso de extranjeros, la reglamentación exige además de la acreditación de una situación de vulnerabilidad social, el requisito de contar con un mínimo tiempo de residencia en el país. Así, para el otorgamiento de una pensión por vejez se requiere un mínimo de residencia continuada de **40 años**, para una pensión por invalidez un mínimo de **20 años**, y para el caso de las pensiones para madres de siete o más hijos se exige un mínimo de **15 años**. Si se tiene en cuenta que dichas pensiones se fundamentan en las condiciones especiales de vulnerabilidad de la persona, la exigencia de una determinada cantidad de años de residencia en el país resulta a todas luces injustificada y en consecuencia discriminatoria en razón de la nacionalidad.

Este tipo de distinciones fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁴⁴, al resolver un amparo promovido por una extranjera a la que se le exigían 20 años de residencia para acceder a una pensión por discapacidad. La Corte Suprema sostuvo que el beneficio fue previsto para cubrir contingencias sociales absolutamente extremas —esto es situaciones que ponen en juego de manera palpable y potente, la “subsistencia” misma de la persona humana—, de una persona carente de “recursos o amparo”. La sentencia hizo hincapié en que sumar a dichos requerimientos un lapso de residencia, de 20 años en ese caso —aun cuando también rigiera en igual medida para los/as argentinos/as, incluso nativos/as—, implica un liso y llano desconocimiento del derecho a la seguridad social consagrado en los diversos instrumentos internacionales y en la Constitución Nacional, en grado tal que compromete el derecho a la vida. En consecuencia, la Corte declaró inconstitucional el artículo 1.º del Decreto N° 432/97 y ordenó al Estado proporcionar el beneficio a la joven. **Pese a este antecedente jurisprudencial, hasta el día de la fecha, dicha norma no ha sido derogada y se sigue aplicando la exigencia de residencia por veinte años para acceder a una pensión por invalidez.**

En cuanto a la pensión por vejez, la situación es igualmente grave, debido al plazo de residencia de 40 años exigido para que las personas extranjeras puedan solicitarla. En una decisión judicial del año 2011⁴⁵, en el marco de una acción de amparo presentada por un adulto mayor de nacionalidad ucraniana, se consideró que el requisito establecido en el reglamento era inconstitucionalidad y por tanto se ordenó al Estado argentino que evaluara la petición de la pensión efectuada, sin considerar el requisito exigido de los años de residencia en Argentina. Esa decisión fue apelada por el Estado argentino, y se encuentra pendiente su resolución ante la Cámara Federal de la Seguridad Social.

Es importante consignar que las acciones judiciales que se han presentado desde el año 2003 en adelante, no han logrado modificar las normas reglamentarias que establecen años de residencia para que extranjeros y extranjeras accedan a este tipo de pensiones ante contingencias sociales extremas. En todo caso, han servido únicamente para dar respuestas individuales sin poder incidir en la reforma normativa necesaria.

⁴¹ La ley N° 13.478 y su Decreto Reglamentario N° 582/03 regulan las primeras; la ley N° 18.910, y su Decreto Reglamentario N° 432/97, las segundas; y la ley N° 23.746, y su Decreto Reglamentario N° 2360/90, las terceras.

⁴² La ley exige que las personas que reciben estas pensiones no gocen de otro amparo provisional o no contributivo, que no posean bienes, ingresos ni recursos que permitan su subsistencia y que no tengan parientes obligados legalmente a proporcionarles alimentos o que, teniéndolos, éstos se encuentren impedidos de hacerlo. En los considerandos del decreto reglamentario N° 582/03, el Poder Ejecutivo remarcó que “...la situación de crisis por la que ha atravesado la sociedad argentina, ha agudizado la demanda social, evidenciando que es cada vez más numerosa la población en situación de vulnerabilidad social, tanto en el orden nacional como provincial, deviniendo entonces esencial la presencia del Estado, cuya finalidad irrenunciable es la de promover políticas de desarrollo, capacitar y crear condiciones que posibiliten la generación de empleo y asistir directamente a los sectores más desprotegidos”.

⁴³ CSJN, sentencia del 4 de septiembre de 2007, "Recurso de hecho deducido por Luisa Aguilera Mariaca y Antonio Reyes Barja en representación de Daniela Reyes Aguilera en la causa Reyes Aguilera, Daniela c/ Estado Nacional".

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social N° 6, sentencia del 11 de marzo de 2011, "Korkhov Heorhiy c/Estado Nacional – Poder Ejecutivo Nacional – M° Desarrollo – y otro s/amparos y sumarísimos".

Órganos públicos de protección de derechos humanos, como la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación⁴⁶, o la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁴⁷, se han pronunciado a favor de una reforma normativa. Sin embargo, estas normas reglamentarias permanecen sin ser modificadas.

Por último conviene indicar que, la normativa mencionada, como podrá advertir el Comité, no sólo contradice la Convención para la protección de los trabajadores migrantes y sus familias, sino también la reciente Convención de Naciones Unidas para la Protección de las Personas con Discapacidad, a la que adhirió Argentina y el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, entre otros instrumentos internacionales de derechos humanos. La propia ley de migraciones argentina, inclusive, establece en sus artículos 5° y 6° la incompatibilidad de estas regulaciones con los derechos de las personas migrantes.

2. Desigualdad en el acceso a la protección social. La exigencia de años de residencia para el otorgamiento de la asignación universal por hijo. La sujeción del derecho de niños y niñas a la condición migratoria de sus padres.

En concordancia con la Convención, la Ley de Migraciones consagra el derecho de las personas migrantes y sus familias a la efectiva igualdad de trato en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales, en particular, en lo referido a seguridad social.

A finales de 2009, mediante el decreto 1602/2009, el Poder Ejecutivo incorporó a la ley 24.714 —que regula el régimen de asignaciones familiares que perciben los trabajadores en relación de dependencia—, un subsistema no contributivo de asignación por hijo para protección social, que marca un avance importante en relación con los programas sociales conocidos, en particular en lo que hace a la política de seguridad social vinculada a las niñas, niños y adolescentes. La asignación consiste en una prestación monetaria no retributiva de carácter mensual por hijo para protección social, destinada a aquellos niños, niñas y adolescentes *residentes en la República Argentina* que se abonará a sólo uno de los padres, tutor, curador o pariente por consanguinidad hasta el tercer grado por cada persona menor de dieciocho (18) años que se encuentre a su cargo, o sin límite de edad cuando se trate de un hijo con discapacidad.

Sin embargo, **la regulación de este programa entra en colisión con las obligaciones asumidas a partir de la Convención al distinguir entre nacionales y extranjeros en el acceso a la asignación universal por hijo.** Ello pues, entre los requisitos a cumplir a fin de acceder a la asignación universal, el decreto requiere que el niño sea argentino, hijo de argentino nativo o por opción, naturalizado o residente con residencia legal en el país no inferior a *tres años* previos a la solicitud.

De esta manera, al encontrarse la instrumentación del beneficio previsto en el decreto 1602/09 en cabeza de los padres y no del niño como titular del derecho, se contradice a su vez el principio de igualdad y no discriminación en tanto se sujeta el acceso a la protección social del niño, a la regularidad migratoria y el cumplimiento del plazo de tres años de residencia legal de los padres.

Esta situación se ve agravada a partir de la regulación prevista por la Administración Nacional de Seguridad Social (ANSES), en tanto amplía los requisitos determinados en el decreto reglamentario. En efecto, la redacción dada a la normativa de la ANSES, resolución 393/2009, determina que al supuesto previsto en el decreto 1602/09 de exigencia de 3 años de residencia a los padres extranjeros en el caso de niños no nacidos en Argentina, se agreguen los siguientes casos en que los derechos de la niñez migrante o hija de migrantes resultan lesionados:

- a) la exigencia de 3 años de residencia además de a los padres extranjeros, a los propios niños y niñas que no han nacido en el país, supuesto que en la práctica lleva a que un niño de sólo 2 años que nació

⁴⁶ Nota remitida por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación al Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús en respuesta a un pedido de información efectuado en el marco de una investigación (recibida en agosto 2010).

⁴⁷ Ver por ejemplo, actuaciones de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, Nros. 3117/05, 281/06, 1852/07, 2581/07, 4714/07, 287/10, 676/10, 2574/10, 2860/10, 3319/10, 812/11.

en el extranjero no pueda acceder a la AUH aún cuando sus padres migrantes tengan residencia legal en el país incluso mayor a 3 años;

- b) la exigencia de 3 años de residencia legal a padres extranjeros, aún cuando el niño o niña haya nacido en Argentina.

En concordancia con lo ya señalado en otros apartados de este documento, **la exigencia del plazo mencionado no sólo resulta incompatible con la Convención, sino con la propia Ley de Migraciones, que establece directivas claras en cuanto al acceso a derechos de las personas migrantes, previendo la obligación del Estado de asegurar las condiciones que permitan una efectiva igualdad de trato (art. 5) y el acceso igualitario de los inmigrantes y sus familias a la seguridad social (art. 6) en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales.**

Preguntas que sería importante formular al Estado argentino:

1. ¿Qué medidas ha adoptado o pretende adoptar a fin de adecuar su legislación en materia de pensiones no contributivas y de asignaciones familiares a los estándares internacionales de no discriminación con motivo de la nacionalidad en el acceso al derecho a la seguridad social?
2. ¿Qué medidas de índole legislativa o reglamentaria ha adoptado o pretende adoptar a los fines de dispensar la exigencia de contar con un mínimo tiempo de residencia -requisito declarado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación-, para acceder a la protección social del Estado en situaciones de extrema vulnerabilidad social?

Recomendaciones sugeridas:

De conformidad con los artículos 6º y 8º de la Ley Nacional de Migraciones, el Estado argentino debería adoptar de manera urgente las medidas necesarias para modificar el requisito de contar con un tiempo mínimo de residencia para acceder a la protección social del Estado. En particular, respecto de las personas que se encuentren en situaciones de extrema vulnerabilidad social, tales como quienes necesiten acceder a una pensión por vejez, por discapacidad o en casos de madres de 7 o más hijos. Asimismo, se deberán adoptar las medidas necesarias para eliminar los requisitos de años de residencia en materia de asignaciones familiares y la asignación universal por hijo.

V. ADECUACIÓN NORMATIVA (ART. 84)

Diagnóstico

La actual Ley de Migraciones —ley 25.871, promulgada el 20 de enero de 2004— ha significado un cambio radical en la forma de entender la relación entre las personas migrantes y el Estado. La ley reconoce a la migración como un derecho fundamental e inalienable de la persona, que se debe garantizar sobre la base de la igualdad de trato (Art. 4). Asimismo, y en lo que en este punto nos interesa, en sus artículos 5 y 6 estableció la igualdad de acceso y garantía de los derechos humanos entre nacionales y extranjeros. En los artículos 7 y 8, la ley realizó una especial referencia a la necesidad de garantizar el derecho a la educación y al derecho a la salud, respectivamente.

Por su parte, el reciente decreto reglamentario N° 616, dictado el 3 de mayo de 2010, establece la obligación del Estado, a través de la Dirección Nacional de Migraciones, de “velar” por el resguardo de los derechos humanos y el goce del derecho a migrar reconocido en la ley 25.871. También prevé el deber de colaborar con otras áreas de gobierno así como otras autoridades estatales —provincias, municipios y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires—, en aquellas acciones que garanticen los derechos humanos reconocidos en la ley⁴⁸. La reglamentación de la ley definió algunas pautas para garantizar el acceso igual a derechos entre nacionales y extranjeros.

⁴⁸ Decreto 616, artículo 6.

Más allá de estos importantísimos avances en materia legislativa, en el sistema jurídico argentino subsisten leyes y disposiciones administrativas⁴⁹ que contradicen este principio rector de la política migratoria en Argentina, ya sea por la existencia de normas que al momento de reglamentar diversos derechos se fundaron en la antigua ley de migraciones (ley 22.439), que limitaba el acceso y garantía de ciertos derechos a la existencia de una determinada residencia legal, sea por la existencia de normas que establecen lisa y llanamente la distinción entre nacionales y extranjeros⁵⁰.

En este sentido, a lo largo de este informe el Comité podrá observar la existencia de normas y prácticas burocráticas que limitan el acceso a derechos humanos garantizados en instrumentos internacionales y en la ley de migraciones vigente, de allí que sea necesario fortalecer las medidas tendientes a adecuar la legislación interna a la “igualdad efectiva de derechos entre nacionales y extranjeros” proclamada en la ley.

En este marco, debe destacarse que, recientemente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó el acuerdo de solución amistosa en el citado caso “De la Torre”. En dicho acuerdo, entre otras cuestiones, se estableció la obligación del Estado argentino de “realizar un pormenorizado análisis de la legislación vigente (...) (nacional y provincial) a fin de impulsar la adecuación de aquella normativa que eventualmente contenga disposiciones que efectúen discriminaciones ilegítimas con base en la condición de extranjero de la persona o en su condición migratoria a los estándares internacionales y constitucionales en la materia...”⁵¹

Además de lo expuesto, a modo de ejemplo que requiere la adopción de medidas inmediatas, debemos señalar que en casi todas las provincias de la Argentina, o en distintas regulaciones federales, las regulaciones vinculadas al acceso a la docencia, sea ésta vinculada con el ejercicio de la docencia a nivel primario, secundario, terciario o universitario, se exige la acreditación de la “nacionalidad argentina”, como requisito que garantiza ese acceso. En este sentido, desde el año 1988, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que estas normas son contrarias al ordenamiento jurídico y además se presume que son “inconstitucionales”.⁵² Por esta razón, no existe justificación posible por parte del Estado argentino para habilitar la existencia de normas que exigen el requisito de la nacionalidad argentina para acceder a cargos de docentes.

Recomendaciones sugeridas:

1. Implementar de manera urgente mecanismos concretos para la revisión y modificación de normas federales, provinciales y municipales que incompatibles con las disposiciones de la Convención y la ley de migraciones.
2. Adoptar las medidas necesarias para evitar la exigencia del requisito de nacionalidad para el acceso a cargos docentes, sean éstos en la escuela primaria, secundaria, terciaria o universitaria.

VI. INTEGRACIÓN ENTRE POLÍTICAS MIGRATORIAS Y NIÑEZ (ARTS. 44 Y 69)

Diagnóstico

⁴⁹ Entre otros ejemplos, podemos citar el Decreto Reglamentario N° 432/97, que exige una residencia continuada de por lo menos 20 años para acceder a una pensión por invalidez, o el Decreto Reglamentario N° 582/03, que exige una residencia continuada de por lo menos 40 años para acceder a una pensión por vejez.

⁵⁰ En el marco de un caso tramitado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se suscribió un acuerdo de solución amistosa mediante el cual: “El Estado argentino se compromete a realizar un pormenorizado análisis de la legislación vigente en la materia (nacional y provincial) a fin de impulsar la adecuación de aquella normativa que eventualmente contenga disposiciones que efectúen discriminaciones ilegítimas con base a la condición de extranjero de la persona o en su condición migratoria a los estándares internacionales y constitucionales en la materia” (CIDH, caso *Juan Carlos De la Torre c. Argentina*, Acuerdo de Solución Amistosa, N° 12.306, de 4 de noviembre de 2009).

⁵¹ Ver Informe N° 85/11, “Caso De la Torre c. Estado argentino”, Op. Cit.

⁵² Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Repetto, Ines, c. Provincia de Buenos Aires, s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, 8 de noviembre de 1988.

1. La ausencia de un enfoque de niñez migrante tanto en la normativa de niñez como en la normativa migratoria

Argentina es parte de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño desde 1990 y en el marco de ese instrumento se sancionó en el año 2005 la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes⁵³. La nueva ley instaura la aplicación de un nuevo paradigma cuyos pilares fundamentales son el principio del interés superior del niño y la concepción de los niños, niñas y adolescentes como sujeto de derechos.

En lo que respecta a la cuestión de niñez y migración, puede observarse que si bien la Ley de Protección Integral es posterior a la sanción de la Ley de Migraciones, en su texto no se encuentran referencias explícitas a los derechos, situación o necesidades particulares que puedan tener los niños migrantes o hijos de migrantes. El posible impacto de la migración en la niñez (y en sus derechos) no se menciona expresamente en dicha normativa. De esta manera, aún cuando estamos ante importantes avances normativos en relación al reconocimiento de derechos (tanto en la ley migratoria como en la legislación de infancia), se debe destacar la ausencia de enfoques que de manera explícita atiendan las circunstancias específicas de la niñez migrante.

En este sentido, **se evidencia un doble déficit: una falta de perspectiva de niñez en las políticas migratorias y de migración en las políticas de infancia**. La doble situación de vulnerabilidad en que pueden hallarse niños y niñas migrantes requiere por parte del Estado acciones positivas para una mayor protección de sus derechos y ello conlleva la exigencia de modificaciones normativas y de planificación de políticas que permitan visualizar las necesidades particulares del colectivo “infancia migrante” (y también de hijos e hijas de migrantes), incluyendo iniciativas dirigidas a modificar prácticas sociales y culturales que resulten discriminatorias.

A la luz del nuevo paradigma de protección integral de los niños, surgen principalmente tres tipos de problemas de magnitud en materia migratoria: la denegación automática de ingreso de niños no acompañados en frontera, la expulsión de personas que tienen a su cargo niños, niñas o adolescentes y la falta de prohibición de la detención de niños, niñas y adolescentes por razones migratorias.

2.1 Denegación de ingreso de niños, niñas y adolescentes no acompañados.

Según información periodística, en febrero de 2010, pocas semanas después del terremoto que asoló a Haití, decenas de personas haitianas, en su mayoría, mujeres y niños, fueron rechazadas en La Quiaca, Jujuy, en la frontera argentina con Bolivia⁵⁴. De acuerdo con las noticias, las autoridades migratorias habrían señalado que “esas personas no tenían la documentación en regla, más allá de que algunos tenían pasaporte, pero los menores de edad no poseían permiso de sus padres o de parientes para llegar al país” y la Dirección Nacional de Migraciones habría emitido un comunicado que indicaba que la prohibición de ingreso se debió a que el grupo no cumplía con los “requisitos migratorios”.

A partir de este episodio se pudo constatar una práctica habitual tanto en frontera como en controles portuarios de denegación de ingreso de niños, niñas y adolescentes no acompañados.

A modo de ejemplo de esta práctica puede describirse un caso que tuvo lugar pocas semanas atrás, en el que la Defensoría General de la Nación, a través de la Comisión para la Asistencia y la Protección de los Refugiados intervino frente al rechazo de ingreso de dos jóvenes camerunenses que llegaron al país en barco como polizones. La denegación de ingreso al país fue decidida por la Dirección Nacional de Migraciones el mismo día en que llegaron al país sin garantizarse medidas elementales de debido proceso, tales como contar con un traductor, y mucho menos teniendo en consideración la protección integral de los derechos de la niñez y los

⁵³ El objeto de esta ley, conforme su artículo primero es “...la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte”. En la norma también se expresa que los derechos por ella reconocidos “...están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño” (Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, ley 26.061, artículo 1).

⁵⁴ Ver a este respecto: http://www.nuevodiarioweb.com.ar/nota/154524/Pais/Impidieron_Jujuy_entrada_70_haitianos.html

motivos por los que estos jóvenes habían decidido migrar. En efecto, el rechazo se determinó luego de una entrevista que se realizó en inglés y sin intérprete pese a que el idioma en que hablan los jóvenes era el francés. De este modo, las autoridades migratorias no pudieron siquiera evaluar las razones y el contexto en que estos adolescentes habían decidido migrar en barco en calidad de polizones.

Sucede que estas actuaciones son formalmente legitimadas por la Dirección Nacional de Migraciones a partir de la Resolución 2895/85 de ese mismo organismo que establece que los niños y adolescentes de cualquier nacionalidad que no viajen acompañados o no cuenten con autorización de quien o quienes ejercen la tutela legal para acompañarlos, no serán admitidos en el país (artículos 1º y 2º, inciso a), Capítulo I, Título II).

Estas denegaciones evidencian una notable ausencia de perspectiva de niñez en el procedimiento migratorio. La presencia de niños no acompañados o separados de sus padres en una frontera internacional, sin contar con una eventual autorización de sus padres o tutores, **no es una razón legítima suficiente para rechazar su ingreso al país**. Un enfoque de niñez, que incluya el principio de interés superior como un elemento fundamental de la decisión a adoptar, exige una respuesta radicalmente diferente que contemple, al menos, la atención individual de cada niño/a por parte de autoridades de infancia y especialistas en niñez; la realización de una evaluación particular de cada niño mediante un debido proceso, incluyendo su derecho a ser oído, a un tutor y, eventualmente, a un representante legal y una resolución por escrito que acredite de modo adecuado que la denegación de entrada al país protege el interés superior del niño.

Frente a esta situación, pocos días atrás, organismos gubernamentales, organizaciones de la sociedad civil y organismos internacionales firmaron un protocolo para la protección, asistencia y búsqueda de soluciones duraderas para los niños no acompañados o separados de sus familias que llegan al país en busca de asilo cuyo objetivo es garantizar un mecanismo coordinado de intervención y respuesta frente a estos casos, que a partir de un enfoque de protección de derechos de la niñez, defina claramente los roles y responsabilidades de los diferentes actores involucrados en su atención. Este trabajo conjunto representa sin duda, un avance significativo en relación con la situación actual de denegación automática de ingreso en frontera y en puertos de Argentina. Sin embargo, este protocolo, además de no contar aún con valor legal en el ordenamiento jurídico argentino, no resulta suficiente para la atención de todos los niños y niñas migrantes que llegan al país, en tanto se refiere únicamente a aquellos que buscan protección internacional o asilo.

2.2 Expulsión de padres migrantes de niños, niñas o adolescentes nacionales o no-nacionales de la República Argentina

En su informe inicial, el Estado argentino expresa que

“...esta nueva ley contempla altos estándares de protección de los derechos de las personas migrantes y es la base de la implementación de políticas públicas que buscan integrarlo a la sociedad. Prevé, entre otras medidas (...) el derecho de reunificación familiar de los inmigrantes con sus padres, cónyuges e hijos, entendiendo que la familia es un ámbito de contención necesario e importante para todo migrante”⁵⁵.

Sin embargo, como ya mencionamos, en algunos casos, la orden de expulsión de una persona migrante puede provocar la separación de los niños, niñas y adolescentes de sus padres. Esto constituye de por sí, como hemos señalado, una violación al derecho a la reunificación familiar y también significa una afectación de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

2.3 La detención de niños, niñas y adolescentes por razones migratorias

Al momento de regular la detención de migrantes a los efectos de la expulsión, la Ley Nacional de Migraciones omitió mencionar a la niñez. En particular, la ley debería haber establecido con claridad que ni siquiera en los casos en que, por excepción, se puede disponer judicialmente la detención durante el procedimiento de

⁵⁵ Ver párrafo 50 de la primera parte del informe del Estado argentino.

expulsión, tal medida pueda aplicarse en el caso de niños/as migrantes tal como lo señalan los estándares internacionales⁵⁶. Sin embargo, ni la ley ni el reglamento dicen algo al respecto.

Preguntas que sería importante formular al Estado argentino:

1. ¿Qué medidas está adoptando para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes no acompañados que quieren ingresar al territorio argentino? ¿Existen protocolos de actuación para los funcionarios de frontera respecto a estas situaciones?
2. ¿Cómo se están garantizando los derechos a la vida familiar y el derecho de los niños a no ser separados de sus padres, en los procedimientos migratorios y al momento de adoptar una decisión de expulsión de padres?
3. ¿Cómo se está asegurando el derecho de los niños a no ser privados de la libertad en razón de su condición migratoria?

Recomendaciones sugeridas:

1. Adoptar las medidas administrativas necesarias para derogar de manera urgente la Resolución 2895/85 de la Dirección Nacional de Migraciones, que establece que los niños y adolescentes de cualquier nacionalidad que no viajen acompañados o no cuenten con autorización de quien o quienes ejercen la tutela legal para acompañarlos, no serán admitidos en el país (artículos 1º y 2º, inciso a), Capítulo I, Título II)
2. Implementar el “protocolo para la protección, asistencia y búsqueda de soluciones duraderas para los niños no acompañados o separados de sus familias que llegan al país en busca de asilo”, cuyo objetivo es garantizar un mecanismo coordinado de intervención y respuesta frente a estos casos. Asimismo, debería extenderse el alcance de este Protocolo para la atención de todos los niños y niñas no acompañados que arriben al país. El Estado deberá adoptar las medidas necesarias para otorgarle a este protocolo, el rango de Resolución Ministerial o Decreto del Poder Ejecutivo Nacional.
3. A través de dicho protocolo u otros mecanismos complementarios, adoptar las medidas necesarias (institucionales, presupuestarias, de capacitación, convenios con países de origen, entre otras), para asegurar un Procedimiento de Determinación del Interés Superior del Niño en todos los casos de niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados.
4. Prohibir de forma expresa y a través de una norma, la detención de niños no acompañados y de familias en el marco de procedimientos migratorios (ingreso, permanencia, expulsión).

VII. NIÑOS Y NIÑAS MIGRANTES O HIJOS/AS DE MIGRANTES QUE VIVEN CON SUS MADRES EN CÁRCELES (ART. 16 Y 17).

En la legislación argentina, una mujer privada de su libertad podrá tener consigo a sus hijos hasta los 4 años de edad. Después de ello, si los progenitores no estuviesen en condiciones de hacerse cargo del niño, la administración penitenciaria dará intervención a la autoridad judicial o administrativa que corresponda⁵⁷.

La última información disponible muestra que en Argentina viven aproximadamente 125 niños junto a sus madres en prisiones federales y bonaerenses⁵⁸. El Sistema Penitenciario Federal (SPF) clasifica a más de la mitad del total de las mujeres encarceladas como extranjeras, en su mayoría provenientes de países limítrofes⁵⁹. Por lo tanto, es dable suponer que alrededor de la mitad o más de estos niños que se encuentran viviendo en

⁵⁶ Entre otros, véase el informe presentado al Consejo de Derechos Humanos de la ONU, por parte del Relator de Derechos de Migrantes, Jorge Bustamante, en mayo de 2009, sobre los derechos de la niñez en el contexto de la migración. A/HRC/11/7, pág. 6. Disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?m=97

⁵⁷ Ley 24.660, art 195 y 196.

⁵⁸ Sistema Penitenciario Federal (SPF), parte del 23/12/2010; Sistema Penitenciario Bonaerense (SPB), parte del 30/6/2011. Una particularidad de la información estadística disponible es que no permite distinguir entre las personas extranjeras que residían en su país de origen antes de su detención de aquellas que residían en la Argentina.

⁵⁹ SPF, Internos Extranjeros detenido en el ámbito del servicio penitenciario federal al 31/12/2008.

nuestras prisiones con sus madres están en esta situación como consecuencia de la migración, tanto transitoria como permanente, de sus progenitores.

La principal razón para decidir llevar sus hijos a prisión es, precisamente, no tener otro lugar dónde dejarlos. Este ejercicio de opciones restringidas a la hora de tomar esta decisión, es mucho más evidente en el caso de las mujeres extranjeras que tienen redes sociales más precarias en el país, y por consecuencia, menos elecciones para el cuidado de niños pequeños.

La normativa concibe el bienestar de los niños priorizando los lazos biológicos con sus madres (no así con otros progenitores o familiares) en detrimento de los efectos nocivos del contexto carcelario. Así, sus primeros años de desarrollo transcurren como si el ambiente autoritario, el encierro y sus espacios de habitabilidad reducidos, los momentos violentos, y las relaciones verticales de poder entre el personal y las mujeres presas fuese el único mundo posible. En contraste, en un segundo momento, una vez cumplidos los 4 años de edad, la norma privilegia un ambiente de socialización por fuera del penal. En esta nueva etapa, dicha acentuación del ambiente de desarrollo de los niños se realiza a expensas del vínculo primario, que paradójicamente, la normativa cultivó exclusivamente con su madre biológica.

De esta manera, la puesta en práctica de la concepción biologicista del vínculo de mujeres y niños presente en la visión normativa sobre el bienestar de los niños de mujeres encarceladas termina extendiendo el castigo que se aplica a las mujeres encarceladas a los niños.

Esa falta de políticas públicas para fomentar lazos sociales dentro y fuera del mundo de la cárcel trae como resultado la contraposición de los derechos de los integrantes del hogar que forman las mujeres y los niños en prisión. Las intervenciones por acción u omisión de los agentes estatales en nombre del bienestar de los niños producen la reclusión permanente de los niños migrantes menores de cuatro años, y la indefensión que aquellos que al cumplir la edad establecida son expulsados del único lugar que conocen. El Estado interviene solamente en los casos en que no haya un progenitor responsable por ese niño continuando su institucionalización⁶⁰.

Preguntas que sería importante formular al Estado argentino:

1. ¿De qué manera se garantiza el derecho de los niños, niñas y adolescentes en el contexto de la detención de sus padres y madres migrantes?

Recomendaciones sugeridas:

1. Adoptar las medidas necesarias para garantizar que las mujeres migrantes con hijos/as menores de 5 años de edad pueden acceder a la prisión domiciliar prevista en el artículo 32, inciso f) de la ley 24.660, de ejecución de la pena.

VIII. TRATA DE PERSONAS (ART. 11, 16 Y 70)

Diagnóstico

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias establece en su Art. 11 que “[n]ingún trabajador migratorio o familiar suyo será sometido a esclavitud ni servidumbre”. A pesar de ello, la trata de personas, considerada una práctica análoga a la esclavitud desde la Convención de Ginebra de 1956, sigue mediando el ingreso de un número importante de migrantes en Argentina. A pesar de la ratificación del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000, y de la sanción de la ley 26.364, que tipifica el delito de la trata de personas, muy poco se avanzó en la resolución de las causas, en la sanción de los responsables y en la

⁶⁰ Para una visión más acabada de la situación descrita en este acápite, ver el capítulo 5 del “Estudio sobre los derechos de niños y niñas migrantes a 5 años de la nueva ley de migraciones (25.871)”, en <http://www.unla.edu.ar/rectorado/centros/cdh/index.php>

reparación de las víctimas. Tampoco se consolidó en esos casos un abordaje a las víctimas que tenga en cuenta los derechos de los migrantes.

El Decreto 616 que reglamenta la Ley de Migraciones establece en su Art. 1 que tendrá carácter supletorio de las normas que se dicten en virtud del régimen establecido por la ley N° 26.364 y que en caso de duda, deberá estarse a lo que resulte más favorable al inmigrante. Luego dispone, en su art. 23 inciso m) punto 3, que los extranjeros que soliciten residencia temporaria ingresarán en las subcategorías establecidas en el artículo 23 de la ley N° 25.871, bajo las siguientes condiciones, razones humanitarias: “[s]e tendrán especialmente en cuenta las siguientes situaciones: Personas que hayan sido víctimas de la trata de personas u otras modalidades de explotación esclava y/o víctimas del tráfico ilícito de migrantes”.

Por su parte, la OIM ha concebido que “de la letra del artículo 20 de la Constitución Nacional, así como de la vigencia del principio de igualdad y no discriminación, se desprende que todo extranjero que resulte víctima de un delito tiene derecho a recibir la protección estatal, con independencia de su status migratorio”⁶¹, y en este especial caso, es decir víctimas de trata, requerirán de una mayor respuesta de parte del Estado, ya que la situación que este tipo de víctimas presenta es más compleja, dada su condición de vulnerabilidad.

A partir de una investigación sobre la trata de personas con fines de explotación sexual en Argentina realizada entre octubre de 2009 y mayo de 2010, el CELS pudo observar que de las 59 causas judiciales iniciadas entre 2008 y 2010 el 31 % de las víctimas eran extranjeras —en su mayoría chilenas, paraguayas, dominicanas, norteamericanas y ucranianas—⁶².

En los casos que involucraban víctimas extranjeras, éstas solían desconocer la normativa vigente; en efecto, muchas veces declararon haber tenido el “falso temor” de que podían haber sido deportadas del país o detenidas por encontrarse en situación migratoria irregular. Este factor es sin duda utilizado por el tratante como amenaza y coacción, para obligar a esa persona a trabajar para él amenazándola con denunciar su situación migratoria.

Por otra parte, debe destacarse que actualmente no existen criterios claros de regularización migratoria, por ejemplo, en el caso concreto de mujeres de República Dominicana que han sido víctimas de trata. Más grave aún, se han detectado numerosos casos de rechazo en frontera y devolución al país de origen, con fundamentos en la lucha contra la trata, sin adoptar mecanismo ni medida alguna que, por un lado, proteja a las víctimas, y por el otro, persiga o investigue a los responsables del supuesto delito.

La lucha contra la trata de personas implica la prevención, la protección, asistencia de la víctima, así como la acción judicial y policial. Por ello, el fortalecimiento institucional y la capacitación de funcionarios del Estado en general es de importancia clave para tratar el problema y brindar asistencia a las víctimas. En el caso argentino, la falta de estadísticas desagregadas y actualizadas, y la ausencia de un registro estadístico de casos judicializados por este delito, constituyen un impedimento para hacer visible el fenómeno. Por último, existe una ausencia de las tareas investigativas tendientes a descubrir o descartar la existencia de redes de trata de personas.

En cuanto a las medidas de reparación de la víctima, lamentablemente la ley no prevé mecanismos para garantizar una posterior indemnización⁶³. Tampoco se han establecidos medidas adecuadas para brindar a las

⁶¹ OIM y Ministerio Público. *Nuevo escenario en la lucha contra la trata de personas en Argentina (2009)*, pág. 20. Disponible en <http://www.oimconosur.org/notas/buscador.php?nota=1178>

⁶² CELS, “La investigación judicial de la trata de personas con fines de explotación sexual en Argentina”, en prensa.

⁶³ La OIM y el Ministerio Público Fiscal advirtieron que: “La investigación patrimonial de los autores del delito es otro punto vital generalmente desatendido en la investigación”. Por ello, remarcaron que es necesario “garantizar la satisfacción de las sanciones pecuniarias que pueda derivar del delito comprobado. Indemnizaciones de los damnificados (...), penas pecuniarias porque el delito ha sido cometido con ánimo de lucro (...), el decomiso de las cosas o ganancias producidas por el delito (...) y las costas del proceso (...)”. Asimismo sostuvieron que teniendo en cuenta que el dinero proveniente del delito de trata circula a través de cuentas bancarias ilícitas, es fundamental profundizar la investigación del circuito de dicho dinero. Los bienes y dinero provenientes de los decomisos realizados en el marco de investigaciones del delito de trata deberían incorporarse al presupuesto que el Estado debe asignar a los fines de garantizar la

víctimas refugio seguro, prolongado y adecuado; asistencia médica, psicológica y social acorde a las circunstancias (tan solo se brinda hasta que las mujeres declaren en sede judicial), asesoramiento jurídico gratuito (para litigar tanto en sede penal como en sede civil) y en el idioma de la víctima; trabajo articulado para el retorno y reintegración al medio; capacitación laboral; posibilidades de empleo; tramitación rápida y gratuita de documentos de identidad nacionales y pasaporte; alternativas educativas; vivienda, etc.⁶⁴.

Recomendaciones sugeridas:

1. Adoptar mecanismos para fortalecer la asistencia a víctimas de este delito a fin de brindar un tratamiento adecuado y, sobre todo, el acceso de las víctimas migrantes a la información sobre sus derechos.
2. Implementar mecanismos de articulación efectiva entre los programas de asistencia a la víctima con la Dirección Nacional de Migraciones
3. Abstenerse de denegar el ingreso o determinar la expulsión del país de (posibles) víctimas de trata, sin la adopción previa de todas las medidas necesarias para su protección y atención (a corto y largo plazo), y sin un procedimiento que justifique fundadamente dicha decisión en, precisamente, esa protección. Los derechos de la víctima de trata no pueden estar supeditados a los objetivos de control migratorio.

asistencia y reparación integral de las víctimas (cf. *Nuevo escenario en la lucha contra la trata de personas en la Argentina*, octubre de 2009, pág. 59).

⁶⁴ Ver Principios y Directrices recomendados sobre Derechos Humanos y Trata de Personas, de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (texto presentado al Consejo Económico y Social como adición al informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (E/2002/68/Add.1)).