

V. Política migratoria y derechos humanos: consolidación de una agenda para proteger los derechos de los migrantes*

De acuerdo al Censo Nacional de Población de 2010, el número de residentes extranjeros en la Argentina aumentó en los últimos diez años del 4,2 al 4,5% del total de la población. Este crecimiento se asentó en una presencia sostenida de la inmigración latinoamericana, que comprende 1 470 000 de los 1 800 000 residentes no nativos. De manera consistente con el censo del año 2001, la migración dinámica y activa proviene en mayor medida de Paraguay, Bolivia y Perú, naciones que en conjunto aportan el 75% de la migración latinoamericana. Más de la mitad de los migrantes latinoamericanos son mujeres, y alrededor del 60% del total reside en el área metropolitana de Buenos Aires (Ciudad Autónoma y 24 partidos del conurbano). Los niños entre 0 y 14 años suman casi 130 000 (el doble del censo 2001) y representan el 9% del total. Esta mayor presencia de niños sugiere una migración que proyecta su futuro en la Argentina.¹

Como señala la investigadora María Inés Pacceca,² los factores que inciden en la modificación de estas estadísticas son diversos, y podemos señalar entre ellos la percepción de menores posibilidades de desarrollo en los países de origen y oportunidades de empleo en la Argentina. También nos interesa analizar en este capítulo la existencia de una regulación de las migraciones por medio del reconocimiento de derechos, como fórmula que resuelve situaciones históricas de desventajas y discriminación.³

* Este capítulo fue elaborado por Diego R. Morales, director del área de Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) del CELS. El autor agradece la colaboración de Pablo Asa, Barbara Basile, Eugenia Favilla y Nadia Pieczanski, integrantes de la Clínica Jurídica para la protección de migrantes y refugiados, UBA-CELS-CAREF.

1 Comunicación personal con María Inés Pacceca, docente e investigadora de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

2 Íd.

3 Para analizar las situaciones de desventaja, nos remitimos a CELS, "Política inmigratoria. Inmigración real y derechos humanos en Argentina", en *Derechos humanos en Argentina. Informe 1995*, Buenos Aires, 1995, p. 147 y ss.

La Ley de Migraciones 25 871, de 2004, cambió de manera sustancial la forma de regular los derechos de los migrantes en la Argentina. Al modelo de gestión policial sobre este tema, fundado en la doctrina de la seguridad nacional que definió la última dictadura militar a través de la denominada “Ley Videla”⁴ –vigente durante veinte años de democracia y que generó las condiciones para que un número relevante de migrantes viviese en condiciones de irregularidad migratoria–, se opuso un modelo de gestión que reconoce la migración como derecho humano y que, además, obliga al Estado a establecer mecanismos de regularización migratoria, garantiza el acceso a la justicia en todo trámite de expulsión o detención y elimina distinciones en el acceso a derechos entre nacionales y extranjeros.⁵

En 2007, el Estado argentino ratificó la “Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares”.⁶ Su adopción era uno de los compromisos asumidos en el caso

4 A partir de 1963, la normativa y el control migratorio se modificaron sensiblemente en detrimento de los derechos de los migrantes. “Podría decirse que hasta esa fecha –1963– hubo gran tolerancia hacia los inmigrantes clandestinos; sin embargo, a partir de allí se intensificaron notablemente las medidas tendientes al control de la entrada de extranjeros y la expulsión de los ilegales”. Véase 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 CELS, *Derechos humanos de los migrantes. Situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los migrantes peruanos y bolivianos en Argentina y Chile*, CBDHDD, La Paz, 1999, p. 122. Sobre todo desde esa época, la Argentina reguló las migraciones a través de un control de los ingresos y salidas de extranjeros, en general de países limítrofes, e incluyó la deportación de migrantes indocumentados. En 1981, en plena dictadura militar, se dictó la Ley 22 439, comúnmente conocida como “Ley Videla”. Aquellas normas dispersas en resoluciones de la Dirección Nacional de Migraciones y decretos específicos se trasladaron a un texto integral, con jerarquía de decreto ley por ser un gobierno de facto. El decreto ley fue una fuente inagotable de privación de derechos humanos de las personas migrantes y les impidió regularizar su situación. La ley contenía varias cláusulas que afectaban derechos y garantías constitucionales como la atribución de detener personas y expulsarlas sin ningún tipo de control legal o judicial sobre la decisión administrativa, la obligación de todo funcionario público –y de las personas en general– de denunciar la presencia de inmigrantes irregulares, las restricciones a los derechos a la salud y a la educación; entre otras. Véase CELS-Fidh, “Argentina. Avances y asignaturas pendientes en la consolidación de una política migratoria basada en los derechos humanos”, Buenos Aires, febrero de 2011.

5 Véanse CELS, “Derechos de inmigrantes, solicitantes de asilo y refugiados”, en *Derechos humanos en Argentina. Informe 2004*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2004, p. 477 y ss. y CELS-Fidh, ob. cit.

6 La convención, firmada por la Argentina en 2004, fue finalmente ratificada el 23 de febrero de 2007.

litigado por el CELS ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁷ y complementó las definiciones basadas en derechos humanos previstas en la Ley 25 871. También estableció un mecanismo de evaluación y supervisión de la política migratoria argentina, al que nos referiremos más adelante.

En mayo de 2010, la presidente Cristina Fernández de Kirchner firmó el Decreto 616/2010, reglamentario de la Ley de Migraciones. Su texto fue elaborado por una comisión asesora conformada en junio de 2008 por el Poder Ejecutivo con organizaciones de derechos humanos (entre ellas, el CELS), de Naciones Unidas (el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados –ACNUR– y la Organización Internacional para las Migraciones –OIM–) y religiosas (Centro de Estudios Migratorios Latinoamericanos).⁸ Entre otras medidas, el reglamento redujo el margen de discrecionalidad administrativa para rechazar en la frontera el ingreso de personas,⁹ incorporó y precisó criterios migratorios que no estaban previstos en la ley, al adoptar la convención de trabajadores migratorios y sus familias;¹⁰ reiteró la necesidad de garantizar que la retención judicial de migrantes fuese excepcional en procedimientos migratorios¹¹ y aclaró que la radicación de un niño, niña o adolescente puede ser realizada por alguno de sus progenitores, sin la autorización expresa del otro.¹² La ratificación de la convención y la reglamentación de la ley completaron un cuadro normativo establecido por herramientas preexistentes, para asegurar una mejor y mayor protección de los derechos de los migrantes.

En este sentido, la Defensoría General de la Nación ha creado en 2007, con el apoyo de diversas organizaciones de derechos humanos, la Comisión del

7 Véase Corte IDH, caso 12 306 “De la Torre c/Estado argentino”. Para un análisis del caso litigado por el CELS, véase CELS, *La lucha por el derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2008, p. 206 y ss.

8 Entre 2004 y 2008, la Dirección Nacional de Migraciones elaboró algunas propuestas de reglamento de la ley. Todas ellas fueron impugnadas u observadas por la Mesa de Organizaciones para la Defensa de los Derechos Humanos de los Migrantes. Para un mayor desarrollo de las críticas a los proyectos de reglamentación de la Ley de Migraciones, véase CELS, “A dos años de la nueva ley de migraciones: avances, cuestiones pendientes y casos preocupantes”, en *Derechos humanos en Argentina Informe 2005*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2005, pp. 339-342. En los debates de la Comisión Asesora, el CELS, que representó a diversas organizaciones sociales, se concentró en asegurar que la letra de la ley se respetara en el decreto y, por otra parte, se precisaron algunas cuestiones que la ley no había atendido de manera detallada; véase CELS-Fidh, ob. cit.

9 Decreto reglamentario 616/2010, art. 35.

10 *Ibíd.*, arts. 10 y 23, inc. a.

11 *Ibíd.*, art. 70.

12 *Ibíd.*, art. 9.

Migrante¹³ y la Comisión para la Asistencia y Protección de los Refugiados.¹⁴ Ambas fijaron una agenda de trabajo para dar respuesta a las necesidades de esta parte de la población a la hora de acceder a la justicia.

También resulta oportuno destacar la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) que reconoce los derechos de los migrantes y abre espacios más que relevantes para la protección efectiva de sus derechos. En el caso “Zhang”, de 2007, la Corte analizó la nueva política migratoria definida en la Ley 25 871 y consideró ilegítima la decisión administrativa de rechazar un pedido de ingreso al país de la esposa de un migrante. Citó el derecho a la reunificación familiar y el derecho de los extranjeros de solicitar su ingreso en la Argentina a través de “criterios y procedimientos de admisión no discriminatorios en términos de los derechos y garantías establecidos por la Constitución nacional, los tratados internacionales, los convenios bilaterales y las leyes”.¹⁵ En un fallo más reciente, “Ni, I Hsing”, de 2009, la Corte consideró que el requisito de dos años de residencia en la Argentina para solicitar la ciudadanía no refiere a residencia legal sino a la acreditación de la residencia efectiva en la Argentina.¹⁶

Indagar si estas decisiones políticas, institucionales y jurisprudenciales han producido un impacto concreto sobre quienes migraron a la Argentina es una tarea imperiosa y urgente. Sobre la base de este propósito analizaremos las situaciones que afectan los derechos de los migrantes en el país.

En principio, en materia de gestión migratoria, para acceder a una residencia formal en la Argentina los migrantes encuentran obstáculos y dificultades que refieren a una falta de implementación efectiva y una consecuente interpretación de las reglas establecidas. De este modo, las fallas en el diseño de políticas de regularización, el uso de diversos criterios interpretativos para analizar los expedientes migratorios y la falta de consideración de antecedentes familiares o de arraigo en trámites de expulsión advierten sobre deficiencias burocráticas que desfavorecen la situación jurídica de los migrantes.

Por otra parte, existen cuestiones vinculadas de manera explícita con la falta de aplicación de la ley con relación al acceso de los migrantes a sus derechos sociales y, en particular, a la seguridad social. Siguen vigentes otras normas que establecen distinciones entre nacionales y extranjeros en el acceso al derecho

13 Véase Resolución de la Defensoría General de la Nación 1858/08, del 28 de noviembre de 2008, disponible en <www.mpd.gov.ar/uploads/1268745874Comision%20del%20Migrante_RES.%201858_2008.pdf>.

14 Véase Resolución de la Defensoría General de la Nación 1071/07, disponible en <www.mpd.gov.ar/articulo/index/articulo/resoluciones-712>.

15 CSJN, Fallos, 330:4454.

16 *Ibid.*, 332:1466.

a la seguridad social, como pensiones por discapacidad o a la vejez; incluso los niños y niñas migrantes con una residencia menor a tres años se encuentran excluidos de la asignación universal por hijo. Estas situaciones contradicen el reconocimiento de los migrantes como sujetos de derecho.

Dar cuenta a la vez de estos avances y desafíos, y de su impacto concreto en los derechos de los migrantes es relevante para alentar un proceso de “préstamos normativos” entre países de la región en materia de políticas migratorias. En 2008, Uruguay sancionó una nueva legislación que incorporó los principios, reglas y criterios de gestión migratoria y reconocimiento de derechos inscriptos en la ley argentina.¹⁷ Esto es importante si se tiene en cuenta que la mayoría de los Estados de la región gestionan las migraciones de acuerdo al modelo de seguridad aduanero o policial a través de permisos de ingresos y residencias,¹⁸ y sin estas autorizaciones administrativas la entrada y permanencia dentro de estos países deviene irregular o fuera de la ley.¹⁹

Tal como refieren algunos autores, podría señalarse que existen diversos tipos de leyes migratorias, de acuerdo al grado de restricciones a los derechos de los migrantes que allí se establecen.²⁰ Un primer tipo de normas ha sido definido por las dictaduras militares en las décadas de 1970 y 1980, apoyadas en la doctrina de seguridad nacional para limitar los derechos de los migrantes, como la legislación vigente en Chile²¹ hasta la actualidad y la de la Argentina hasta 2004. Un segundo tipo es definido por normas generales de aquellas dictaduras con reformas parciales en períodos democráticos, como en el caso de Brasil²² y Ecuador.²³ Es posible identificar un tercer grupo de disposiciones,

17 Véase ley 18 250, sancionada el 27 de diciembre de 2007 y promulgada el 6 de enero de 2008 en Uruguay.

18 Véase Oscar Ermida Uriarte, “Derecho a migrar y derecho al trabajo”, en *Las migraciones humanas en el Mercosur. Una mirada desde los derechos humanos*, Montevideo, Observatorio de Políticas Públicas del Mercosur, 2009, p. 27 y ss.

19 Véase Universidad de Lanús y Unicef, “Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a los niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe”, UNLa, Lanús, 2009.

20 Véase Pablo Ceriani Cernadas, “Luces y sombras en la legislación migratoria latinoamericana”, *Nueva Sociedad*, n° 233, mayo-junio de 2011, pp. 76. Para mayor desarrollo, Pablo Asa y Pablo Ceriani Cernadas, “Migración, derechos sociales y políticas públicas en América Latina y el Caribe”, en P. Arcidiácono, N. Espejo y C. Rodríguez Garavito (coords.), *Justicia, política y economía en América Latina*, Bogotá, Universidad de los Andes, Universidad Diego Portales, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), y Siglo del Hombre, 2009, pp. 363.

21 Decreto 1094, Normas sobre Extranjeros en Chile, 14 de julio de 1975.

22 Ley de Migración 6815, de Brasil, 19 de agosto de 1980.

23 Ley de Migración 1899, de Ecuador, 27 de diciembre de 1971. Tal como señalaremos más adelante, en 2008 Ecuador incorporó los derechos humanos de los migrantes en la reforma de su texto constitucional.

modificadas en las décadas de 1990 y 2000 para incorporar avances en materia de derechos de los migrantes y nuevos mecanismos de control de flujos migratorios, ante los recientes desarrollos de la seguridad internacional; es el caso de Paraguay, Costa Rica²⁴ o República Dominicana.²⁵ En este contexto, la legislación argentina puede funcionar como propuesta normativa de referencia para los procesos de discusión que en la actualidad se desarrollan en algunos de los países mencionados.

En el Mercosur es posible encontrar el reconocimiento de mayores derechos para quienes migran dentro de las fronteras de ese espacio regional. En diciembre de 2002, los países miembros y asociados aprobaron el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del Mercosur, que reconoce el derecho a los nacionales de esos Estados a residir en el territorio de los demás países del bloque.²⁶ El acuerdo recién entró en vigencia en 2009, una vez que el último país, Paraguay, lo ratificó. Desde entonces estas naciones han ido adoptando medidas para su implementación interna,²⁷ aunque cada una a su propio ritmo.²⁸

También conviene destacar el plan de acción adoptado para la conformación progresiva del Estatuto de la Ciudadanía del Mercosur, que contemplaría entre sus objetivos una política de libre circulación de personas en la región; igualdad de derechos y libertades civiles, sociales, culturales y económicas para los nacionales de los Estados partes; igualdad de condiciones de acceso al trabajo, la salud y la educación, y el reconocimiento progresivo de los derechos políticos a “los ciudadanos de un Estado Parte, incluyendo la posibilidad de elegir parlamentarios del Mercosur”.²⁹ El plan deberá estar aplicado en su totalidad en 2022.

24 Ley de Migración y Extranjería de Costa Rica, Decreto legislativo 8487, 27 de noviembre de 2005.

25 Ley de Migración 285 de la Republica Dominicana, 15 de agosto de 2004.

26 Para un análisis más detallado del contenido de este acuerdo, véase Pablo Asa y Pablo Ceriani Cernadas, “Política migratoria en el Cono Sur: Los acuerdos del Mercosur y la nueva ley de migraciones en Argentina”, *Beyond Law*, vol. 11, n° 28, 2005, pp. 39-65.

27 Declaración de Montevideo relativa al Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del Mercosur, Bolivia y Chile, 2 de octubre de 2009, sobre internalización del acuerdo en la legislación de cada país.

28 Por ejemplo, mientras la Argentina lo realizó unilateralmente en su nueva ley migratoria de 2004, Bolivia aún se encuentra adecuando la legislación y los trámites migratorios.

29 Decisión Mercosur/cmc/dec 64/10, Foz de Iguazú, 16 de diciembre de 2010. Tal como afirma Ceriani, “esta iniciativa es indudablemente un paso fundamental en la consolidación de la integración regional y el respeto a los derechos de las personas migrantes. Ahora bien, para que este proceso signifique una verdadera y progresiva innovación es preciso que no se repro-

En 2011, los países del Mercosur solicitaron una opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es la primera vez que Estados que forman parte de un bloque regional solicitan una opinión consultiva a la corte. El pedido fue elaborado por el Instituto de Políticas Públicas y Derechos Humanos del Mercosur en referencia a una de las cuestiones más delicadas en materia de políticas migratorias de la región, como son los derechos y las garantías de los niños migrantes.

En sentido contrario a estos avances a nivel doméstico y regional, a fines de 2010, el jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Mauricio Macri, afirmó que detrás de la ocupación del Parque Indoamericano (en cuyo violento desalojo fueron asesinados Rossemay Chura Puña, boliviana, de 28 años, y Bernardo Salgueiro, paraguayo, de 24) había grupos delictivos vinculados al narcotráfico, problema que relacionó con la política nacional de inmigración: “Todos los días llegan cien, doscientas personas nuevas a la ciudad de Buenos Aires, que no sabemos quiénes son porque llegan de manera irregular, de la mano del narcotráfico, la delincuencia [...]. Convivimos con una situación descontrolada, donde parecería que la ciudad de Buenos Aires se tiene que hacer cargo de los problemas habitacionales de todos los países limítrofes”.³⁰ De hecho, otro actor institucional de la ciudad de Buenos Aires había incurrido en un argumento similar. El juez del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, José Casas, señaló, en una causa judicial sobre la constitucionalidad del programa de asistencia a personas en situación de calle, que el sistema de salud estaba colapsado “no ya por la atención de vecinos porteños enfermos, o de pacientes provenientes de distintas provincias hermanas, sino, incluso, de extranjeros no residentes en la Argentina que viajan hacia Buenos Aires al sólo efecto de realizarse prácticas médico-quirúrgicas, según se ha denunciado reiteradamente a través de distintos medios periodísticos”.³¹

Estas declaraciones indican no sólo una visión estereotipada de la migración, que retrotrae a las discusiones de los años noventa, y que describiéramos en otros informes, sino que obliga a reflexionar sobre el desarrollo y la consolidación de normas y prácticas que operen, en definitiva, como antídotos de

duzcan las lógicas de exclusión y desigualdad del antecedente más conocido: la Unión Europea”. Véase Pablo Ceriani Cernadas, ob. cit., p. 85.

30 Véase “Umbrales perforados”, en CELS, *Derechos humanos en Argentina. Informe 2011*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, p. 152.

31 Voto del Dr. Casas, en el marco del Expediente 6153/08 “Ministerio Público - Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 12 de mayo de 2010.

estos discursos. Es así que en 2011 el Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios, al analizar por primera vez la política migratoria argentina, expresó su preocupación ante tales actitudes discriminatorias y declaraciones xenófobas de políticos locales, e instó al Estado a implementar medidas dirigidas a eliminar falsos estereotipos.³²

Con todo, la posibilidad de consolidar una agenda que vincule de manera definitiva la política migratoria y los derechos humanos exige detenerse en las cuestiones pendientes, para asegurar una mayor protección de los derechos de los migrantes en la Argentina.

1. FALTA DE IMPLEMENTACIÓN EFECTIVA E INCORRECTA INTERPRETACIÓN DE LA NORMATIVA VIGENTE. SUS EFECTOS EN LA GESTIÓN MIGRATORIA

Las estadísticas disponibles revelan un avance significativo de los trámites de regularización migratoria desde la sanción de la Ley de Migraciones y el decreto reglamentario. Desde 2004 hasta diciembre de 2011, se han iniciado 1 383 855 trámites de radicación, y la autoridad migratoria resolvió 1 198 280 expedientes.³³ Dentro de estos trámites se incluye el programa de regularización migratoria Patria Grande que parece haber dado respuesta a los obstáculos y costos excesivos para la radicación de migrantes. No obstante, nos interesa destacar las dificultades que subsisten en la implementación e interpretación de la ley, y que limitan el acceso a la radicación en la Argentina, sea en programas de regularización específicos o con relación a grupos que pertenecen a ciertas nacionalidades.

1.1. DIFICULTADES EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL PROGRAMA PATRIA GRANDE

La nueva Ley de Migraciones 25 871 se dictó, como señalamos, en un contexto en el que existía un número muy alto de personas en situación migratoria

32 Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios, "Examen de los informes presentados por Argentina de conformidad con el art. 74 de la convención. Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares", CMW/C/ARG/CO/1, párrafo 20, 15° período de sesiones, 12 a 23 de septiembre de 2011, disponible en <www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/docs/CMW.C.ARG.CO.1_sp.pdf>.

33 Véase, en este sentido, Dirección Nacional de Migraciones, "Síntesis de estadísticas de radicaciones. Informe período enero-diciembre de 2011", disponible en <www.migraciones.gov.ar/pdf_varios/estadisticas/Estadisticas_Radicaciones-S%C3%ADntesis_a_Diciembre_2011.pdf>.

irregular –sobre todo de países limítrofes y de Perú–, cuestión que constituyó uno de los principales desafíos que la nueva ley intentó resolver. En el art. 17, la ley establece que “El Estado proveerá lo conducente a la adopción e implementación de medidas tendientes a regularizar la situación migratoria de los extranjeros”; y el Decreto reglamentario 616/2010 precisó aún más las obligaciones legales de la autoridad migratoria para cumplir con esa medida.³⁴

Se incorporó así una nueva categoría relevante para acceder a la regularización migratoria y obtener una residencia en el país. A los tradicionales criterios de radicación, como trabajo, vínculos familiares, razones de estudios, se sumó el de la residencia por el hecho de ser nacional de un país del Mercosur o asociado.³⁵ El programa Patria Grande tuvo como objetivo la regularización migratoria de nacionales del Mercosur y países asociados que no pudieron obtener un certificado de residencia legal en el país durante los años de vigencia de la Ley 22 439 y de su decreto reglamentario 1023/94. El plan apuntó a la regularización de aquellas personas que habían ingresado con anterioridad al 17 de abril de 2006, y se extendió para aquellos que ingresaron hasta el 31 de

34 Decreto 616/2010, art. 17: “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”.

35 En efecto, el art. 23 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 partes 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 de 2004, este criterio alcanzó primero a nacionales de Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay (la Disposición DNM 2079/2004, del 28 de enero de 2004, decidió suspender la expulsión de todo migrante irregular 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 Dirección Nacional de Migraciones 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.

mayo de 2008, de acuerdo a los términos del Decreto 578 de 2005. El Estado calculaba regularizar a cerca de 750 000 migrantes.³⁶

En agosto de 2010, más de cuatro años después de la implementación de Patria Grande, la Dirección Nacional de Migraciones³⁷ informó que, de las 423 697 personas que se habían inscripto en el programa, 98 539 obtuvieron una radicación permanente, 126 385 recibieron radicaciones temporarias y 187 759 no completaron la documentación requerida para obtener su radicación.

Algunas de las razones que incidieron en la escasa cantidad de certificados de residencia otorgados fueron la poca información acerca de cómo realizar los trámites de renovación de certificados de residencia precarios y temporarios para obtener la residencia permanente; la exigencia de requisitos de difícil cumplimiento, como solicitar el certificado de ingreso al país en la etapa de renovación de residencias previo a la obtención de residencias permanentes o declarar un domicilio estable; el costo de los trámites; la clausura de los expedientes de regularización sin notificación efectiva de tal situación, y la solicitud de actualización de datos sin la debida antelación.³⁸

Durante 2011, además, en varios de los trámites administrativos analizados pudo comprobarse que la autoridad migratoria considera que aquellas personas que no han completado el trámite de regularización migratoria Patria Grande no tienen la voluntad de hacerlo, y por lo tanto deben ser alcanzadas por una orden de expulsión del territorio, lo cual no es fiel ni a la letra ni al espíritu de la ley. Un ejemplo fue el de una mujer de nacionalidad uruguaya,³⁹ con residencia en la Argentina desde 1986, con hijos argentinos, que recibió, el 15 de julio de 2011, la disposición de la Dirección Nacional de Migraciones SDX 201665, por la que se ordenaba su expulsión del país y se le prohibía el reingreso durante cinco años, porque –como señalaba la autoridad migrato-

36 Según el propio presidente de la Nación de entonces, Néstor Kirchner, cuando anunció públicamente su lanzamiento a fines de 2005. Esta misma información figuraba en el sitio web del plan, que ya no se encuentra en Internet.

37 Véase el informe estadístico sobre el Programa Patria Grande en <www.migraciones.gov.ar/pdf_varios/estadisticas/Patria_Grande.pdf>. Se trata de la última información oficial disponible.

38 Véase CELS, CAREF y Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Lanús, “Informe alternativo para el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, 15º período de sesiones, evaluación sobre la Argentina. Disponible en <[www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/docs/ngos/Contrainforme-CELS_CMW15_Argentina.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/docs/ngos/ContrainformeCELS_CMW15_Argentina.pdf)>.

39 Expediente administrativo 168 269/2010.

ria—, no había dado cumplimiento a la intimación de regularizarse en el marco del programa Patria Grande.

La pregunta que subyace es la siguiente: ¿serán expulsados los nacionales del Mercosur o países asociados que no finalizaron el programa Patria Grande? Además de contradecir a la Ley de Migraciones y su reglamentación, esta decisión administrativa puede generar un aumento de la cantidad de migrantes en situación irregular sujetos a expulsión. Ante esto, el Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios recomendó a la Argentina que “facilite el acceso de los trabajadores migratorios a los procedimientos de regularización ampliando los plazos para los solicitantes, reduciendo las tasas administrativas y los requisitos de documentación, y simplificando los procedimientos de regularización”.⁴⁰

1.2. DIFICULTADES EN LA IMPLEMENTACIÓN DE PROGRAMAS DE REGULARIZACIÓN PARA PERSONAS DE PAÍSES NO PERTENECIENTES AL MERCOSUR. SITUACIÓN DE LAS PERSONAS DE SENEGAL Y DE LA REPÚBLICA DOMINICANA. APLICACIÓN DESIGUAL DE LA NORMATIVA

En los últimos años, dos comunidades de migrantes provenientes de países no pertenecientes al Mercosur, encuentran serias dificultades para regularizar de alguna manera su situación migratoria. Nos referimos a personas de Senegal y de la República Dominicana. Por tal motivo, desde 2010 un grupo de organizaciones sociales e instituciones públicas⁴¹ ha insistido en discutir mecanismos que faciliten la regularización migratoria de estos grupos y ha identificado alternativas para alcanzarlas.

En el caso de los nativos de Senegal, la autoridad migratoria no ha establecido criterios definidos para la obtención de residencia (como, por ejemplo, razones humanitarias, cuestiones de trabajo u otros establecidos en la ley, el reglamento o la convención). Por el contrario, ha considerado que los antecedentes migratorios de estos nacionales, en particular la falta de documentación que acredite su ingreso al país, constituyen elementos para declarar la

40 Véase Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios, documento citado, párrafo 34, inc. b.

41 Entre las organizaciones que forman parte de esta iniciativa podemos mencionar la Asociación de Senegaleses Residentes en Argentina, la Asociación de Haitianas/os Residentes en Argentina, la Asociación de Dominicanas/os Residentes, IARPIDI, la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio, la Comisión del Migrante, el Ministerio Público de la Defensa, Cine Migrante, CAREF, Centro de Derechos Humanos - UNLa, FCCAM, Clínica de Migraciones de Neuquén, Pastoral de Migraciones, COPADI, ADC, entre otras.

irregularidad migratoria y ha ordenado la expulsión del territorio argentino, sin habilitar la instancia judicial obligatoria en todo trámite de este tipo.

Esta es una aplicación incorrecta de la ley. Su art. 29, inc. i, establece que “Intentar ingresar o haber ingresado al territorio nacional eludiendo el control migratorio o por lugar o en horario no habilitados para tal efecto” habilita una expulsión en la frontera, pero se refiere sólo a aquellos casos en los que la autoridad migratoria constate a una persona en esa situación en el momento de ingreso inmediato al país, o en el intento de ese ingreso. Por el contrario, ese impedimento no se aplica para evaluar la permanencia de una persona ingresada en el país, como los residentes de Senegal en la Argentina. En estos casos es aplicable el art. 61 de la ley, que sostiene 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”, y no las reglas establecidas para el rechazo en frontera, previstas en el art. 35 de la ley y en el correspondiente del Decreto reglamentario 616/2010.

En este sentido, se ha comprobado en diferentes procesos judiciales que la autoridad migratoria ha dictado expulsiones sin requerir la correspondiente intervención judicial para analizar la legalidad de la medida administrativa y confundiendo evidentemente la aplicación de los impedimentos de ingreso y permanencia en el país.

A modo de ejemplo, en el proceso de hábeas corpus por la detención en la provincia de San Luis de un migrante de nacionalidad senegalesa, que llevaba años residiendo en el país, se constató que la autoridad migratoria, al momento de dictar la expulsión, consideró que el extranjero no había acreditado su ingreso a la Argentina por un lugar habilitado. En consecuencia, ordenó su expulsión de manera inmediata, sin intimarlo a presentar los documentos que acreditaran trámite de regularización, y sin solicitar la intervención judicial para analizar la legalidad de la expulsión, sólo requirió la intervención para detenerlo.⁴²

Un caso similar se dio en junio de 2011, en otro proceso de hábeas corpus iniciado ante la detención de varias personas de nacionalidad china. La Cáma-

42 Causa 40 735 “Gueye, Abdou s/ hábeas corpus”, que tramitó ante el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción n° 39, de la ciudad de Buenos Aires. El juez rechazó el hábeas corpus; sin embargo, la autoridad migratoria, sobre la base de los antecedentes jurídicos señalados, decidió suspender la orden de expulsión y ordenó la libertad del migrante detenido.

ra Federal de Paraná, en la provincia de Entre Ríos, declaró la ilegalidad de la práctica de la autoridad migratoria que utilizó reglas distintas a las previstas en el art. 61 de la Ley de Migraciones para la expulsión y detención de migrantes que no se encontraban en la frontera.⁴³

Ante estas situaciones, el Estado ha tomado en cuenta la necesidad de buscar alternativas de regularización para migrantes de Senegal. El director Nacional de Migraciones hizo saber, en una reunión celebrada el 2 de junio de 2011 con organizaciones de la sociedad civil, que el Estado argentino estaría interesado en formalizar un acuerdo de cooperación y regularización migratorio con Senegal. Esta información también fue brindada por el Estado argentino ante el Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios, que recomendó a la Argentina que “Intensifique las negociaciones bilaterales a fin de

43 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. Este 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”. Cámara Federal de Paraná, “Concepción del Uruguay Juzgado Federal n°1 Expediente. 5-17 559 – 20 768-2011 - Incidente de hábeas corpus deducido por Dai Jianqing, Lin Xuehui, Xie Chenguang y Zhuang Bisheng - Relacionado con los autos 32/11 caratulados: ‘Dirección Nacional de Migraciones s/retención de personas de nacionalidad china’”, sentencia del 11 de junio de 2011.

encontrar una solución para que la situación de irregularidad de los migrantes senegaleses que hayan ingresado ilegalmente al Estado parte no persista”.⁴⁴

Al cierre de este informe, una nueva situación alertó sobre la continuidad de la práctica de detención y expulsión de personas de nacionalidad senegalesa, sin aplicar las reglas previstas en la Ley de Migraciones. El 17 de enero de 2012, cuatro personas de Senegal fueron detenidas y expulsadas sin intervención judicial alguna, de acuerdo a las declaraciones del jefe de la Delegación de la Dirección Nacional de Migraciones en Jujuy.⁴⁵

En el caso de personas de República Dominicana, se ha observado que en los trámites de radicación iniciados se solicitan mayores requisitos que los habituales, o que incluso se incorporan procedimientos administrativos no utilizados en otros procesos de regularización. Por ejemplo, en los casos relevados en el marco de la “Clínica jurídica para la protección y promoción de los derechos de los migrantes y refugiados UBA-CELS-CAREF”, hemos comprobado que a aquellas personas de República Dominicana que solicitan residencia permanente por matrimonio con un nacional argentino se los obliga a presentarse con su cónyuge ante la Dirección Nacional de Migraciones para tomar declaración a ambos por separado.⁴⁶ En la citación no se especifican ni justifican los motivos ni

44 Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios, documento citado, párrafo 24, c.

45 *Jujuy al día*, <www.jujuyaldia.com.ar/19/01/2012/los-cuatro-senegaleses-detenido-acusados-de-ingresar-ilegalmente-al-pais-fueron-rechazados-y-enviados-a-bolivia>, *La Razón*, <www.la-razon.com/sociedad/Senegaleses-ingresaron-Argentina-enviados-Bolivia_0_1544245628.html>, ambos del 19 de enero de 2012.

46 La “Clínica jurídica para la protección y promoción de los derechos de los migrantes y refugiados” se implementó en 2002, mientras estaba todavía vigente la Ley Videla, en el ámbito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, mediante un convenio entre la UBA, el CELS y el CAREF. Esta experiencia se trasladó a diversas provincias y regiones del país. Así, en Neuquén se creó una “Clínica para la protección del migrante”, que funciona en el ámbito de la Universidad del Comahue, en convenio con la Pastoral de Migraciones. En el norte, en la provincia de Jujuy, la Universidad Católica de Santiago del Estero celebró un convenio con la organización Abogados y Abogadas del Noroeste Argentino en Derechos Humanos y Estudios Sociales (ANDHES), para crear también una clínica especializada en la defensa de los derechos de los migrantes. Por último, en la provincia de Santa Fe, a partir de la insistencia del catedrático Gabriel Chausovsky, de la Universidad Nacional del Litoral, se creó la “Clínica para la protección de los derechos humanos de los migrantes”. Chausovsky –juez de la Cámara Federal de Paraná y docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL– falleció en diciembre de 2010. Fue uno de los pocos magistrados del país que a fines de los años ochenta tuvo el coraje de declarar la inconstitucionalidad de las leyes de Obediencia Debida y de Punto Final. Durante la década de 1990 luchó por la derogación de la Ley de Migraciones 22 439 y

objetivos de esa declaración, ni se advierte que serán sometidos a una entrevista sobre su vida privada. Los resultados de esas entrevistas han sido considerados como antecedentes de hecho para declarar la ilegalidad de la permanencia en la Argentina, negando la validez de un documento público.

La autoridad migratoria considera que el decreto reglamentario de la Ley de Procedimientos Administrativos los habilita para tomar declaración y producir pruebas.⁴⁷ También sustenta la toma de entrevistas en el decreto reglamentario de la citada ley de procedimientos administrativos.⁴⁸ En rigor, el art. 59 del reglamento prohíbe la declaración de la parte interesada como prueba del procedimiento administrativo, salvo que esta sea voluntaria y se brinde sin ningún tipo de presión.⁴⁹ Por lo tanto, la propia regulación de las pruebas en el procedimiento administrativo excluye este sistema de declaraciones obligatorias y repentinas. En todo caso, y si la autoridad administrativa tuviera sospechas fundadas o dudas razonables sobre la validez del matrimonio, podría definir un protocolo o instrumento administrativo que indique los objetivos, supuestos y procedimiento que debiera seguirse para la realización de medidas de prueba que tiendan a descartar esas sospechas o dudas razonables.

luego realizó aportes fundamentales para la elaboración y reglamentación de la ley vigente, sancionada en 2003. La clínica de Santa Fe se creó en septiembre de 2010, con el apoyo del CELS.

47 De acuerdo a reuniones que hemos mantenido con algunos funcionarios de la Dirección Nacional de Migraciones, quienes señalaron que la Ley de Procedimientos Administrativos 19 549, en su art. 1 establece que “Las normas del procedimiento que se aplicarán ante la Administración Pública nacional centralizada y descentralizada, inclusive entes autárquicos, con excepción de los organismos militares y de defensa y seguridad, se ajustarán a las propias de la presente ley y a los siguientes requisitos: Requisitos generales: impulsión e instrucción de oficio. a) Impulsión e instrucción de oficio, sin perjuicio de la participación de los interesados en las actuaciones. b) Celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites”.

48 Decreto reglamentario de la Ley de Procedimientos Administrativos 1759/72, art. 46: “De la prueba. La Administración, de oficio o a pedido de parte, podrá disponer la producción de prueba respecto de los hechos invocados y que fueren conducentes para la decisión, fijando el plazo para su producción y su ampliación, si correspondiere. Se admitirán todos los medios de prueba, salvo los que fueren manifiestamente improcedentes, superfluos o meramente dilatorios”.

49 *Ibíd.*, art. 59: “Sin perjuicio de lo que establecieron las normas relativas a la potestad correctiva o disciplinaria de la Administración, no serán citados a prestar confesión la parte interesada ni los agentes públicos, pero estos últimos podrán ser ofrecidos por el administrado como testigos, informantes o peritos. La confesión voluntaria tendrá, sin embargo, los alcances que resultan de los arts. 423, 424 y 425 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”.

1.3. FALTA DE CONSIDERACIÓN DE RAZONES FAMILIARES, DE ARRAIGO O TRABAJO. APLICACIÓN AUTOMÁTICA DE LA EXCLUSIÓN DE PERSONAS CON ANTECEDENTES PENALES

También se ha advertido que la autoridad migratoria elude el art. 61 de la Ley de Migraciones para la determinación de la condición de un migrante, en casos en los que la permanencia de una persona en la Argentina estaría limitada por el impedimento previsto en el inc. c del art. 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 los casos en que la autoridad migratoria verifica que existen antecedentes penales, 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 la Argentina, tal como prevé el mencionado art. 61, y actuando en clara contradicción con los objetivos de la ley contenidos en el inc. d del art. 3. Una vez librada la orden de expulsión, cuando la persona manifiesta su disconformidad y aporta pruebas de relaciones familiares con nacionales argentinos o extranjeros con residencia regular, es posible obtener una decisión del Ministerio del Interior, llamada “dispensa ministerial”.⁵⁰ Esta decisión está sujeta a la discrecionalidad de la autoridad migratoria que ha de propiciar la dispensa o no. En este sentido, la decisión de ordenar la expulsión del territorio de una persona, sin que exista un espacio formal y adecuado para acreditar la existencia de interés por residir en la Argentina, obliga a la presentación de acciones judiciales de impugnación de la expulsión.

No es sólo a nivel administrativo que no se aplica la previsión del art. 61 ni se analizan las situaciones en relación con toda la política migratoria, el derecho a la reunificación familiar y la causal que obsta el ingreso y permanencia de las personas extranjeras establecida por el inc. c del art. 29. En un fallo de 2010 de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal (CNACAF),⁵¹ se confirmó el rechazo a un amparo presentado por una persona sobre la que pesaba una orden de expulsión por haber sido condenado a la pena de cinco años de prisión. Esta persona tenía una familia conformada por su mujer ar-

⁵⁰ Ley 25 871, art. 29.

⁵¹ Nos referimos al expediente del Juzgado n° 7, Secretaría n° 14, “Granados Poma, Héctor c/EN, DNM - Resolución 104574/09 (Expediente 2293077/07) s/amparo Ley 16 986”. Decisión confirmada por la CNACAF, Sala III, el 2 de noviembre de 2010.

gentina y tres hijos menores también argentinos, y estaba finalizando la carrera de abogacía, que había iniciado en simultáneo con su condena. El Tribunal se limitó a decir que no existía arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, palmaria u ostensible en la orden de expulsión, ya que se encontraba verificada la causal del art. 29, inc. c, y mencionaba que la previsión de la dispensa ministerial de ese mismo artículo es una facultad discrecional otorgada a la Dirección Nacional de Migraciones.

1.4. RETICENCIA INICIAL A ENTREGAR LOS CERTIFICADOS DE RESIDENCIA PRECARIA HASTA LA FINALIZACIÓN DEL TRÁMITE MIGRATORIO

Cancelar los certificados de residencia o certificados de expediente en trámite causaba un grave daño para el migrante que había decidido recurrir la decisión administrativa que consideraba perjudicial. Al no tener el mencionado certificado, se pierde, en rigor, la posibilidad de demostrar ante cualquier funcionario público, agente policial, o privados en general (hoteles, albergues, por ejemplo) que su situación migratoria en la Argentina es regular.

Hasta septiembre de 2011, en los procesos administrativos o judiciales iniciados por la impugnación de una decisión que hubiera constatado la irregularidad de la permanencia en la Argentina de un trabajador migrante y hubiera declarado la ilegalidad de esa situación, la autoridad migratoria rechazaba las renovaciones de los certificados de residencia precaria o de trámite en curso. En estos casos, la autoridad consideraba que la decisión administrativa final era válida y gozaba de legitimidad. Es decir, por discutir una resolución adversa de la autoridad migratoria, el migrante perdía los certificados de trámites migratorios vigentes, situación que lo exponía a una mayor vulnerabilidad.

Sin embargo, la legislación dice lo contrario. La decisión administrativa que declara la ilegalidad de la permanencia en la Argentina de un migrante carece de legitimidad plena y no puede ser ejecutada sin una validación judicial. En algunos casos, y a pesar de que contradicen lo establecido por ley, algunos jueces han rechazado medidas cautelares en las que se solicitaba la renovación de la residencia precaria o constancias de expediente en trámite, mientras transcurría el proceso judicial de impugnación o revisión de la decisión administrativa adversa.⁵² En otros casos, los jueces han ordenado de manera inmediata

⁵² Nos referimos al expediente del Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo n° 7, Secretaría n° 14, "Calvo Sempertegui, María Alba c/EN, DNM s/recurso directo para juzgados. Expediente 1118/11", cuya decisión fue confirmada por la CNACAF, Sala III; y también al precedente CNACAF, Sala III, Expediente 6930/2011, "Gómez Martínez, Juan José - INC MED

documentar a las personas migrantes que se encuentran bajo un proceso administrativo o judicial en los que se discute su permanencia en la Argentina.⁵³

En mayo de 2011, desde la Clínica jurídica ya mencionada se realizó un pedido de informes sobre la falta de renovación del certificado de residencia precaria en estas situaciones. La autoridad administrativa, en septiembre de ese año, modificó su práctica y señaló: “Respecto al punto 2, le informo que el certificado de residencia precaria es renovado en el sector de Renovación de Precarias de este organismo, cuando existan recursos administrativos o judiciales pendientes de resolución”.⁵⁴ Así, a partir de esta acción se logró modificar una conducta habitual de la Administración de negarse a renovar los certificados cuando el trámite migratorio no estaba finalizado, ni la orden de expulsión firme y consentida en sede judicial.

1.5. HACIA UNA IMPLEMENTACIÓN DE LA RESIDENCIA PARA TRABAJADORES MIGRANTES POR CUENTA PROPIA

Más allá de estas situaciones que revelan la falta de implementación efectiva y de interpretación acorde de las normas que regulan las migraciones en la Argentina, aún está pendiente la puesta en práctica del criterio de trabajador migrante sin contrato de trabajo o por cuenta propia. Tal como hemos afirmado con las organizaciones sociales que reclaman la regularización migratoria de personas de países no pertenecientes al Mercosur, es necesario que se aplique de manera correcta el art. 23, inc. a, del Decreto 616/2010, el cual prevé que, para obtener una residencia como trabajador migrante, “se tendrán en cuenta las definiciones y condiciones establecidas por la ‘Convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares’, aprobada por la Ley 26 202”.⁵⁵ En la actualidad este tipo de trabajadores mi-

(14-11-11) c/EN, DNM - Resolución 743/10 (Expediente 2233178/06) s/ proceso de conocimiento”, decisión del 5 de abril de 2011.

53 Cámara Federal de Paraná, sentencia del 11 de junio de 2011 sobre incidente de hábeas corpus citada. En el caso, la Cámara señaló que “corresponde que la Dirección Nacional de Migraciones 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”.

54 Respuesta al pedido de información formulado por la Dirección Nacional de Migraciones, 16 de septiembre de 2011.

55 “Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, art. 2, inc. h: “Se entenderá por ‘trabajador por cuenta propia’ todo trabajador migratorio que realice

gratorios no puede acceder al criterio del mencionado artículo, pues sólo se otorga residencia a las personas empleadas en “relación de dependencia”, dejando sin protección a los demás trabajadores migrantes reconocidos por la convención.

En este sentido, el Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios le recomendó al Estado argentino que “revise la definición de trabajador migratorio para cerciorarse de que incluya a los trabajadores por cuenta propia, de conformidad con el art. 2, inc. h, de la convención y el art. 23 del Decreto 616/2010, a fin de que los migrantes por cuenta propia de países no pertenecientes al Mercosur tengan acceso a los procedimientos de regularización”.⁵⁶

1.6. MEDIDAS QUE FACILITAN EL ACCESO AL DOCUMENTO NACIONAL DE IDENTIDAD

Otro punto a destacar es una importante modificación del trámite migratorio. En 2009, el Estado resolvió una dificultad adicional en los mecanismos de regularización migratoria vinculada con la falta de acceso al Documento Nacional de Identidad (DNI). Una vez obtenida la radicación en el país, sobre todo en algunos casos establecidos según la nueva legislación, el Registro Nacional de las Personas (RENAPER) exigía presentar cierta documentación legalizada no exigida para la radicación, o demoraba la entrega del DNI por razones denominadas “operativas”. A partir de las denuncias formuladas por organizaciones sociales, entre ellas el CELS, el Poder Ejecutivo nacional resolvió entregar el DNI a las personas radicadas con los mismos antecedentes acreditados en el trámite de radicación y en las mismas dependencias de la Dirección Nacional de Migraciones. El Decreto 1501 del Poder Ejecutivo, de 2009, que autorizó la utilización de tecnologías digitales en la identificación de los ciudadanos nacionales y extranjeros y en la emisión del DNI, consideró que “son numerosos los casos de extranjeros residentes en nuestro país que, habiendo obtenido el Certificado de Radicación expedido por la Dirección Nacional de Migraciones [...] encuentran serias dificultades para obtener testimonio de su nacimiento a los fines de tramitar el Documento Nacional de Identidad (DNI), el cual es

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”.

56 Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios, documento citado, párrafo 23, inc. c.

indispensable para gozar de los beneficios de seguridad social, trabajo, ejercicio de la industria, el comercio y su actividad profesional”.

El decreto también dispuso “la unificación de los requisitos necesarios para que los extranjeros obtengan su residencia y posteriormente el Documento Nacional de Identidad (DNI), lo que significará una mayor cantidad de extranjeros residentes en el país documentados e individualizados”. La decisión es un avance relevante en materia de acceso al DNI de aquellos extranjeros que regularizan su situación migratoria.

2. DIFICULTADES EN LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA MIGRATORIA. ACCESO AL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

Como ya destacamos en anteriores Informes anuales,⁵⁷ la Ley de Migraciones establece, en sus arts. 5 a 8, la igualdad entre nacionales y extranjeros con relación al acceso a derechos sociales. Esta disposición implica la revisión de las normas y políticas vigentes en lo que atañe al acceso a los derechos, de modo de eliminar o reformar toda distinción o negación basada en la condición migratoria de la persona. También exige la adopción de medidas para que los distintos órganos del Estado aseguren esta igualdad en el acceso a derechos.

En distintos ámbitos, las definiciones normativas señaladas han tenido algún tipo de impacto. Por ejemplo, a fines de 2006, la Ley de Educación Nacional 26 206, estableció en su art. 143 que “El Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberán garantizar a las personas migrantes sin Documento Nacional de Identidad (DNI), el acceso y las condiciones para la permanencia y el egreso de todos los niveles del sistema educativo, mediante la presentación de documentos emanados de su país de origen, conforme a lo establecido por el art. 7 de la Ley 25 871”.⁵⁸ No obstante, existen otros espacios institucionales en los que el reconocimiento de derechos sociales de los migrantes contemplado por la ley presenta diversos obstáculos.⁵⁹ Nos

57 Véanse CELS, “A dos años de la nueva ley de migraciones...”, ob. cit., p. 337 y ss., y CELS, “Derechos de las personas migrantes luego de la sanción de la nueva Ley de Migraciones 25 871: sin cambios efectivos”, en *Derechos humanos en Argentina. Informe 2007*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2007, p. 295 y ss.

58 La ley fue publicada el 27 de diciembre de 2006.

59 Véase CELS, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Lanús y Unicef, “Estudio sobre los derechos de los niños y niñas migrantes a cinco años de la nueva ley de migraciones”, Lanús, agosto de 2010, disponible en <www.unla.edu.ar/rectorado/centros/cdh/archivos/Estudio_completo.pdf>.

interesa destacar aquí la falta de aplicación de la ley en el acceso al derecho a la seguridad social, teniendo en cuenta que aquellos programas o políticas sociales creados para atender a ciertos grupos en situación de vulnerabilidad establecen restricciones para su acceso en el caso de migrantes.

2.1. ACCESO A PENSIONES POR DISCAPACIDAD Y PENSIONES A LA VEJEZ.

DISTINCIONES ENTRE NACIONALES Y EXTRANJEROS

En diversos decretos el Estado nacional estableció un régimen de pensiones no contributivas o pensiones asistenciales, es decir aquellas que no requieren de aportes para su concesión. En la actualidad existen tres tipos de pensiones asistenciales a nivel nacional en la Argentina, que son gestionadas por el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación: a la vejez, por invalidez y a madres de siete o más hijos.⁶⁰ Estas pensiones están destinadas a personas que se encuentren en estado de extrema vulnerabilidad social.⁶¹ En 2007, la CSJN, en el caso litigado por el CELS, consideró que estas pensiones asistenciales forman parte del derecho a la seguridad social, son un derecho y no un favor discrecional del Estado.⁶²

Sin embargo, para el caso de extranjeros la reglamentación exige, además de la acreditación de una situación de extrema vulnerabilidad social, el requisito de contar con un mínimo tiempo de residencia en el país. Así, para el otorgamiento de una pensión a la vejez se requiere un mínimo de residencia continuada de cuarenta años; para una pensión por invalidez, un mínimo de veinte años, y para el caso de las pensiones para madres de siete o más hijos,

60 La Ley 13 478 y su Decreto reglamentario 582/03 regulan las primeras; la Ley 18 910, y su Decreto reglamentario 432/97, las segundas; y la Ley 23 746 y su Decreto reglamentario 2360/90, las últimas.

61 La ley exige que las personas que reciben estas pensiones no gocen de ningún otro amparo provisional o no contributivo, que no posean bienes, ingresos ni recursos que permitan su subsistencia y que no tengan parientes obligados por ley a proporcionarles alimentos o que, teniéndolos, estos se encuentren impedidos de hacerlo. En los considerandos del Decreto reglamentario 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”.

62 CSJN, “Recurso de hecho deducido por Luisa Aguilera Mariaca y Antonio Reyes Barja en representación de D. R. A. en la causa R. A., D. c/Estado nacional”, sentencia del 4 de septiembre de 2007.

un mínimo de quince años. Si se tiene en cuenta que las 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, en el marco del caso Reyes Aguilera, fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema de la Nación,⁶³ al resolver un amparo promovido por una extranjera, que contó con el patrocinio de la Clínica jurídica UBA-CELS-CAREF, a la que se le exigían veinte años de residencia para acceder a una pensión por discapacidad.⁶⁴ La Corte Suprema sostuvo que la pensión fue prevista para cubrir contingencias sociales extremas, es decir, 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 enfatizó que sumar a los requerimientos un lapso de residencia 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 fundamental derecho a la vida y el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. En consecuencia, declaró inconstitucional el art. 1, inc. e, del Decreto 432/97 que establecía el requisito de los veinte años de residencia, y ordenó al Estado proporcionar la pensión por discapacidad a la mujer.

A pesar de este importantísimo fallo judicial del más alto tribunal de Justicia, el artículo del decreto reglamentario que exige a los extranjeros veinte años de residencia para acceder a una pensión por discapacidad sigue vigente y es aún utilizado por la Administración para rechazar pedidos de pensiones.

En relación con la pensión a la vejez, el plazo de residencia exigido es de cuarenta años para que las personas extranjeras puedan acceder a ella. En una decisión judicial de 2011,⁶⁵ en una acción de amparo presentada por un adulto mayor de nacionalidad ucraniana, también patrocinado por la Clínica jurídica UBA-CELS-CAREF, se consideró que el requisito establecido en el reglamento era inconstitucional y se ordenó al Estado argentino que evaluara la petición de pensión efectuada, sin considerar los años de residencia en la Argentina. Sin embargo, esa decisión fue apelada por el Estado argentino, y se encuentra pendiente su resolución ante la Cámara Federal de la Seguridad Social.

63 Íd.

64 Para un detalle de los antecedentes del caso, véase CELS, "A dos años de la nueva ley de migraciones...", ob. cit.

65 Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social n° 6, "Korkhov Heorhiy c/Estado nacional-Poder Ejecutivo nacional-Ministerio de Desarrollo y otro s/amparos y sumarísimos", sentencia del 11 de marzo de 2011.

Es importante señalar que las acciones judiciales que se han presentado desde 2003 en adelante sólo sirvieron para dar respuestas individuales, pero no lograron modificar las normas reglamentarias que establecen años de residencia para que extranjeros y extranjeras accedan a este tipo de pensiones ante contingencias sociales extremas.

De igual modo, a pesar de que órganos públicos de protección de derechos humanos, como la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación,⁶⁶ o la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,⁶⁷ se han pronunciado a favor de una reforma, subsisten estas normas reglamentarias.

Es importante señalar que el Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios recomendó al Estado argentino en septiembre de 2011 que “revise la duración requerida de la residencia en el caso de las prestaciones sociales no contributivas, con miras a garantizar su compatibilidad con los arts. 5 y 6 de la Ley de Migraciones y la Constitución nacional”.⁶⁸

2.2. ACCESO A LA ASIGNACIÓN UNIVERSAL POR HIJO. DISTINCIONES ENTRE NACIONALES Y EXTRANJEROS

A fines 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. La Asignación Universal por Hijo (AUH) consiste en una prestación monetaria no retributiva de carácter mensual, 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 años que se encuentre a su cargo, o sin límite de edad cuando se trate de un hijo con discapacidad.

Sin embargo, el programa presenta una limitación para los niños y niñas extranjeros, que está en contradicción con los objetivos de la AUH. Entre los requisitos a cumplir para acceder a ella, el decreto requiere que el niño sea

66 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 de 2010).

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

68 Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios, documento citado, párrafo 30, inc. a.

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.

La regulación prevista por la Administración Nacional de Seguridad Social (Anses) agregó nuevos requisitos a los del Decreto reglamentario 1602/09. A través de la Resolución 393/2009, la Anses determinó que a la exigencia de tres años de residencia a los padres extranjeros, en el caso de niños no nacidos en la Argentina, se agregaran la exigencia de tres años de residencia de los propios niños y niñas –lo que en la práctica llevaba a que un niño de sólo dos años que había nacido en el extranjero no pudiera acceder a la AUH, aun cuando alguno de sus padres migrantes tuvieran residencia legal en el país, incluso mayor a tres años–, y la exigencia de tres años de residencia legal a padres extranjeros, aun cuando el niño o niña hubiera nacido en la Argentina.

Ante esta situación, el Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios le recomendó al Estado que “examine la posibilidad de hacer extensiva la asignación universal por hijo a los hijos de los trabajadores migratorios en situación irregular, de conformidad con la Ley 26 061, de 2005, de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, que abarca a todos los niños que se encuentran en el territorio del Estado parte”. Por otro lado, en diciembre de 2011, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC), órgano encargado de la supervisión de las obligaciones del Pacto DESC, instó al Estado a que “considere la posibilidad de adoptar todas las medidas que sean necesarias para ofrecer la cobertura de la Asignación Universal por Hijo sin restricciones, especialmente en el caso de grupos de personas marginadas y desfavorecidas, como los hijos de los trabajadores migratorios en situación irregular y los hijos de las personas privadas de libertad”.⁶⁹

3. PALABRAS FINALES

El tránsito de una ley de migraciones de la dictadura, sus prácticas y discursos, a una ley de la democracia demandó, de parte de organizaciones sociales, el uso de diferentes estrategias que condujeron al dictado de la Ley 25 871. La necesidad de consolidar las ideas allí impresas movilizó a nuevos actores y habilitó el dictado de un decreto reglamentario de la ley, a través de un novedoso mecanismo de participación de actores sociales.

69 Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios, documento citado, párrafo 20.

En los últimos años, pueden destacarse algunas herramientas en busca de una aplicación e implementación efectiva de la ley. En este sentido, las decisiones judiciales de la Corte Suprema y las Observaciones del Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios han sumado argumentos para una mejor protección de los derechos de los migrantes en la Argentina. En el último tiempo, ciertas iniciativas políticas han sumado espacios para ampliar derechos de los migrantes. La propuesta Cine Migrante,⁷⁰ la campaña “Aquí vivo, aquí voto”,⁷¹ las mesas de articulación sobre niñez migrante coordinadas por Unicef y el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Lanús,⁷² así como la mesa de discusión sobre derechos de los migrantes no pertenecientes al Mercosur son ejemplos relevantes de incidencia.

Es posible advertir en los últimos años una transformación de las estructuras administrativas encargadas de la gestión migratoria que debe ser destacada, como la implementación de programas de regularización migratoria, la renovación de certificados de residencia hasta tanto se agoten las instancias legales, administrativas y judiciales de regularización o los nuevos mecanismos de entrega del DNI. No obstante, resta aún una implementación efectiva y una interpretación adecuada de las normas jurídicas vigentes. A modo de síntesis, podrían mencionarse obstáculos en lo que se refiere a la regularización migratoria de determinadas comunidades o la errónea interpretación de las reglas jurídicas vigentes. A la vez la existencia de distinciones para el acceso a ciertos derechos sociales emerge como una contradicción insalvable y define una agenda urgente en busca de una aplicación efectiva de la ley.

70 Véase <www.cinemigrante.org>.

71 Véase el blog de la iniciativa <www.aquivivoaquivoto.blogspot.com>.

72 Desde el año 2010, el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Lanús y Unicef, a partir del Informe ya citado, coordinan diversas mesas de trabajo para la discusión entre organizaciones sociales, funcionarios estatales e investigadores de diversas iniciativas para asegurar los derechos de los niños migrantes en la Argentina.