

XII

Derechos de inmigrantes, solicitantes de asilo y refugiados*

1. Introducción

A fines de 2003, el Congreso Nacional terminó con una de las importantes deudas que acarreaba desde el retorno a la democracia al derogar la "Ley Videla" (22.439), a la cual nos hemos referido en los últimos *Informes* al describir las graves y múltiples violaciones a los derechos humanos de los migrantes generadas por esa norma.

La nueva legislación migratoria (ley 25.871) significa un importante paso en la materia puesto que, como veremos, ha introducido cláusulas que se compadecen con la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos. Sin dudas, la aprobación de esta norma representa el fruto de la intensa labor realizada por numerosos actores durante años.

En lo atinente al objetivo de la regularización migratoria de los extranjeros que habitan en el país, se han dado recientemente otros dos pasos importantes: la inclusión de los nacionales peruanos en el criterio de nacionalidad del Mercosur establecido en la nueva ley, y el programa de re-

* La elaboración de este capítulo estuvo a cargo de Pablo Asa y Pablo Ceriani Cerna, abogados, miembros del Programa Derechos Económicos, Sociales y Culturales del

gularización lanzado en septiembre de 2004, dirigido a todos los nacionales de países extra Mercosur que habiten en territorio argentino hasta el 30 de junio de 2004.

A su vez, como analizaremos en este capítulo, la transformación efectiva que introduce la nueva legislación deberá ser acompañada de diversas políticas, que van desde campañas de difusión, información y capacitación, y la eliminación de ciertos obstáculos burocráticos o ilegítimos que continúan vigentes, hasta la adecuación de otras normas nacionales, provinciales y municipales que se contradicen con los derechos allí reconocidos.

La necesaria reglamentación, así como la adecuación legislativa, son medidas esenciales para evitar que las vulneraciones de los derechos de los migrantes se sigan cometiendo, tal como se ha podido comprobar durante este año, pese a la aprobación de la nueva legislación. En este sentido, destacaremos algunas medidas implementadas por organismos públicos con el fin de adecuar sus prácticas a lo dispuesto en la nueva ley, así como, al contrario de ello, resoluciones y actuaciones gubernamentales que revelan el incumplimiento o desconocimiento de la modificación legislativa. En estos casos, se ha denegado el ejercicio de derechos sobre la base de la anterior norma, en la falta de reglamentación de la actual, o bien como producto de una interpretación restrictiva y errónea de lo establecido en la reciente legislación.

Por otra parte, en el plano del derecho internacional, veremos dos medidas relevantes adoptadas por el gobierno argentino: la aprobación por ley del Acuerdo de Libre Residencia del Mercosur y la firma —por parte del Poder Ejecutivo— de la Convención Internacional de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares.

En relación con los derechos de los solicitantes de asilo y los refugiados, a diferencia de la cuestión migratoria, debe señalarse, en primer lugar, la ausencia de una legislación en la materia, circunstancia que redundó en la vulneración de diversos derechos de esos grupos. Al respecto, nos referiremos a los obstáculos que han encontrado diversos proyectos anteriores, así como al que se encuentra actualmente en discusión, cuyo texto comentaremos brevemente.

También, describiremos los principales inconvenientes que enfrentan los solicitantes de asilo en Argentina, particularmente durante la tramitación de su solicitud ante el Comité de Elegibilidad para los Refugiados (CEPARE). La falta de la debida capacitación de los funcionarios de zonas fronterizas respecto del derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional de los derechos humanos, también constituye una problemática especial que pueden afrontar los extranjeros que arriban al país en busca de asilo.

Finalmente se hará referencia a la preocupante ausencia de políticas estatales que puedan facilitar o asegurar la integración social de los refugiados en el país, con el fin de garantizarles una solución duradera a su necesidad de protección internacional según lo establecen los tratados respectivos.

2. Derechos de los migrantes: la nueva legislación migratoria y los desafíos de su aplicación

2.1 La nueva Ley de Migraciones

La sanción de la nueva ley, y la esperada derogación de la ley anterior, fue el resultado de un largo y complejo proceso, iniciado a poco del retorno de la democracia. En el transcurso de esos años fue fundamental el arduo trabajo llevado adelante especialmente por los representantes de las colectividades, las organizaciones no gubernamentales, instituciones religiosas, organismos de derechos humanos y sindicatos.¹ También algunos actores políticos fueron determinantes para su aprobación: unos pocos legisladores —como el actual senador Rubén Giustiniani y otros miembros de la Comisión de Población de la Cámara de Diputados en diversos períodos—, ciertas áreas del gobierno de la Ciudad de Buenos Aires —como el Programa Todas de la Dirección de la Mujer y la Subsecretaría de Derechos Humanos—, y de la Nación —INADI, Secretaría de Derechos Humanos—. A fines de 2003, resultó esencial el apoyo dado al proyecto por parte del Poder Ejecutivo Nacional a través de la nueva gestión del Ministerio del Interior y la Dirección Nacional de Migraciones.

En ese sentido, durante esos años las organizaciones e instituciones no gubernamentales realizaron diversas actividades con el fin de lograr la derogación de la ley vigente: presentaron documentos ante el Congreso, impulsaron acciones legales ante el Poder Judicial u órganos administrativos

¹ Una tarea fundamental de denuncia e incidencia ante los órganos gubernamentales (principalmente, el Congreso Nacional) fue desarrollada por la Mesa de Organizaciones por los Derechos de los Inmigrantes, integrada por las siguientes instituciones: Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH), Arzobispado de la Ciudad de Buenos Aires, Departamento de Migraciones, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Centro de Estudios Migratorios Latinoamericanos (CEMLA), Central de los Trabajadores de Argentina (CTA), Departamento de Migraciones, Fundación Comisión Católica Argentina para las Migraciones (FCCAM), Red de Investigadores de las Migraciones Contemporáneas en Argentina (RIMCA), Servicio Ecuuménico de Apoyo y Orientación a Migrantes y Refugiados (CAREF) y Servicio de Paz y Justicia (SERPAJ).

como la Dirección de Migraciones y efectuaron denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Organización de las Naciones Unidas. También, por invitación de la Comisión de Población, unas doscientas personas participaron de la audiencia pública celebrada en la Cámara de Diputados, convocada para opinar sobre el proyecto de ley.²

En ese camino también fueron numerosos los obstáculos encontrados, principalmente por la falta de voluntad política y el desinterés en el tema, así como los embates promovidos contra la población migrante por diversos funcionarios, medios de comunicación e incluso ciertos sindicatos (como la UOCRA), que contenían tanto la acusación a los migrantes por el aumento del desempleo, la inseguridad y otros problemas derivados de las políticas implementadas en las últimas décadas, como el impulso de proyectos de ley que implicaban una política aún más restrictiva que la propia "Ley Videla".³

Finalmente, aquel esfuerzo dio sus frutos, y el 17 de diciembre de 2003 se aprobó la nueva ley de migraciones, que derogó una de las más nefastas herencias legislativas de la dictadura militar. Pocas fueron las voces que se alzaron en contra de este esperado cambio.⁴

A continuación, veamos algunas de las modificaciones más sustanciales que se produjeron normativamente en la materia. Puntualmente, nos referiremos a los derechos humanos consagrados en la nueva ley, a la modificación del procedimiento de detención y expulsión de extranjeros, y a los criterios de radicación en el país a parir de los cambios normativos de este último año.

² Audiencia realizada el 26 de septiembre de 2002 en la Cámara de Diputados de la Nación. Todas las intervenciones de este encuentro pueden consultarse en el sitio de la Cámara <www.diputados.gov.ar>, en la Comisión de Población.

³ Véase *Immigrantes: "Señales de alarma e inacción"*, CELS, *Derechos Humanos en Argentina 2001, Hechos 2000*, Buenos Aires, Siglo XXI - Catálogos 2001. "Migrantes: Práctica arbitraria y ley inconstitucional", CELS, *Derechos Humanos en Argentina 2002. Hechos enero-diciembre 2001*, Buenos Aires, CELS - Siglo XXI - Catálogos, 2002; "Migrantes: Una deuda pendiente: Veinte años de vigencia de la 'Ley Videla' en democracia", CELS, *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2002-2003*, Buenos Aires, CELS - Siglo XXI Editores Argentina, 2003.

⁴ Tal vez la más destacada voces disonantes, sean los diversos artículos publicados (en Internet y en el diario *La Nación*) por parte de Mario Teijeiro, presidente de la organización Centro de Estudios Públicos (CEP). Como se puede observar en el sitio del CEP, esta persona señala a la inmigración de países limítrofes como una de las causas fundamentales del aumento de la pobreza y el desempleo en el país. En otros informes del CELS, ya hemos expuesto la falsedad de estas acusaciones. Por ello, sólo nos resta señalar nuestra sorpresa ante tal argumentación, cuando el mismo Teijeiro (según surge del curriculum que él mismo publica, <www.cep.org.ar>) se ha desempeñado como funcionario de la dictadura militar (entre 1976 y 1982), y luego, durante años, como funcionario del FMI y el Banco Mundial (entre 1982 y 1987), es decir, ha trabajado en organismos y gobiernos identificados responsables de la crisis argentina.

2.1.1 Reconocimiento y alcance de los derechos humanos en la nueva ley migratoria

La Ley de Migraciones establece entre sus objetivos: "Asegurar a toda persona que solicite ser admitida en la República Argentina de manera permanente o temporaria, el goce 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 vigentes y las leyes". En el mismo sentido, "Promover y difundir las obligaciones, derechos y garantías de los migrantes, conforme a lo establecido en la Constitución Nacional, los compromisos internacionales y las leyes, manteniendo en alto su tradición humanitaria y abierta con relación a los migrantes y sus familias" (art. 3, incisos f y g).

Ahora bien, en cuanto a los derechos humanos reconocidos expresamente en la ley, cabe destacar lo estipulado en el artículo 4: "El derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad". Este artículo resulta ser un importante avance en relación con la atención que los Estados deben dar a los movimientos migratorios, entendiéndolos no como un potencial peligro o amenaza, sino más bien como el ejercicio de un derecho.⁵

De esta manera, a efectos de que este reconocimiento tenga plena validez y eficacia, y que el Estado cumpla la obligación asumida (garantizar ese derecho, sobre los principios de igualdad y universalidad), deberá tenerse debidamente en cuenta en el momento de impulsar cualquier tipo de política o práctica (sea general o para un caso individual) que pueda afectar el ejercicio de ese derecho. Esto requiere, entre otras cosas, que la restricción o negación del ejercicio del derecho deberá estar justificada y fundamentada adecuadamente.

Por otro lado, la nueva ley migratoria contiene una recepción de los derechos a la salud y a la educación sustancialmente opuesta a lo establecido en la norma anterior. En informes anteriores, ya hemos hecho referencia a cómo la "Ley Videla" negaba y restringía ilegítima e inconstitucionalmente esos derechos fundamentales y a las graves consecuencias que ello generaba.⁶ La nueva legislación por el contrario, reconoce

⁵ El artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos expresa: "Toda persona tiene derecho a circular libremente, y a elegir su residencia en el territorio de un Estado".

⁶ Véase los análisis de informes anteriores citados en la nota 3 de este mismo capítulo.

esos derechos de forma irrestricta, independientemente de la situación migratoria de la persona.

En cuanto a la educación, el art. 7 de la ley 25.871 dispone: "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".

En relación con el derecho a la salud, el artículo 8 establece: "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".

También, como se puede ver al compararlos con la ley anterior, el otro cambio que traen estos artículos es la eliminación de la obligación de denuncia que pesaba sobre los funcionarios o empleados de esas áreas, y su reemplazo por su deber de ayudar y asesorar a los migrantes en sus trámites de regularización migratoria. En otras palabras, apunta a la regularización migratoria de la persona, dejando de lado la lógica de control y amenaza que caracterizaba a la norma derogada.

De todos modos, y pese a este significativo avance sobre estos dos derechos, veremos posteriormente que en la actualidad existe un proyecto de ley que —desconociendo los profundos fundamentos legales y constitucionales que sustentaron este cambio— pretende retrotraernos a la anterior ley, es decir, a la negación o restricción de estos derechos esenciales en razón de la condición migratoria de la persona.

Siguiendo con los derechos plasmados en la nueva ley, debe recalcar-se lo ordenado por el artículo 6: "El Estado en todas sus jurisdicciones, asegurará el acceso igualitario a los inmigrantes y sus familias en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales, en particular lo referido a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social".

Este artículo consagra o reglamenta la igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros receptada en la Constitución Nacional desde 1853 hasta la actualidad, en su artículo 20, aunque en este caso incluyendo expresamente algunos derechos y servicios sociales. A su vez, debe destacarse que ese reconocimiento igualitario se hace "en las mismas

el
en
san
fren

condiciones de protección y amparo", es decir, impidiendo no sólo el desconocimiento del derecho sino también la prohibición de establecer diferenciaciones a través de las condiciones o requisitos en el ejercicio de los derechos "de los que gozan los nacionales". Igualmente, como veremos después, la realización de este artículo requiere una serie de importantes cambios (normativos, políticos, de capacitación, información y educación, etcétera.)

Por otra parte, el derecho a la reagrupación familiar ha sido expresamente reconocido en el artículo 10 de la ley, el cual dispone que: "El Estado garantizará el derecho de reunificación familiar de los inmigrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes".

Finalmente, debemos señalar que la ley continúa prohibiendo el ejercicio del derecho al trabajo a quienes se encuentran en una situación migratoria irregular. La igualdad de derechos establecida en el artículo 20 de nuestra Constitución y el reconocimiento del ejercicio de una actividad lícita a todo habitante (artículo 14 Constitución Nacional), así como el derecho al empleo que toda persona tiene según el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (de jerarquía constitucional), nos permiten cuestionar esta limitación a un derecho tan esencial, en razón del tipo de documentación que posea la persona.²

2.1.2 Las garantías del debido proceso: "adiós" a las prácticas de la dictadura

Como ya hemos explicado en informes anteriores, uno de los problemas más graves que se derivaban de la "Ley Videla" eran las facultades que otorgaba a la Dirección Nacional de Migraciones y la policía migratoria auxiliar (Policía Federal, Gendarmería Nacional, Prefectura Naval y Policía Aeronáutica), a los efectos de ordenar y ejecutar detenciones y expulsiones de migrantes en situación irregular, sin intervención alguna del Poder Judicial. A su vez, en dichos informes hemos descripto la magnitud de las violaciones de derechos y garantías esenciales producidas por la "efectiva" aplicación de ese sistema de detención y expulsión de extranjeros.³

² Igualmente, cabe destacar que el artículo 16 de la ley dispone que: "La adopción por el Estado de todas las medidas necesarias y efectivas para eliminar la contratación laboral en el territorio nacional de inmigrantes en situación irregular, incluyendo la imposición de sanciones a los empleadores, no menoscabará los derechos de los trabajadores inmigrantes frente a sus empleadores en relación con su empleo".

³ Véanse referencias en nota 3 de este capítulo.

En la nueva ley migratoria se elimina la facultad administrativa de ordenar una detención por cuestiones migratorias y de ejecutar una expulsión, sin la debida intervención del Poder Judicial (órgano del cual esas atribuciones nunca se deberían haber ido).⁹

En relación con la expulsión, la ley dispone que toda vez que la Dirección Nacional de Migraciones resuelva ordenar la expulsión de una persona, tal disposición tiene carácter únicamente suspensivo (artículo 61). Frente a tal resolución, la persona tiene el derecho de interponer los recursos administrativos correspondientes, y si aquélla es confirmada por el Director Nacional de Migraciones, la persona tiene la opción de continuar la vía administrativa (por recurso de alzada ante el Ministerio del Interior), o bien recurrir directamente a la vía judicial. Si decide recurrir administrativamente, luego tendrá también la vía judicial, pero no a la inversa.

La detención de un extranjero a los efectos de su expulsión (no es posible la detención administrativa por irregularidad migratoria) sólo puede ser decidida por el juez competente (por solicitud de la Dirección Nacional de Migraciones) y mediante resolución fundada. Como principio general establecido en la ley, una orden de detención sólo puede solicitarse una vez que ha quedado firme la medida de expulsión, aunque excepcionalmente, y "cuando las características del caso lo justificare, la Dirección Nacional de Migraciones o el Ministerio del Interior podrán solicitar a la autoridad judicial la retención del extranjero aun cuando la orden de expulsión no se encuentre firme y consentida" (artículo 70).

Por otro lado, y en cuanto al acceso a la justicia y el derecho de defensa, la normativa migratoria reconoce expresamente el derecho a la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros (y a un intérprete, en caso que no hablen español), a los efectos de impugnar una resolución que deniega su entrada en nuestro país o bien una orden de expulsión (artículo 86). Esta inclusión, altamente positiva, requiere la elaboración e implementación de ciertas medidas para hacerla efectiva.

⁹ Aclaremos que el problema de expulsiones administrativas de extranjeros, sin intervención judicial, no comenzó con la "ley videla", sino con el otro triste antecedente en la materia, la ley de residencia (4.144, de 1902). Es decir, que durante cien años (con unas breves excepciones en los años siguientes a 1958, cuando se deroga la ley de residencia), los extranjeros sujetos a expulsión fueron sometidos a un procedimiento claramente contrario a la Constitución Nacional.

2.1.3 Los criterios de radicación: cambios positivos y cuestiones no resueltas

Una cuestión para resaltar en torno de la regularización migratoria es lo establecido en el artículo 17, por el cual "El Estado proveerá lo conducente a la adopción e implementación de medidas tendientes a regularizar la situación migratoria de los extranjeros". De esta manera, no sólo se afirma la voluntad de propender a la búsqueda de la regularidad migratoria, sino que también se legitima formalmente la posibilidad, en caso que sea necesario, de implementar medidas dirigidas a ese objetivo (como ya ha ocurrido, tal cual veremos, respecto de los nacionales del Perú y los países no pertenecientes al Mercosur y asociados).

En cuanto a los criterios para obtener la radicación en el país, el cambio más significativo introducido en la nueva ley es el criterio por nacionalidad, destinado a aquellos migrantes que sean nacionales de alguno de los países del Mercosur ampliado.¹⁰ Esta modificación, además de facilitar la radicación de miles de migrantes que habitan hoy en nuestro país, implica un reconocimiento a la realidad actual de los movimientos migratorios de la región, y particularmente hacia la Argentina. Si bien hasta el momento esto no se ha implementado en razón de que aún la ley no ha sido reglamentada, cabe destacar que la Dirección de Migraciones dispuso suspender la expulsión de todo migrante irregular que sea oriundo de esos países limítrofes,¹¹ circunstancia que evita la generación de ciertos perjuicios¹² en tanto se aguarda su efectiva implementación.

A su vez, debe señalarse, como otro aspecto positivo, la emisión de la disposición DNM 29.929/2004 (del 17 de septiembre) por la cual se considera incorporados al criterio de nacionalidad a los nacionales de la República del Perú (así como a los de países que en el futuro sean miembros o asociados del Mercosur), país que no integraba el Mercosur en el momento de sancionarse la nueva ley migratoria.

¹⁰ El artículo 23 dispone que "Se considerarán "residentes temporarios" todos aquellos extranjeros que, bajo las condiciones que establezca la reglamentación, ingresen al país en las siguientes subcategorías: [...] 1) 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".

¹¹ Cfr. Disposición DNM n° 2079/2004, del 28 de enero de 2004.

¹² Nos referimos a "ciertos" perjuicios, en razón de que la ausencia de reglamentación, y la consecuente imposibilidad de regularizar la situación migratoria, igualmente resulta un obstáculo para el ejercicio de determinados derechos (como el derecho a trabajar para el cual se requiere, al menos, el certificado de residencia precaria que se obtiene una vez iniciado el trámite ante la DNM).

En el mismo sentido, una desuacable medida ha sido la dispuesta en el reciente decreto 1169/2004, mediante el cual se establece un procedimiento de "Regularización de la situación migratoria de ciudadanos nativos de países fuera de la órbita del Mercosur". En la práctica, esta política representa la posibilidad de regularizar la situación migratoria para toda persona que, no siendo nacional de los países del Mercosur y asociados, se encuentre habitando en nuestro país hasta el 30 de junio de 2004. La implementación de este programa de regularización ha comenzado el 4 de octubre y se extiende por 180 días.

Ahora bien, pese a estos avances, en cuanto a los criterios de radicación aún se conservan restricciones. Al definir el criterio de radicación por trabajo, el artículo 23, inc. a) de la ley expresa: "Trabajador migrante: 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*" (el destacado es nuestro).

La preocupación en torno de este artículo está dada, básicamente, en razón de la realidad laboral de nuestro país. Si bien se reconoce el derecho a la radicación de quien ingrese para dedicarse a alguna actividad lícita y remunerada, luego se condiciona el otorgamiento de la radicación a quienes se encuentran "bajo relación de dependencia".

De esta manera, y teniendo en cuenta la dificultad de toda persona de obtener un contrato de trabajo en esas condiciones, así como los alarmantes índices de desempleo y subempleo, la redacción del artículo torna prácticamente imposible obtener la regularización por esta vía. Entre otros, este inciso deja afuera a los trabajadores que no se encuentran en esa situación, así como a quienes desempeñan otras tareas laborales legítimamente reconocidas en la propia Ley de Contrato de Trabajo. Desde nuestro punto de vista, teniendo en cuenta el derecho de toda persona de desarrollar una actividad lícita remunerada, y considerando el derecho a migrar reconocido en la propia ley de migraciones, la limitación a una sola categoría de trabajadores podría impugnarse por establecer una restricción ilegítima.

Por último, debemos hacer una breve mención respecto de los obstáculos que se podrían plantear en relación con la posibilidad real de alcanzar la regularización migratoria, particularmente en cuanto a los requisitos económicos. La nueva ley nada dice respecto de las personas que no cuenten con los recursos exigidos en las respectivas tasas impuestas para el trámite, y es preciso recordar que justamente los altos costos han constituido una de las trabas esenciales para que las personas puedan obtener su radi-

cación en el país. Por ello, en tanto la reglamentación de la ley (u otras disposiciones) no habiliten los mecanismos para resolver este problema, las modificaciones establecidas en la ley no podrán ser efectivamente gozadas por aquellos migrantes que se encuentren en situaciones de pobreza.¹³ De lo contrario, los beneficios serán utilizados exclusivamente por quienes cuentan con los recursos económicos suficientes, generando, por ende, una discriminación en razón de la condición económica de la persona.

2.2 Casos de aplicación y de incumplimiento de la nueva ley

En este apartado, veremos algunos ejemplos que nos revelan el grado de cumplimiento de las modificaciones impuestas por la nueva legislación.

Entre los aspectos positivos, podemos mencionar una disposición emitida por la Universidad de Buenos Aires. Modificando la reglamentación vigente, que impedía el acceso a los estudios a quienes no contaban con el Documento Nacional de Identidad argentino, el Consejo Superior de la UBA dictó la resolución 2864/04 (del 5 de mayo de 2004), en la cual dispuso: "Para ingresar a esta Universidad el esmiante extranjero deberá presentar a) DNI argentino o documento de identidad del país de origen y b) Certificado de estudios de nivel medio completos ..." (art. 1). A su vez, el art. 2 establece que "Para obtener el alta definitiva como alumno, los estudiantes extranjeros que no hubieren presentado DNI al momento de su ingreso deberán presentarlo en el Ciclo Básico Común antes de haberlo concluido o de transcurridos dos (2) cuatrimestres a partir del ciclo lectivo en el que ingresa, de acuerdo con la fecha que se fije en el calendario académico de ese año". Si bien establece un límite temporal (el cual podrá tener pocos efectos prácticos si los trámites migratorios no se encuentran con obstáculos burocráticos, como ocurría en los últimos años), la medida constituye un avance significativo. De todos modos, y con el fin de lograr que la medida sea más efectiva, sería importante que la Universidad modificara y/o actualizara la información que brinda en su página web, ya que allí continúa informando que los alumnos extranjeros deben contar con un DNI con radicación permanente para ingresar (esto no sólo está desactualizado y es contrario a la ley de migraciones, sino que incluso excede lo dicho en la anterior norma, en tanto que la radicación sea permanente y no temporaria).

¹³ En esta cuestión, también resulta esencial la reducción de los costos (o su eximición) por parte de los consulados de los países de origen de los migrantes.

En cuanto al Poder Judicial, cabe destacar la sentencia dictada por la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, referida a las facultades de detención y expulsión por parte del Poder Judicial, así como la oportunidad y formas de ejercer tal competencia. Allí, el tribunal hizo lugar a un *habeas corpus* presentado por un inmigrante que había sido detenido por orden judicial en aplicación del artículo 70 de la Ley de Migraciones.¹⁴ En sus fundamentos, el tribunal expresó según este artículo, y en tanto no había una resolución de expulsión firme y consentida, que la posibilidad de detención “es de aplicación excepcional y requiere que las características del caso lo justificaren [...] la permanencia irregular de un extranjero no configura una circunstancia justificante...”.¹⁵

Otro antecedente judicial destacable es el emitido por la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial del Noreste del Chubut (Sala “A”), en el caso “Pérez Aguilar. T. c/ Provincia de Chubut s/ acción de amparo”. Si bien en el caso no se debatió centralmente la nueva ley de migraciones, el debate se enfocó en la igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros (puntualmente para el ejercicio de la docencia). El tribunal, ratificando lo establecido por la Corte Suprema en el caso “Repetto”, argumentó extensamente sobre la inconstitucionalidad de la ley provincial (1820) que negaba el acceso a la docencia a los extranjeros, en tanto constituye una violación del principio de no discriminación. En este caso, por su gravedad, el Fiscal de Estado de la Provincia (tanto en su contestación de demanda como en la apelación) desarrolló una serie de expresiones, cual fundamentos, que eran de un nivel de xenofobia y rechazo hacia la amparista (de nacionalidad chilena, llegada al país a los tres años de edad), llegando prácticamente a atribuirle la “responsabilidad” de las disidencias políticas que tuvieron los gobiernos argentino y chileno en décadas pasadas.

De todos modos, durante este año han sido mayoritarios, lamentablemente, los casos en que se ha verificado el incumplimiento de la nueva ley de migraciones, a través de distintos organismos públicos que decidieron

¹⁴ El art. 70 de la ley 25.871 expresa: “Firme y consentida la expulsión de un extranjero, el Ministerio del Interior o la Dirección Nacional de Migraciones, solicitarán a la autoridad judicial competente que ordene su retención, mediante resolución fundada, al solo y único efecto de cumplir aquélla. Excepcionalmente y cuando las características del caso lo justificare, la Dirección Nacional de Migraciones o el Ministerio del Interior podrán solicitar a la autoridad judicial la retención del extranjero aun cuando la orden de expulsión no se encuentre firme y consentida”.

¹⁵ Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, caso “Zen Xiankai s/ Hábeas Corpus”, Expte. n° 415 108-12.664-2.004, del 22 de junio de 2001.

continuar rigiéndose por la normativa anterior o bien mediante interpretaciones de la nueva norma claramente ilegítimas.

En cuestiones de salud, el CELS ha recibido este año varias denuncias en las cuales se manifestaba la negativa de ciertos hospitales como el Hospital de San Isidro, por mencionar un ejemplo, a atender a los extranjeros que no tuvieran regularizada su situación migratoria, en manifiesta contradicción con lo establecido en el artículo 8 de la ley.

Asimismo, en la ciudad de La Quiaca se han presentado numerosos casos que dan cuenta de una práctica administrativa por la cual a las extranjeras (que habitan allí) se les cobra una suma de dinero para poder dar a luz, en caso de que estén en situación irregular. Esta situación, además de configurar una discriminación, lleva a que muchas personas tengan sus hijos en su domicilio, circunstancia que puede afectar seriamente la salud de la madre y el hijo. También, como consecuencia de ello, la persona recién nacida no cuenta con su partida de nacimiento, lo que redundaría en la violación de su derecho a la identidad.¹⁶

También han sido reiteradas las denuncias que informan sobre la negativa de instituciones educativas (secundarias, terciarias, e incluso primarias), violando la propia obligatoriedad de la educación primaria) de dar cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 7 de la ley, privando del derecho a la educación en razón de la condición migratoria de la persona. En esas situaciones, algunas instituciones han alegado para ello la falta de reglamentación de la ley, pese a que el artículo 7 resulta ser irrefutablemente operativo, sin requerir regulación alguna para su plena implementación y cumplimiento.

Otro caso llamativo, que demuestra una interpretación palmariamente errónea de la nueva ley de migraciones, proviene del Consejo Provincial de Educación de Neuquén (Subsecretaría de Educación). En una resolución emitida en razón de una intervención de la Defensora de Niños de la provincia (en un caso de negativa al acceso a estudiar por irregularidad migratoria), el Subsecretario de Educación pretendió justificar tal rechazo aludiendo al principio de reciprocidad. Luego de destacar que la

¹⁶ Según una denuncia enviada al CELS por la Pastoral Migratoria de La Quiaca (septiembre de 2004) a la señora D., de nacionalidad boliviana y que vive allí hace ya varios años, el hospital de La Quiaca le requirió la suma de 100 pesos en concepto de tasa retributiva de servicios. Ahora bien, como no contaba con el dinero suficiente, las autoridades del hospital retuvieron el certificado de nacimiento, hasta tanto abone la suma reclamada. Aparte de los \$ 100, el hospital le pide que done sangre y colabore con otros aportes como toallas, vendas, gasas, etcétera. En este caso también intervino el Defensor del Pueblo de la Provincia de Jujuy.

ley no había sido reglamentada y por lo tanto "lo vamos a considerar [...] a modo programático", pese a la claridad del art. 7, señaló que "la reciprocidad [...] tiene el sentido de otorgar derechos a los extranjeros siempre que los países a los cuales se les conceden beneficios a sus connacionales se comporten de la misma manera con los residentes del país que otorga el derecho". Por lo tanto, continúa el Consejo, debe requerirse "a la autoridad nacional de Migraciones que peticione un informe sobre el caudal y la diversidad de prestaciones que garantizan nuestros países limítrofes, en principio, ya que son las migraciones más importantes de la región, a los argentinos allí residentes".¹⁷

Si seguimos los "razonamientos" del subsecretario, para reconocer el derecho a la educación de un extranjero (una niña chilena, en ese caso), en primer lugar, debía verificarse si los niños argentinos podrían, en igualdad de condiciones, acceder a la educación en la República de Chile. Esta pretensión constituye una interpretación rotundamente contradictoria con la obligación de los Estados en materia de derechos humanos. Un principio fundamental del derecho internacional de los derechos humanos, que lo distingue de los tratados internacionales sobre otras materias, es que los deberes del Estado no se basan en el principio de reciprocidad, es decir, no pueden nunca quedar supeditados al grado mayor o menor de cumplimiento de las respectivas obligaciones por los demás países. La reciprocidad puede darse en cuestiones políticas, en materias que pueden ser discrecionales, pero no en cuanto al respeto de los derechos reconocidos en las leyes o los tratados. Asimismo, resulta inadmisibles que un funcionario público pretenda negar un derecho establecido expresamente en una ley, fundándose en la supuesta legislación de otro país.

Finalmente, el Poder Judicial también ha legitimado la negación o restricción de derechos a extranjeros en razón de su nacionalidad, pese a lo dispuesto en la nueva ley. Tal como describiremos luego, la reglamentación de la ley de pensiones no contributivas exige a los extranjeros una residencia de veinte años en el país para acceder a tal derecho. Esto cons-

¹⁷ Consejo Provincial de Educación, Subsecretaría de Educación, Neuquén, Nota n° 4629/04, dirigida a la Defensoría del Niño y Adolescente de la Provincia, 29 de julio de 2004. A su vez, en otra interpretación absolutamente errónea, el Subsecretario de Educación expresa que el otorgamiento de residencia precaria a quien inicia el trámite de radicación constituye "una facultad discrecional del Poder Ejecutivo. En otras palabras, si lo cree conveniente la otorga, pero no tiene la obligación de hacerlo". De aplicarse esta pretensión, que resulta ser contraria a la ley y a la propia práctica de la Dirección de Migraciones, se mantendría en situación irregular a quien presenta todo lo exigido por la legislación para obtener su residencia, lo cual es absurdamente irrazonable.

tituye una discriminación contraria a la igualdad consagrada en nuestra Constitución. Pero a su vez, como hemos visto, el artículo 6 de la ley ordena que "El Estado en todas sus jurisdicciones, asegurará el acceso igualitario a los inmigrantes y sus familias en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales, en particular lo referido a servicios sociales [...], seguridad social".

Pese a ello, en un reciente fallo, la Sala I de la Cámara Federal en la Seguridad Social de la Capital Federal ha confirmado la sentencia de primera instancia (Juzgado nº 4, a cargo de la doctora Postolovka) por la cual se rechazó un amparo a una niña boliviana (con residencia permanente en el país) con una discapacidad del 100%, en la cual ésta impugnaba los veintidós años exigidos. En ambas instancias se señaló que ello no constituía una discriminación, pues se trataba de una política discrecional.¹⁸ Con este criterio, en el ámbito de la discrecionalidad sería legítima cualquier discriminación, pese a que ello se contradiga abiertamente con el principio de no discriminación, que constituye una norma imperativa del derecho internacional, de obligatorio cumplimiento por parte del Estado argentino. La decisión del tribunal ha sido impugnada a través del recurso extraordinario federal y ahora resta el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

2.3 Necesidad de implementar políticas para hacer efectiva la ley

Como hemos visto, la nueva legislación implica, en diversas cuestiones, un cambio sustancial. A su vez, la experiencia del primer año de su vigencia nos revela cierta preocupación en cuanto a su efectivo cumplimiento por parte de los distintos órganos gubernamentales.

Por esas razones, resultan esenciales dos cuestiones. En primer lugar, la reglamentación de la nueva ley debe continuar y respetar su mismo espíritu, o incluso ampliarlo, como señalamos respecto de la categoría del trabajador migrante.

En segundo lugar, junto a la aprobación de una reglamentación que respete los derechos consagrados en la ley y no establezca restricciones ilegítimas, resulta imprescindible que el Estado (nacional, provincial y municipal; en el ámbito de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial) implemente todas las medidas necesarias para que se cumpla debida e íntegramente lo dispuesto en la nueva ley de migraciones.

¹⁸ Caso "Reyes Aguilera, Daniela c/ Estado Nacional s/ amparo", Sala I de la Cámara Federal en la Seguridad Social de la Capital Federal, 21 de septiembre de 2004.

En este sentido, será esencial la implementación de una amplia política de difusión, información y capacitación sobre los contenidos de la reciente legislación, particularmente en relación con los derechos allí consagrados. La capacitación a funcionarios y empleados públicos constituye una tarea ineludible hacia ese objetivo, puesto que éstos se han guiado, durante décadas, por una normativa contraria a la actual, y sin tal política sería inimaginable que se hagan realidad los cambios normativos.

El cambio de ley, como dijimos en anteriores informes, era una cuestión medular, pero allí no acaba la tarea. Los dos aspectos son igualmente importantes. Como señala De Lucas, "sin dudas, el Derecho —y menos aún una ley— no es suficiente de suyo como alternativa para gestionar los retos que comporta una sociedad con una presencia importante de población inmigrante [...] [aunque] es cierto que a través de la ley se establece el mínimo sin el cual no es posible la convivencia y eso es particularmente importante en una sociedad tan plural. Y sobre todo, no conviene menospreciar la función comunicativa que cumple el Derecho. En efecto, a través de las leyes sobre todo, pero también del resto de los instrumentos jurídicos, el Derecho transmite los mensajes básicos que la sociedad (la mayoría, en caso de un sistema democrático) quiere ofrecer a sus destinatarios. En lo que hace a la inmigración, los destinatarios son los inmigrantes, pero como siempre, también los propios ciudadanos: esas leyes ofrecen en primer lugar nuestra representación del fenómeno migratorio. Cómo lo entendemos, cómo lo queremos gestionar [...] Y en segundo término, envían a nuestros propios ciudadanos un mensaje sobre cuál es el lugar de los inmigrantes en nuestra sociedad. Todo eso se resume en dos cuestiones: qué derechos reconocemos a los inmigrantes y qué status político o de ciudadanía".¹⁹

De esta manera, el "mensaje" enviado por la nueva legislación es central, pero para lograr su cometido se requiere que dicho "mensaje" llegue a donde debe llegar y en la forma correcta. Por ello, la imperiosa necesidad de su amplia y debida difusión.

También, como veremos a continuación, el efectivo cumplimiento de la nueva ley exige que se arbitren los pasos necesarios para que el resto de la legislación se armonice, evitando contradicciones normativas que redunden en la privación o restricción ilegítima de derechos.

¹⁹ De Lucas, Javier, *Elementos para otra política de Inmigración*, Madrid, 2003, p. 19

2.3.1 La vigencia de normas discriminatorias en razón de la nacionalidad

Como dijimos, la nueva normativa migratoria representa, en líneas generales, un avance en torno de los derechos de los inmigrantes en Argentina. Sin embargo, en materia legislativa subsisten importantes materias pendientes para el Estado argentino, a fin de garantizar de forma efectiva —y sin discriminación alguna— los derechos a los ciudadanos extranjeros.

En efecto, persiste aún la vigencia de una amplia cantidad de leyes o decretos (en el nivel nacional o provincial), que regulan el acceso a diversos derechos (particularmente en el acceso a empleos, cargos, profesiones y pensiones de diversa índole) y establecen el requisito de la nacionalidad argentina como un requisito ineludible para gozar de ellos, o bien para establecer distintas condiciones o requisitos para acceder a los derechos. De esta manera, se vulnera de forma evidente la igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros garantizada por la Constitución argentina a todos sus habitantes (artículos 14, 16 y 20), y el principio de no discriminación en razón del origen nacional de la persona. Este principio, debe destacarse, ha sido reconocido como una norma de *jus cogens*.²⁰

A modo ilustrativo, cabe mencionar algunas de esas normas con carácter nacional.

El Régimen Nacional de Pensiones no Contributivas, regulado por el artículo 9 de la ley 13.478 (cfr. leyes 15.705, 16.472, 18.910, 20.267, 23.746 y 24.241) garantiza una pensión inembargable “a toda persona sin suficientes recursos propios, no amparada por un régimen de previsión, de 70 o más años de edad o imposibilitada para trabajar”. En los hechos, esta pensión consiste en la retribución mensual y vitalicia de \$ 196 y la inmediata afiliación a la Obra Social PROFE (Programa Federal de Salud, actualmente dependiente del Ministerio de Salud de la Nación) a mayores de setenta años, a personas con discapacidad mayor al 76%, y a madres de siete o más hijos, cuando no cuenten “con recursos propios o se vean imposibilitadas de trabajar”.

Sin embargo, en cuanto a las pensiones por vejez, el decreto 582/2003 (del 12 de agosto de 2003), establece en su Anexo (artículo 1, inciso d), que los extranjeros deberán acreditar “una residencia mínima continuada en el país de Cuarentena (+0) años”. Al respecto, debe aclararse que hasta el año 1997, esta exigencia era de sólo cinco años, que luego pasaron a ser veinte

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, 17 de septiembre de 2003, San José, Costa Rica.

años en el año 1997 y finalmente eso se extendió a cuarenta años en 2002. Para las pensiones por discapacidad, el decreto 432/1997 establece que para acceder a dicha pensión "Los extranjeros deberán acreditar una residencia mínima continuada en el país de Veinte (20) años". Como hemos visto en el punto anterior, esta distinción ha sido legitimada por la justicia federal de la Seguridad Social y ahora debe ser resuelta por la Corte Suprema.

En un sentido similar, el Decreto Nacional 1005/1999, que reglamenta la Ley Nacional de Radiodifusión, dispone que para el otorgamiento de una licencia a una persona física, se requiere ser "argentino nativo o naturalizado" (artículo 45).

En el nivel provincial, se podría transcribir numerosa normativa, así que veamos solamente algunos ejemplos que resultan ser lo suficientemente ilustrativos: a) el Estatuto Docente de la Provincia de Buenos Aires (Ley 10.579) exige la nacionalidad argentina para solicitar el ingreso a la docencia como titular (artículo 57); b) con el fin de inscribirse en el Registro Único de la Provincia de Jujuy de Desocupados y Subocupados, la legislación pertinente exige "ser argentino nativo o por opción" (cfr. Ley 5210, artículo 5, inc. 1, del 21-05-2001); c) el decreto 1.399/2002 de la provincia de San Juan requiere ser argentino nativo (o naturalizado con 10 años de ciudadanía) para dirigir o ser jefe de registro de "Expendedores de Bebidas Alcohólicas" (artículo 1) o para poder dirigir una empresa de seguridad, vigilancia, investigación e informaciones privadas en la provincia del Chaco, la ley 3.276 (1991) exige "ser argentino nativo o por opción. En este último caso deberá tener dos (2) años como tal" (artículo 6). e) La Ley de Radiodifusión de la Provincia de Neuquén (ley 2.057, 1994), dispone un sistema de permisos precarios, los cuales pueden ser otorgados a personas físicas, si éstas son argentinas (artículo 6); f) en Corrientes se requiere ser argentino nativo para ejercer el cargo de Contador o Tesorero de la Provincia (decreto Ley 221/01, artículo 1, inciso a); g) la carrera profesional hospitalaria de la provincia de Entre Ríos está habilitada para los ciudadanos argentinos (Ley de Salud Pública 9190, de 1998, artículo 3); h) la Ley del Notariado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires exige "ser argentino nativo o naturalizado con no menos de diez años de naturalización", con el fin de poder inscribirse en la matrícula profesional (cfr. ley 404, artículo 8, inciso a, del 15 de junio de 2000); i) la provincia de La Pampa, en el Estatuto del Trabajador de la Educación establece que uno de los requisitos para el ingreso como titular es "ser argentino nativo o naturalizado" (cfr. ley 1940, artículo 11, del 13-07-01); j) en Río Negro la Ley Orgánica del Poder Judicial (ley 2.430), exige la nacionalidad argentina para desempeñar los siguientes empleos: perito calígrafo (artículo 110, inciso c), perito balístico (artículo 120, inciso c), jefe del Departamento de

co, Administrativo y Contable (artículo 139, inciso c), empleado del Poder Judicial (artículo 122, I, inciso c) y empleado de servicio y maestranza (artículo 122, II, inciso c); k) la ley 519 de Tierra del Fuego, sobre el ejercicio del Notariado, exige "ser argentino nativo, por opción o naturalizado, debiendo en este último caso, tener diez (10) años por lo menos de ciudadanía en ejercicio" (artículo 6.a).

Como se puede observar, esta lista nada exhaustiva demuestra la existencia de normas que privan del acceso a derechos en razón de la nacionalidad, estableciendo una distinción ilegítima que no puede sustentarse en fundamento alguno. Las tareas o derechos allí negados a los extranjeros en nada se vinculan con la nacionalidad de la persona (¿cómo se justifica que un extranjero no pueda integrar un registro de desocupados? ¿o ser contador, o docente?). Teniendo en cuenta los antecedentes de la Corte Suprema de Justicia,²¹ así como los estándares internacionales de derechos humanos en materia de no discriminación,²² ninguna de esas restricciones podría superar el test de razonabilidad, y por lo tanto serían tachadas por inconstitucionales.

2.4 Proyecto de ley de reforma de la 25.871: "voiver al pasado"

Finalmente, la plena vigencia y efectividad de la nueva ley de migraciones no sólo depende de la implementación de las medidas antes mencionadas, entre otras. También es de esperarse que, una vez que los legisladores se han decidido a saldar una gran deuda pendiente en la materia, esto es, derogar la "Ley Videla", luego sean debidamente coherentes y no pretendan volver atrás con modificaciones legislativas. Lamentablemente, algunos diputados no lo entienden de la misma manera.

En efecto, la diputada Aída Maldonado (Frente Cívico Catamarca), en el mes de junio de 2004, junto con los diputados co-firmantes Roberto Iglesias, Silvina Leonelli y Gracia Jaroslavsky (todos de la Unión Cívica Radical), han presentado un proyecto de ley que pretende reformar algunos artículos de la nueva ley de migraciones. Al respecto, comentaremos solamente dos de las propuestas, que de aprobarse implicarían un preocupante retorno al espíritu restrictivo, irrazonable e inconstitucional de la "Ley Videla".

²¹ Entre otros, CSJN, Caso "Repetto, Inés M. C./Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad de normas legales", Fallos: 311:2272, LL 1989 B p. 351.

²² Véanse, a modo ilustrativo, y además de lo establecido en todos los tratados internacionales sobre la no discriminación, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observación General n° 30, Derechos de los No-Nacionales, julio de 2004; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03, "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados", 17 de septiembre de 2003.

En efecto, el artículo 1º del proyecto establece: "Modifícase el art. 7º el que quedará redactado de la siguiente manera: 'En caso de irregularidad migratoria de un extranjero menor de edad será admitido como alumno en un establecimiento educativo primario, público; nacional, provincial o municipal. Las autoridades de los establecimientos educativos brindarán información respecto de los trámites migratorios a fin de subsanar la irregularidad migratoria. Los trámites migratorios deberán ser iniciados a la mayor brevedad posible caso contrario las autoridades del establecimiento educativo denegarán el ingreso al mismo'".

El artículo 2, por su parte, expresa: "Modifícase el art. 8º el que quedará redactado de la siguiente manera: 'El Estado garantiza las condiciones mínimas de acceso a la salud pública, la seguridad social y la atención sanitarias para aquellos extranjeros cuya situación migratoria fuera irregular. Asimismo, las autoridades de los establecimientos sanitarios brindarán información respecto de los trámites migratorios a fin de subsanar la irregularidad migratoria como así también informar a la autoridad de aplicación'".

De esta manera, los autores del proyecto proponen, en relación con los derechos a la salud y a la educación, una política que se acerca sustancialmente al espíritu de lo establecido en los artículos 102 y 103 de la anterior ley de migraciones.

Así, el proyecto niega expresamente el acceso a la educación secundaria y universitaria, y a la educación en instituciones privadas en cualquier nivel (incluso primario, pese a que es obligatorio) de los extranjeros sin residencia regular, desconociendo que la reforma legislativa pretendía, en este aspecto, garantizar (como refiere la Constitución Nacional, artículo 14) el derecho a la educación a todos sus habitantes. A su vez, con la exigencia del último párrafo, se legitimará el accionar reticente de algunos establecimientos educativos, en relación con el ingreso de los extranjeros en esas condiciones.

En el mismo sentido, el derecho a la salud sólo es reconocido en "condiciones mínimas", pese a que los tratados de derechos humanos (de jerarquía constitucional) reconocen expresamente a toda persona el derecho a la salud, sin discriminación. No existe razonabilidad alguna para negar el acceso a la salud a quien habita en el país, solamente por infringir la ley migratoria en cuanto a su residencia. ¿por qué no hacemos lo mismo con quienes cometen delitos? ¿o con quienes no pagan sus impuestos o cometen faltas de tránsito? La respuesta es simple: porque sería inconstitucional, como también en el caso de los migrantes.

Por último, el proyecto, al imponer a las autoridades migratorias el deber de informar a la autoridad de aplicación, reinstala la obligación de

denuncia de la "Ley Videla", circunstancia que no sólo afecta el derecho a la salud de los migrantes en tales condiciones, sino que incluso puede conllevar un daño a las políticas de salud pública.

Por estas razones, y lamentando que ciertos legisladores pretendan efectuar tales cambios regresivos e inconstitucionales, es de esperar que el trámite parlamentario del mencionado proyecto no avance en forma alguna, evitando de esta manera volver a vulnerar derechos tan esenciales como la salud y la educación a algunos habitantes del país por la mera infracción de una norma administrativa.

2.5 Avances hacia la ratificación de tratados internacionales

Durante 2004, el Estado ha dado dos importantes pasos en lo referente a tratados internacionales sobre cuestiones migratorias.

En primer lugar, debe destacarse que el 10 de agosto de este año el Poder Ejecutivo ha firmado la Convención Internacional sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes y Miembros de sus Familias. De esta manera, se ha cumplido con el primero de los tres requisitos necesarios para que el país sea parte de ese importante tratado que protege los derechos de los migrantes en el ámbito de las Naciones Unidas. Por ello, y para seguir una línea de acción coherente con las últimas medidas adoptadas en la materia, es de esperar que ahora el Congreso Nacional apruebe por ley tal Convenio, y finalmente, el Poder Ejecutivo envíe a la ONU el instrumento de ratificación.

En segundo lugar, a través de la ley 25.902 (Boletín Oficial, 16-07-2004) el Congreso ha aprobado el Acuerdo de Libre Residencia para los Nacionales de los Estados del Mercosur, Bolivia y Chile. Ahora faltaría su ratificación ante la Secretaría del Mercosur. Si bien algunas de las cuestiones centrales de este acuerdo ya han sido implementadas por nuestro país mediante la nueva ley migratoria (particularmente, en cuanto al criterio de radicación por nacionalidad), ello no le resta importancia a su aprobación, puesto que implica un paso esencial para que, con la ratificación de todos los Estados, el acuerdo tenga plena vigencia a nivel internacional. En tal caso, estaremos ante un nuevo escenario y una nueva política en la materia, ya a escala regional, que incluso podría ampliarse en el corto plazo a todos los países de Sudamérica.²³

²³ Sin perjuicio de lo positivo que podría resultar la creación de un área de libre tránsito y residencia en la región, deberán tomarse las medidas pertinentes a efectos de prevenir la generación de perjuicios y discriminaciones ilegítimas hacia los migrantes que sean nacionales de otras regiones o continentes. Así, se evitará la creación de "ciudadanías" de distinta categoría (y derechos), como ocurre en la Comunidad Europea respecto de los ciudadanos comunitarios y los de terceros países.

3. Solicitantes de asilo y refugiados: ausencia de ley, políticas integrales y debido proceso

3.1 Introducción

La República Argentina ha firmado y ratificado la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo Adicional de 1967. Sin embargo, hasta el día de la fecha no ha sido dictada aún una ley que regule un procedimiento con el fin de determinar qué personas pueden ser sujetos pasivos de protección internacional en los términos de este instrumento de carácter universal y cuál es el procedimiento a seguir para determinar la condición de refugiado de una persona.

Como consecuencia de esta omisión, y a poco que se ahonde en el análisis en los procedimientos para la determinación del estatus de refugiado que lleva a cabo el CEPARE,²⁴ se advierte una considerable cantidad de irregularidades y violaciones a los derechos humanos de los refugiados y solicitantes de asilo. Entre los diversos defectos detectados en esos procesos, cabe mencionar: duración excesiva e irrazonable en los trámites (en algunos casos, más de seis años), desconocimiento de las normas internacionales de derechos humanos, y vulneración de garantías fundamentales del debido proceso (derecho a ser oído, derecho a un intérprete, derecho a una resolución fundada, gratuidad del procedimiento).

Esta situación generó que en sus últimas Recomendaciones al Estado argentino, el CERD observara que: "aún cuando el Estado Parte generalmente procura respetar los estándares de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, lo hace dentro de un marco legislativo más acotado, ya que no existe una legislación integral que dé protección a refugiados".²⁵

A su vez, no se han desarrollado políticas eficientes en zonas fronterizas, para asegurar el principio de no discriminación²⁶ y el Estado ar-

²⁴ Comité para la Elegibilidad de los Refugiados. Este comité es creado por el decreto 464/85 y está conformado por el Director Nacional de Migraciones, el Jefe del Departamento de Asuntos Jurídicos y el Jefe del Departamento de Admisión del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. A las deliberaciones de dicho comité asiste con voz pero sin voto un representante del ACNUR. En la práctica, este comité se reúne más o menos semestralmente y se aboca al análisis de los expedientes son elevados por la Secretaría a su cargo, a la cual haremos mención más adelante.

²⁵ Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Observaciones Finales: Argentina, agosto de 2004, CERD/C/65/CO/1, párr. 13, (la traducción no es oficial).

²⁶ Al respecto, véase CELS, Informe Alternativo al Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, en <www.cels.org.ar>.

gentino tampoco promueve medidas dirigidas a facilitar y garantizar la integración social de los refugiados,²⁷ a fin de alcanzar el deber de propender a una solución duradera a las personas necesitadas de protección internacional.

3.2 La falta de una ley sobre la materia. Análisis de los proyectos y estado parlamentario

En el año 1961,²⁸ la Argentina aprobaba la ley por la que se adhería a la Convención de 1951. En el mismo sentido, en 1967 se aprobó el Protocolo Adicional²⁹ firmado por los Estados ese mismo año. Ahora bien, a unos cuarenta años de esas medidas, el Congreso Nacional aún no ha sancionado ley alguna para su efectiva e íntegra aplicación. En la última década, se han presentado diversos proyectos en el Congreso Nacional, pero ninguno de ellos ha llegado siquiera a tener tratamiento en el pleno de las cámaras. En esos casos, las trabas no estuvieron en cuestiones vinculadas a los derechos de los refugiados u otros asuntos relacionados con la protección internacional, sino que ese fracaso se debió más bien a diferencias entre los órganos del Estado (Poder Ejecutivo) sobre cuál o cuáles ministerios serían los órganos de aplicación.

En este momento existe en la Cámara de Senadores un proyecto presentado por la senadora Ada Mazza y otros (expediente. S. 1851/04), que se encuentra en discusión en la Comisión de Derechos y Garantías de esa Cámara.

En cuanto al proyecto, si bien éste recepta en líneas generales las cuestiones más relevantes en torno de la protección de los solicitantes de asilo y refugiados (y afirmando nuestra postura sobre la urgente necesidad de su aprobación), cabe hacer una serie de observaciones.

En primer lugar, en relación con el órgano de aplicación que propone la iniciativa (la Comisión Nacional para los Refugiados) se prevé una integración mixta, a conformarse entre un representante del Ministerio de Justicia, otro de Cancillería, y tres miembros elegidos —por el Poder Ejecutivo— de acuerdo con su "autoridad moral y reconocida versación en la materia". La Comisión funcionaría en el ámbito del Ministerio del Interior y actuaría con independencia funcional. Esta conformación, producto de un intenso (y extenso) debate entre diversas áreas gubernamentales,

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Ley 15.869.

²⁹ Ley 17.468.

presenta como positivo la inclusión de "expertos independientes" no gubernamentales. En su aspecto negativo, debemos destacar que el proyecto establece que la Comisión se reunirá "al menos una vez al mes", lo cual no parece suficiente a efectos de la debida prontitud de los trámites,³⁰ así como para el análisis profundo e integral que debería efectuar la Comisión en cada solicitud.

En lo que respecta al procedimiento de elegibilidad de la condición de refugiado, del proyecto no surge cómo se garantizaría, en caso de denegatoria de la solicitud, que el recurso jerárquico sea un recurso efectivo ante un órgano imparcial y debidamente capacitado. En efecto, allí sólo se establece que el recurso será remitido al Ministerio del Interior, órgano bajo el que actúa la Comisión, lo cual no favorece la debida imparcialidad que debería tener en tanto instancia de revisión. Asimismo, el proyecto no establece medida alguna dirigida a contar con una o varias personas que conformen un equipo lo suficientemente idóneo en la materia, a efectos de resolver eficazmente los recursos que se interpongan.

En el mismo sentido, el proyecto establece un plazo de diez días para interponer un recurso jerárquico ante una decisión que sea denegatoria de la solicitud. Al respecto, y teniendo en cuenta que como principio general el plazo para este tipo de recurso es de quince días,³¹ no resulta entendible su disminución, especialmente en una cuestión tan compleja como la presente y dada la dificultad de hallar un asesoramiento legal idóneo y oportuno por parte de los solicitantes de asilo.

A su vez, resulta llamativo que el proyecto, para los casos de rechazo definitivo de la solicitud en sede administrativa, no prevea de forma expresa la posibilidad de acceder ante el Poder Judicial, para la revisión y control de la decisión administrativa, respetando de esta manera un principio general del derecho administrativo así como el derecho humano de acceso a la justicia. Igualmente, de más está señalar que la eventual omisión de esta circunstancia en la ley no podrá ser un obstáculo para que efectivamente pueda impugnarse la decisión del Poder Ejecutivo ante la justicia.

El proyecto, por otra parte, estipula que se proveerá a los solicitantes de asilo un intérprete "en lo posible, calificado". Como veremos luego, la

³⁰ Al respecto, recordemos que el CEPARE, órgano de aplicación actual, se reúne semanal o quincenalmente, y los trámites pendientes se caracterizan por su excesiva e irrazonable demora, llegando en muchas ocasiones a unos cuatro años hasta su resolución.

³¹ Cfr. artículo 90 del decreto 1759/72, reglamentario de la ley 19.349 de Procedimientos Administrativos.

debida capacitación del intérprete resulta ser esencial en este tipo de procedimientos, por lo que sería importante la modificación de ese apartado.

Finalmente, debemos cuestionar que entre los requisitos para integrar el órgano de aplicación (tanto la Comisión como la Secretaría) se establezca la nacionalidad argentina. Como señalamos en el acápite 2.3.1, no hay razonabilidad alguna (a la luz de la Constitución Nacional) para excluir el acceso de los ciudadanos extranjeros a esos empleos, y por lo tanto constituiría una nueva discriminación en razón de la nacionalidad de la persona.

3.3 Reflexiones sobre las prácticas indebidas en el procedimiento de determinación de la condición de refugiado. Violación del debido proceso

La mayor parte del procedimiento para la determinación de la condición de refugiado de un solicitante de asilo es llevada a cabo por la Secretaría de CEPARE, la cual funciona dentro de la órbita de la Dirección Nacional de Migraciones, Ministerio del Interior. Absolutamente todos los actos procedimentales —entrevistas, otorgamiento de residencias precarias durante el transcurso del trámite, recolección de datos sobre la situación objetiva del país de origen del solicitante, pedidos de informes a otras dependencias del estado, elaboración de informes de preelegibilidad, etcétera— son dirigidos por este órgano, el cual adolece de enormes fallencias en cuanto a idoneidad técnica y recursos técnicos y financieros.

Uno de los principales problemas que atentan contra un procedimiento respetuoso de los derechos de los solicitantes de asilo, es que todo el trámite de determinación de la condición de refugiado lo realiza la mencionada Secretaría, mientras que la palabra final en cuanto al reconocimiento del estatus de refugiado lo tiene el CEPARE el cual —como regla— no entrevista a los solicitantes, sino que simplemente se limita a la lectura del expediente que es elevado previamente por la Secretaría.³² Esto significa que no existe intermediación entre la petición realizada ante un empleado y lo decidido por personas que no tienen —en la gran mayoría de los casos— contacto con los solicitantes.

Teniendo en cuenta que buena parte de los solicitantes de asilo tienen un bajo nivel de alfabetización o prácticamente no conocen el idioma español, otro de los aspectos que atenta gravemente contra los derechos de

³² Sobre la base de las entrevistas realizadas a los peticionantes (con las modalidades y defectos que señalaremos más adelante), la Secretaría elabora un informe de preadmisibilidad y es sobre la base de dicho informe que la mayoría de los casos son resueltos.

las personas en casos de solicitud de asilo se refiere al derecho a ser "asistido gratuitamente por un traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal". Este derecho no es respetado en el procedimiento ante el CEPARE, ya que al solicitante de asilo se le pide que si no sabe hacerse entender en español, él mismo debe garantizar el traductor o intérprete. Esta omisión ha ocasionado diversas irregularidades y violaciones del derecho a la defensa, a ser oído y al debido proceso.

A modo de ejemplo, hemos detectado que en ciertos casos de entrevistas a solicitantes provenientes de Senegal, las mismas se realizan en español. Estas entrevistas realizadas por personal de la Secretaría se encuentran transcritas en los expedientes y al final de ellas puede leerse: "No siendo para más, se da por finalizado el acto, el solicitante lee, ratifica lo manifestado y firma", sin tener en cuenta no sólo que la lengua natal de los solicitantes no es el español ni la comprenden (ni siquiera el francés que es el idioma oficial del país), sino que estas personas hablan los dialectos Mandige y Wolof y que incluso en algunos casos no saben leer ni escribir.

En casos como los señalados se invierte la carga de la prueba en perjuicio de los solicitantes, requiriéndosele que "a los efectos de ampliar sus declaraciones [...], si no domina el idioma español, se solicita concurrir acompañado de un intérprete o traductor".³³

Por otro lado, ante el rechazo de la solicitud de refugiado, procede un recurso administrativo que no garantiza el principio de imparcialidad. En tal sentido, cuando el solicitante presenta el recurso jerárquico ante el Ministerio del Interior, interviene en primer lugar la Secretaría de Derechos Humanos. Si se produce una divergencia de opinión entre esta Secretaría y el Ministerio del Interior, el caso es remitido al CEPARE para que se expida nuevamente. De esta manera, la resolución del recurso es decidida por el mismo órgano que ha dictado la decisión que se impugna, situación que vulnera el derecho a ser juzgado por un órgano imparcial, así como también la garantía de la doble instancia.

A su vez, otra de las graves falencias del procedimiento es la falta de fundamentación de las decisiones. A partir del trabajo de la Clínica Legal

³³ En este sentido, el *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado* en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados elaborado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados —ACNUR—, recomienda que los procedimientos se ajusten a determinados requisitos básicos, que permitan ofrecer al solicitante ciertas garantías esenciales; entre ellas: "... iv) debe proporcionarse al solicitante los medios necesarios, incluidos los servicios de un intérprete calificado, para presentar su caso a las autoridades competentes".

por los Derechos de los Inmigrantes y Refugiados (donde generalmente acuden los solicitantes de asilo que reciben el rechazo de su petición), se ha constatado un grave déficit en el momento de la fundamentación del acto administrativo que rechaza la solicitud de asilo. Entre otras cosas, el CEPARE omite incorporar al expediente información sobre la situación objetiva del país del cual ha salido el solicitante, aunque igualmente hace alusión a "la situación objetiva" entre los motivos de la denegatoria.

Resta señalar que un procedimiento de tales características significa poner en serio riesgo el derecho a la vida y a la integridad física de los solicitantes violando así el *principio de no devolución*, regulado en la Convención de 1951 y en diversos tratados de derechos humanos, y considerado una norma imperativa del derecho internacional.

Consideraciones semejantes, motivaron al CERD a recomendar al Estado argentino "a asegurar que se adopte nueva legislación sobre elegibilidad para el Estatuto de refugiado y sobre derechos de los refugiados, y específicamente sobre métodos para la determinación del Estatuto de refugiado y derechos de revisión. El Comité recomienda que el Estado Parte provea más información en este aspecto en su próximo informe periódico."³⁴

3.4 Problemas de rechazo en frontera. Ausencia de capacitación a funcionarios

Un serio problema que se advierte con suma preocupación es la inexistencia de políticas de Estado dirigidas a la capacitación de funcionarios en zonas de pasos fronterizos en los últimos años, respecto de los principios y normas vigentes en materia de solicitantes de asilo. Particularmente, actos de rechazo en frontera revelarían no sólo el desconocimiento de un procedimiento básico en esta temática, sino también, y esto es muy grave, la violación del mencionado *principio de no devolución*, al denegar el ingreso a personas que pudieran ver en serio riesgo su vida o integridad física al ser devueltos a sus países de origen.³⁵

En este sentido, el CERD ha sido claro al observar "con preocupación los casos reportados sobre devolución de refugiados y la presunta negación de procedimientos justos en la determinación del Estatuto de refugiado".

³⁴ Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, observaciones Finales: Argentina, agosto de 2004, CERD/C/65/CO/1, párr. 13; (la traducción es nuestra)

³⁵ Según el diario *La Capital* (Rosario) del 26 de mayo de 2004, esto es lo que ocurrió en el caso de tres niños nigerianos que llegaron como polizones al puerto de San Lorenzo y que habrían sido deportados (cfr. <www.lacapital.com.ar/2004/05/26>).

Como consecuencia de ello, el Comité ha invitado "al Estado Parte a incrementar sus esfuerzos para el cabal respeto del artículo 5 de la Convención y del principio de no devolución de refugiados y a mejorar las condiciones de protección y salvaguardia, incluyendo la disponibilidad de intérpretes, particularmente en aeropuertos y en otras zonas de fronteras",³⁶

3.5 La falta de políticas de integración social

Por otro lado, el Estado no ha diseñado ni implementado política alguna tendiente a facilitar la integración del refugiado y del solicitante de asilo en la sociedad argentina. Tanto en lo que se refiere a los programas de inserción social, como a los de inserción laboral y vivienda, se observa una falta casi absoluta de visión a escala nacional y con proyección de futuro. No existe programa alguno de asistencia, pues casi todas las acciones puestas en marcha se deben a los esfuerzos de la oficina del ACNUR con sede en Buenos Aires. Esta situación se ve agravada por la falta de acuerdos en materia de reconocimiento de estudios, títulos y grados (revalidación de títulos) con los países de los que actualmente proceden los refugiados.

En tal sentido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha destacado, al analizar el informe del Estado argentino, "que no se ha aportado ninguna información sobre la existencia de políticas y programas para facilitar la integración socio-económica de refugiados y solicitantes de asilo en el Estado parte".³⁷

Al respecto, debemos señalar que una obligación central de todo Estado que haya ratificado la Convención de 1951 es la de asegurar una solución duradera a la persona, obligación que no se circunscribe al mero otorgamiento del estatus de refugiado, sino que requiere la implementación de medidas dirigidas a la integración social de la persona.

4. Conclusión

La nueva ley de migraciones, sin lugar a dudas, constituye un significativo avance en relación con la debida protección de los derechos de los migrantes. Si bien el texto de la ley contiene aspectos cuestionables o problemas no resueltos, podemos destacar que el Congreso argentino ha saldado

³⁶ CERD, cit., párr. 13 (la traducción es nuestra).

³⁷ *Ibidem*.

la deuda que tenía en esta materia desde el retorno a la democracia al derogar la nefasta "Ley Videla". A su vez, derechos esenciales de los migrantes (como salud, educación, debido proceso, acceso a la justicia) han sido receptados de forma amplia y positiva. Otras disposiciones (decretos, aprobación de tratados, etcétera) han confirmado el cambio de política iniciado en enero con la sanción de la ley.

Ahora bien, este cambio normativo plantea y exige serios desafíos para su efectiva aplicación y cumplimiento. Entre esos retos, una política de Estado de difusión, información y capacitación (a funcionarios y empleados públicos, pero también a toda la sociedad) resulta esencial. La adecuación de la legislación vigente con anterioridad, también debe ser abordada con la debida premura, tanto en el nivel nacional como provincial y municipal. Ambas cuestiones llevarán, entre otras cosas, a que los organismos públicos modifiquen su accionar, de modo tal de prevenir la violación de derechos humanos esenciales por parte de la misma práctica gubernamental. En el mismo sentido, es de esperar que el Congreso Nacional sea coherente en su accionar y evite volver a negar o restringir los derechos de los inmigrantes mediante una reforma de la reciente ley de migraciones.

En el ámbito de los solicitantes de asilo y refugiados, tanto la ausencia de una ley en la materia, como las irregularidades detectadas en relación con el debido proceso que debe respetarse a todo solicitante de asilo (consecuencia, en gran medida, de la ausencia de una ley), nos revelan la existencia de varias asignaturas pendientes del Estado en esta área. En el caso de que la persona finalmente obtenga la condición de refugiado, la falta de políticas que faciliten su integración social, dificulta seriamente la consecución de una solución duradera a quienes necesitan la protección del Estado.