

REVISTA DEL

Ministerio Público de la Defensa

editorial

foro de opinión

nuestra doctrina

planteos defensistas

informaciones



ISSN 1850-4027

AÑO VII - Nº 7 OCTUBRE 2012

Indice

- 3 Editorial**
Por Stella Maris Martínez
- 5 Foro de opinión**
Sobre los fundamentos de la igualdad y del reconocimiento. Una crítica de las políticas europeas de integración de la inmigración. *Por Javier de Lucas*
- 80 Migraciones y derechos humanos. La nueva agenda política.**
Por Diego Morales, Pablo Ceriani y Ana Paula Penchaszadeh
- Nuestra doctrina**
- 93 Defensa técnica eficaz y juicio abreviado.** *Por Mariano Juárez*
- 123 La inconstitucionalidad de la prohibición del otorgamiento de alojamiento a título oneroso a las personas en situación migratoria irregular.** *Por Marcos Ezequiel Filardi y Rosario Muñoz*
- Planteos defensistas**
- 133 Expediente Letra "F", N° 259, Libro XLVI, Año 2010, caratulado "Fuentes, Aurora Luisa s/ Medida Autosatisfactiva".** *Por Stella Maris Martínez y Julián Langevin*
- Informaciones**
- 171 Defensoría ante la CSJN. Sistematización Temática de Fallos. 2005-2011.** *Por Tamara Acri, Mariela Barresi, Juan Lucas Finkelstein Nappi, María Macarena Flores, Guillermo Gobbi, Guadalupe Jantus, Marcela Panatti, Christian Sueiro, Ignacio Tedesco, Sebastián Velo y Julián H. Langevin.*

AÑO VI - N°7 - OCTUBRE 2012

ES UNA PUBLICACIÓN DEL
MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA

Defensoría General de la Nación
Av. Callao 970 Piso 6°
Ciudad Autónoma de Buenos Aires
C1023AAP
Tel.: (+5411) 4814 - 8417 / 22 / 23 / 52
Fax.: (+5411) 4814 - 8437

Editora: Stella Maris Martínez
Director: Gabriel Ignacio Anitua

Diagramación:
Subsecretaría de Comunicación Institucional.
Secretaría General de Política Institucional de
la Defensoría General de la Nación

Impresión:
Imprenta Ya S.A.

ISSN 1850-4027

Con especial satisfacción, presento el séptimo número de la Revista del Ministerio Público de la Defensa, que reúne los aportes de integrantes de nuestra Institución y de distinguidos académicos nacionales e internacionales, quienes aceptaron participar, con particular compromiso, en este canal de difusión de ideas y prácticas de la defensa pública.

La sección “*Foro de opinión*” abre con un extenso y minucioso análisis del Catedrático español, Prof. Dr. Javier De Lucas, sobre las políticas actuales en Europa relativas a la integración de los migrantes. Esta investigación, con marcada mirada crítica, es el producto del proyecto de investigación que obtuvo el primer premio Universitas-Javier de Landaburu, convocado por el Consejo Vasco del Movimiento Europeo (Eurobask) en su 10ª edición correspondiente a 2011. Como contracara de la realidad en el ámbito europeo, y manteniendo una perspectiva crítica, los Dres. Diego Morales, Pablo Ceriani y Ana Paula Penchaszadeh realizan un repaso de la política migratoria en nuestro país tras casi nueve años de vigencia de la Ley 25.871.

En la sección “*Nuestra doctrina*”, dos integrantes de la Comisión para la *Asistencia Integral y Protección del Refugiado y Peticionante de Refugio*, el Dr. Marcos Filardi y la Dra. Rosario Muñoz, proponen la inconstitucionalidad de la prohibición del otorgamiento de alojamiento a título oneroso a las personas en situación migratoria irregular establecida por la Ley 25.871. La crítica a esta previsión no deviene sólo del análisis teórico sino antes bien de la experiencia desarrollada en el ámbito de la Comisión, en aras de garantizar el derecho habitacional.

También en este acápite, aunque alejado de la temática específica de los derechos de los migrantes, el Dr. Mariano Juárez aporta una investigación sobre cuáles son los estándares de defensa técnica eficaz en materia de procedimientos abreviados. Para ello, utiliza fallos y doctrina reciente de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América.

Como he señalado en otras oportunidades, la sección “*Planteos defensistas*” propone difundir distintas presentaciones judiciales que por su contenido o resolución jurisdiccional resultan sumamente relevantes para la labor cotidiana de los integrantes de esta institución. Es así que se presenta el dictamen elaborado por la suscripta y el Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Julián Langevin, en el caso “*F.A.L s/ Medida Autosatisfactiva*”, recientemente resuelto por el máximo Tribunal de nuestro país. Este importante fallo contiene expresas directrices para todos los poderes del Estado, en punto a garantizar los derechos de las mujeres en supuestos de aborto no punible.

Finalmente, el apartado “*Informaciones*” contiene una sistematización temática de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (dictados entre los años 2005 y 2011), elaborada por el área penal de la Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sin duda, se trata de un insumo fundamental para la actualización profesional en materia penal.

Una vez más, corresponde señalar la firme convicción de

nuestra Institución para difundir estas ideas y contribuir al debate público en torno a los diversos desafíos que asume la defensa oficial en aras de garantizar el acceso a justicia de los sectores vulnerables. Sólo resta invitar nuevamente al lector a participar en este espacio de diálogo y a reencontrarnos en la próxima edición de la Revista del Ministerio Público de la Defensa.

Migraciones y derechos humanos. La nueva agenda política

Diego Morales, Pablo Ceriani y Ana Paula Penchaszadeh¹

Tal vez nada ilustre mejor los dilemas actuales de la política migratoria que la tentación de seguir hablando de la “nueva” Ley de Migraciones. En efecto, esta “tentación” remite a las dificultades asociadas a la implementación efectiva de las reformas jurídicas y a la difícil cristalización en la “realidad”, en las instituciones y en las prácticas, de los cambios que, en *la letra*, proponen y prometen las normas. La ley 25.871 ya tiene más de 8 años de vigencia, por lo tanto, se impone la necesidad de hacer un balance crítico respecto de sus logros que, sin duda, son muchos e importantísimos, y, también, de sus fallas y trabas tanto “estructurales” (asociadas a lo que “dicen” la ley y su reglamentación) como “prácticas” (vinculadas a la forma en que se “pervierte” el espíritu de la ley en su aplicación efectiva en los distintos niveles estatales).²

A fines de 2003, con la aprobación de la ley 25.871, se inicia una nueva etapa en la historia de la política migratoria argentina. Esta importante decisión, producto –en gran parte– de propuestas y reclamos que durante años habían planteado numerosas organizaciones de la sociedad civil, significó un cambio trascendental respecto de la lógica restrictiva, discriminatoria y excluyente que caracterizó la política del país hasta ese momento. Al modelo de gestión policial sobre este tema, basado en la doctrina de la seguridad nacional, que definió la última dictadura militar (a través de la denominada “Ley Videla” –vigente durante veinte años de democracia) generando las condiciones para que un número alarmante de migrantes viviese en condiciones de irregularidad migratoria, se le opone hoy un modelo de gestión “hospitalaria” acorde con los estándares internacionales de derechos humanos.

En principio, la Ley de Migraciones y su Reglamento reconocen la migración como un derecho humano e imponen al Estado la obligación de establecer mecanismos de regularización migratoria, garantizar el acceso a la justicia en todo trámite de expulsión o detención y eliminar distinciones en el acceso a derechos sociales entre nacionales y extranjeros. Esto es cierto a medias y se ha cumplido en los últimos años de forma relativa. Como se intentará demostrar a lo largo de este artículo: a) si bien el migrar es un derecho humano, se imponen restricciones y limitaciones, en especial, pero no exclusivamente, a los migrantes “extra-mercosur”, que contradicen en la práctica la supuesta prioridad estatal de regularizar la situación migratoria de los extranjeros en Argentina; b) son persistentes y claros los abusos y arbitrariedades en la administración y en la interpretación

¹Diego R. Morales es Director Área derechos económicos sociales y culturales e inclusión del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) e investigador consulto del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Lanús (CDH/UNLa), Pablo Ceriani es director del Programa de Migraciones y Derechos Humanos del CDH/UNLa, Ana Paula Penchaszadeh es investigadora del Conicet/IIIGG e investigadora consulta del CDH/UNLa.

²Las reflexiones contenidas en el presente artículo recogen un gran parte de la información contenida en el capítulo sobre migraciones del Informe Anual del CELS - 2012.

de la normativa para realizar el control migratorio (detenciones “durante” el procedimiento migratorio, preocupante extensión indebida del “rechazo en frontera”, deportaciones de facto, exigencias abusivas de documentación para la realización de los trámites migratorios, entre otros); y c) se siguen haciendo distinciones de nacionalidad para la determinación del acceso y goce de derechos sociales básicos reconocidos por la ley universalmente (para nacionales y extranjeros indistintamente, y sin perjuicio de la condición migratoria).

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

La realidad migratoria argentina: algunos datos importantes a tener en cuenta

De acuerdo con el Censo Nacional de Población de 2010, el número de residentes extranjeros en Argentina aumentó en los últimos diez años del 4,2% al 4,5% del total de la población. Este crecimiento se asienta en una presencia sostenida de la inmigración latinoamericana, que comprende 1.470.000 de los 1.800.000 re-

sidentes no nativos. De manera consistente con el censo del año 2001, la migración más dinámica y activa proviene en mayor medida (75%) de Paraguay, Bolivia y Perú. 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 14 años, suman casi 130.000 (el doble que en el censo 2001) y representan el 9% del total. Esta mayor presencia de niños sugiere una migración que proyecta su futuro en Argentina.³

Como señala la investigadora María Inés Pacceca⁴, los factores que inciden en la modificación de estas estadísticas son diversos, pero, entre ellos, son determinantes los factores económicos, es decir, la percepción de menores posibilidades de desarrollo en los países de origen y mayores oportunidades de empleo en Argentina. Es claro que existe una regulación de las migraciones por medio del reconocimiento de derechos; fórmula que resuelve situaciones históricas de desventajas y discriminaciones⁵, especialmente, en el caso de inmigrantes provenientes del Mercosur.

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 no sólo era uno de los compromisos asumidos en el caso litigado por el CELS ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁷, sino que complementó de forma esencial las definiciones basadas en derechos humanos previstas en la Ley 25.871. Asimismo, su ratificación supuso el establecimiento de un mecanismo de evaluación y supervisión de la política migratoria argentina central, al que nos referiremos más adelante.

En mayo de 2010, la presidente Cristina Fernández firmó el Decreto reglamentario n° 616/2010 de la Ley de Migraciones. Su texto fue elaborado por una comisión asesora conformada, en junio de 2008, por el Poder Ejecutivo, organizaciones de derechos humanos (entre ellas, el CELS), representantes de Naciones Unidas (el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados –ACNUR–, la Organización Internacional para las Migraciones –OIM–) y organizaciones religiosas (Centro de Estudios Migratorios Latinoamericanos).⁸ Entre otras medidas, el reglamento redujo el margen de discrecionalidad administrativa para recha-

³María Inés Pacceca, “Análisis del Censo Nacional de Población del año 2010”, inédito. Pacceca es profesora e investigadora de la Universidad de Buenos Aires, y nos anticipó su documento de análisis para la elaboración de este artículo.

⁴Ibid.

⁵Para 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.

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

⁷Véase 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.

⁸Entre 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 a 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.

zar en frontera el ingreso de personas;⁹ incorporó y precisó criterios migratorios que no estaban previstos en la ley; incluyó el deber de aplicar la convención de trabajadores migratorios y sus familias, en todo lo que sea más favorable que la propia ley;¹⁰ reiteró la necesidad de garantizar que la retención judicial de migrantes fuese excepcional en procedimientos migratorios;¹¹ 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, asegurando así una mejor y mayor protección de los derechos de los migrantes.

Vale la pena remarcar, en este sentido, que la Defensoría General de la Nación, con el apoyo de diversas organizaciones de derechos humanos, creó en 2007 la Comisión del Migrante¹³ y la Comisión para la Asistencia y Protección de los Refugiados¹⁴. Ambas fijaron una agenda de trabajo para dar respuesta a las necesidades de la población migrante 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 importantes espacios 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. Se citaron, en aquella oportunidad, el derecho a la reunificación familiar y el derecho de los extranjeros de solicitar su ingreso en 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 Argentina para solicitar la ciudadanía no refiere a residencia legal sino a la acreditación de la residencia efectiva en Argentina.¹⁶

A modo de reflexión preliminar, y arriesgando una interpretación más profunda del conjunto de reformas e innovaciones que se han producido en la última década, tanto en Argentina como en la región del Mercosur, conviene detenerse en un proceso que pareciera estar marcando el pulso de la nueva política migratoria: la latinoamericanización. En la década de los '90, producto en parte de las políticas de ajuste estructural, se enfatizaron los aspectos negativos de la “latinoamericanización”. *Latinoamericanizarse* significaba sin más el naufragio de la clase media y la pauperización/polarización de la sociedad. Los inmigrantes de “baja calidad”, nuestros vecinos latinoamericanos (“pobres”, “sucios”, “delincuentes”, “violentos”) representaron una de las caras visibles de los “desechos” del modelo neoliberal. Se despertaron por doquier los estereotipos coloniales latentes y la amenaza del “desierto”, esta vez encarnado por los países latinoamericanos limítrofes (con su pobreza, desorden y anarquía). Se podría decir que este proceso comienza a revertirse con el nuevo milenio, al

⁹Decreto reglamentario 616/2010, art. 35.

¹⁰Ibid., arts. 10 y 23, inc. a.

¹¹Ibid., art. 70.

¹² Ibid., art. 9.

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

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

¹⁵CSJN, Fallos, 330:4454.

¹⁶Ibid., 332:1466.

punto de que la única vía confiable para lograr la independencia hoy, al menos en la retórica de los países de la región, pareciera consistir en una reorganización e integración de la región y en un fortalecimiento del vecinazgo latinoamericano. El Mercosur, en base a una alianza de gobiernos más progresistas que en años anteriores, ha redefinido el espacio político latinoamericano a partir de una integración que, a todas luces, parece positiva en términos de mayores facilidades para la circulación de las personas, aunque aún presenta enormes desafíos pendientes en este campo. En tal sentido, el programa Patria Grande y la nueva ley de migraciones promueven y favorecen una extranjerización de la ciudadanía palpable en muchos aspectos.

Sin embargo, como se mostrará en este artículo, son muchos los obstáculos que aún deben vencerse para que se apliquen de manera amplia los derechos contenidos en la normativa vigente. En este punto, a la gran política estatal, plasmada en leyes nacionales y convenciones y pactos regionales e internacionales de carácter claramente "hospitalario", se le oponen prácticas micropolíticas y burocráticas claramente discriminatorias y xenófobas. Sigue vigente y actual, entonces, una *política* de los derechos humanos atenta y vigilante a la discriminación de los extranjeros y extranjeras que pareciera ser inextirpable y latente en nuestras democracias contemporáneas. Un claro ejemplo de la persistencia de estos elementos "regresivos" y "hostiles", contra las poblaciones migrantes del Mercosur (que arruina de antemano una consideración romántica de la "latinoamericanización"), pudo observarse en el rebrote xenofóbico que tuvo lugar en el marco del conflicto habitacional del Parque Indoamericano. Por otro lado, en términos de la política de derechos humanos, también es preciso prestar atención a todas aquellas personas que no se encuentran comprendidas en la "nueva región" ni en la lógica de reciprocidades del Mercosur: ¿qué está pasando y qué podría pasar con todos aquellos que son categorizados como "extramercosur"? Pues, no vaya a ser que, poniendo el énfasis en el inédito proceso de integración y extensión recíproca de derechos en el Mercosur, se invisibilice el carácter excluyente de la nueva frontera (aquí habría que pensar, por ejemplo, en los "errores" de la integración europea y evitar emular acuerdos como el de Schengen).

En suma, indagar si las decisiones políticas,

institucionales y jurisprudenciales en materia migratoria 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 Argentina en la actualidad, desde la perspectiva de los derechos humanos.

La regularización ¿para todos, para algunos, derecho u obligación?

En materia de la gestión migratoria para acceder a una residencia formal en Argentina, los migrantes encuentran obstáculos y dificultades asociados a la falta de implementación efectiva o a la mala o inconsecuente interpretación de las reglas establecidas. De este modo, las fallas en el diseño de políticas de regularización representan algunas de las deficiencias burocráticas que impactan negativamente sobre la situación jurídica de los migrantes. Nos tendremos aquí en los problemas que enfrentan aquellos migrantes contemplados por el Programa Patria Grande, por un lado, y en los problemas u obstáculos que deben sortear los migrantes extra-Mercosur, por otro.

Las estadísticas disponibles revelan un avance significativo de los trámites de regularización migratoria desde la sanción de la Ley de Migraciones y del decreto reglamentario. Desde 2004 hasta diciembre de 2011, se han iniciado 1.383.855 trámites de radicación y se resolvieron más de 1.198.280 expedientes. Dentro de estos trámites se incluye el programa de regularización migratoria Patria Grande que parece haber dado respuesta a los obstáculos y costos excesivos que se les imponían a los migrantes para radicarse antaño. No obstante, nos interesa destacar que subsisten dificultades en la implementación e interpretación de la ley que limitan el efectivo acceso a la radicación en Argentina, sea en programas de regularización específicos o con relación a grupos que pertenecen a ciertas nacionalidades.

La nueva Ley de Migraciones 25.871 se dictó, como señalamos, en un contexto en que existía un número muy alto de personas en situación migratoria irregular –sobre todo de países limítrofes y de Perú–, cuestión que constituyó uno de los principales desafíos de la ley vigente. En el art. 17, la ley establece que "El Estado proveerá lo conducente a la adopción e

¹⁷Decreto 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."

¹⁸En 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 parte del Mercosur, Chile y Bolivia, con autorización para permanecer en el país por dos (2) años, prorrogables con entradas y salidas múltiples". Por disposición de la Dirección Nacional de Migraciones 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.

¹⁹Según 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.

implementación de medidas tendientes a regularizar la situación migratoria de los extranjeros"; el Decreto reglamentario 616/2010, por su parte, precisó aún más las obligaciones legales de la autoridad migratoria para cumplir con esa medida.¹⁷

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 derecho a residir por parte de los nacionales de los países del Mercosur o asociados.¹⁸ 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 mayo de 2008, de acuerdo a los términos del Decreto 578 de 2005. El Estado calculaba regularizar a cerca de 750.000 migrantes.¹⁹

En agosto de 2010, más de cuatro años después de la implementación de Patria Grande, la Dirección Nacional de Migraciones²⁰ 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 difusión de la 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, pueden señalarse como principales causas.

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 un orden de expulsión del territorio, lo cual no es fiel ni a la letra ni al espíritu de la ley vigente. Como ejemplo, cabe mencionar el caso de una mujer de nacionalidad uruguaya,²² con residencia en la Argentina desde 1986 e 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 –según la autoridad migratoria–, no había dado cumplimiento a la intimación de regularizarse en el marco del programa Patria Grande.

Frente a esta situación, cabe preguntarse si serán expulsados los nacionales del Mercosur o países asociados que no

hayan finalizado el programa de regularización 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”.²³

En otro orden de cosas, en los últimos años, se ha constatado el aumento de los flujos migratorios extra-Mercosur hacia Argentina. Aun cuando las cifras siguen siendo considerablemente inferiores respecto de las migraciones provenientes de los países limítrofes y otras naciones sudamericanas, también se ha evidenciado un arribo creciente de migrantes de otras regiones: migrantes africanos vía marítima o aérea, así como personas de países centroamericanos y caribeños.²⁴

Respecto de los problemas que deben enfren-

tar los migrantes extra-Mercosur, para regularizar su situación migratoria, es preocupante, en particular, la situación de tres comunidades. Nos referimos aquí a la situación de las personas provenientes de Senegal, Haití y República Dominicana, cuyos problemas han sido abordados por un grupo de organizaciones sociales e instituciones públicas, desde 2010.²⁵ Al no poder contar con una autorización de residencia con base en algunos de los criterios previstos en la ley migratoria, se encuentran realmente al margen de la protección ofrecida por la ley. Muchas de estas personas se hallan, precisamente, en la situación de vulnerabilidad que la ley migratoria debería revertir, en especial, a través del derecho a la residencia formal (que funciona como un “derecho a tener derechos” básicos).

En este punto, cabe remarcar que el Estado ha tomado en cuenta la necesidad de buscar alternativas de regularización de migrantes extra-Mercosur. 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 migratorio de cooperación y regularización 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 encontrar una solución para que la situación de irregularidad de los migrantes senegaleses que hayan ingresado ilegalmente al Estado parte no persista”.²⁶

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”, se ha comprobado que a aquellas personas de República Dominicana que solicitan residencia permanente por matrimonio con un nacional argentino se las obliga a presentarse con su cónyuge ante la Dirección Nacional de Migraciones para tomar declaración a ambos por separado.²⁷ En la citación no se especifican ni se justifican los motivos ni los objetivos de esa declaración; tampoco se les advierte

²³Véase 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.

²⁴Véase 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 http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/docs/ngos/Contrainforme-CELS_CMW15_Argentina.pdf

²⁵Expediente administrativo 168269/2010.

²⁶Véase Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios, documento citado, párrafo 34, inc. b.

²⁷Este apartado se basa, en parte, en el Documento elaborado por diversas organizaciones no gubernamentales, entidades académicas y asociaciones de migrantes, organismos públicos (UNLA, CELS, IARPIDI, CAREF, Cinemigrante, Defensoría General de la Nación, entre otras), que fuera presentado ante la Dirección Nacional de Migraciones el día 27 de mayo de 2011, bajo el título “La ley migratoria, el derecho a migrar y el acceso a la residencia: una ley para todos, un derecho universal”.

²⁸Entre 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 Peticionario 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.

²⁹Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios, documento citado, párrafo 24, c.

³⁰La “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 CA-REF. 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 para los Derechos Humanos y 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 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.

²⁸De 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

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 Argentina, negando así 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.²⁸ También sustenta la realización de entrevistas en el decreto reglamentario de la citada ley de procedimientos administrativos.²⁹ 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.³⁰ 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 el procedimiento que debieran seguirse para la realización de medidas de prueba que tiendan a descartar esas sospechas o dudas razonables.

Además de estas situaciones que revelan la falta de implementación efectiva y de interpretación acorde de las normas que regulan las migraciones en Argentina, aún está pendiente la puesta en práctica del criterio de trabajador migrante sin contrato de trabajo o por cuenta propia, central para facilitar la regularización de la situación migratoria de personas provenientes de países extra-Mercosur. Tal como han afirmado 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; éste 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".³¹ En la actualidad, este tipo de trabajadores migratorios 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".³²

Abusos y arbitrariedades en la administración e interpretación del control migratorio

La autoridad migratoria ha considerado que los antece-

dentes migratorios de los migrantes de países extra-Mercosur, en particular, y la falta de documentación que acredite su ingreso al país, constituyen por sí mismos elementos para declarar la irregularidad migratoria y ordenar 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 éste se refiere sólo a aquellos casos en los que la autoridad migratoria intercepte a una persona en esa situación en el momento de ingreso inmediato al país o en el intento de ese ingreso. Por el contrario, este criterio no puede aplicarse para evaluar la permanencia de una persona

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”.

²⁹Decreto 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”.

³⁰Ibid., 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.”

³¹Convención 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 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”.

³²Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios, documento citado, párrafo 23, inc. c.

³³Causa 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.

³⁴En 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

ya ingresada en el país, como es el caso de muchos de los residentes de Senegal en 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, confundiendo así la aplicación de los impedimentos de ingreso y con las condiciones de 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 varios 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 se requirió la intervención para detenerlo.³³

Un caso similar tuvo lugar, en junio de 2011, en otro proceso de hábeas corpus iniciado ante la detención de varias personas de nacionalidad china. La Cámara 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.³⁴

Recientemente, una nueva situación alertó sobre la continuidad de la práctica de detención y expulsión de personas de nacionalidad senega-

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 toman 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.

³⁵La participación de fuerzas de seguridad provinciales es, precisamente, uno de los temas más cuestionados en Estados Unidos en relación con las leyes migratorias draconianas

lesa, 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. Según los testimonios recabados, tampoco siquiera se inició un procedimiento administrativo, siendo trasladados desde Maimará hacia la frontera y enviados a Bolivia sin proceso alguno. Otra cuestión grave del caso es que las personas fueron sometidas a un control migratorio y seguidamente detenidas varias horas por la policía provincial, quien no tiene competencia para actuar como policía migratoria auxiliar.³⁵

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 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 Argentina, tal como prevé el mencionado art. 61; de esta forma, se actúa 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".³⁶ 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 Argentina, obliga a la presentación de acciones judiciales de impugnación de la expulsión.

También es posible advertir que la falta de aplicación de las condiciones y procedimientos previstos en el artículo 61 de la ley 25.871, el derecho a la reunificación familiar y la causal que limita la permanencia de las personas extranjeras establecida por el inc. c del art. 29 de la mencionada ley emerge en el ámbito judicial. En un fallo de 2010 la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal (CNACAF)³⁷ confirmó el rechazo a un amparo presentado por una persona sobre la que pesaba una orden de expulsión por haber sido condenada a la pena de cinco años de prisión. Esta persona tenía una familia conformada por su mujer argentina 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.

Conviene indicar que en el mes de septiembre del año 2011, el Comité de Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias, en su primera evaluación sobre la situación de los migrantes en Argentina, con relación al cumplimiento de las obligaciones de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias, señaló lo siguiente: *“Preocupa al Comité que la Dirección Nacional de Migraciones no toma en consideración las circunstancias personales, familiares y*

adoptadas en 2010 y 2011 por estados ultraconservadores como Alabama, Arizona y Georgia.

³⁶Ley 25 871, art. 29.

³⁷Nos 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.

³⁸En el ámbito del sistema interamericano de protección de derechos humanos la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, analizó situaciones en las que se encuentran en tensión estos principios. Por ejemplo en el caso publicado en el Informe No. 81/10 del 12 de julio del año 2010, la Comisión señaló que: “La Comisión Interamericana ha reconocido regularmente que --de acuerdo al derecho internacional-- los Estados Miembros tienen la facultad de controlar el ingreso, residencia y expulsión de no ciudadanos. En consecuencia, en su Informe de Canadá la CIDH expresó que “el Estado indudablemente tiene el derecho y el deber de mantener el orden público a través del control del ingreso, la residencia y la expulsión de extranjeros. El Estado tiene razón cuando nota que bajo ciertas circunstancias, el derecho individual protegido bajo la Declaración Americana puede estar limitado por el interés de “la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”. (...) “Por otro lado, la CIDH ha alertado que “en el ejercicio de este derecho a expulsar a extranjeros, los Estados miembros deben tener en cuenta ciertas protecciones que consagran valores fundamentales de las sociedades democráticas.” Con este fin, la CIDH ha observado que “la política de inmigración debe garantizar a todos una decisión individual con las garantías del debido proceso; debe respetar el derecho a la vida, a la integridad física y mental, familiar y el derecho de los niños a obtener medios especiales de protección.” (...) “De conformidad con el derecho internacional, la Comisión Interamericana ha encontrado que en esta área no son absolutos, ni el ámbito de acción del Estado ni los derechos de una persona que no es ciudadana. En cambio, la CIDH ha coincidido con muchos órganos internacionales en que debe haber una prueba de equilibrio, conforme a la cual se pesa el interés legítimo del Estado de proteger y promover el bienestar general vis-a-vis los derechos fundamentales de los residentes no ciudadanos, tales como el derecho a la vida familiar”.

profesionales o la duración de la permanencia en el Estado parte de los migrantes, y se limita a fundamentar las órdenes de expulsión en los impedimentos legales para el ingreso y la permanencia legales de los migrantes (artículo 29 de la ley de migraciones)...”

En definitiva, la tensión entre el alcance de la potestad pública para decidir qué criterios habilitan la expulsión de migrantes del territorio argentino y el grado de reconocimiento de los derechos humanos de éstos, exige el desarrollo y conclusión de un juicio de ponderación que asuma las reglas establecidas en la mencionada ley de migraciones y en tratados internacionales de derechos humanos.³⁸

¿Acceso universal y sin distinciones a los derechos sociales reconocidos en la Ley de migraciones?

Es preciso remarcar, también, 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 normas que establecen distinciones entre nacionales y extranjeros en el acceso al derecho a la seguridad social (en especial, a las pensiones por discapacidad o a la vejez). Asimismo, 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.

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 relación con el 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".³⁹ No obstante, existen otros espacios institucionales en los que el reconocimiento de derechos sociales de los migrantes contemplado por la ley presenta diversos obstáculos.⁴⁰ Nos 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.

Respecto de otros derechos, 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 Argentina gestionadas por el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación: a la vejez, por invalidez y a madres de siete o más hijos.⁴¹ Estas pensiones están destinadas a personas que se encuentran en estado de extrema vulnerabilidad social.⁴² En 2007, la CSJN, en el caso litigado por el CELS, consideró que estas pensiones asistenciales forman parte del derecho a la seguridad social y que, por lo tanto, son un derecho y no un favor discrecional del Estado.⁴³

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, 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 es a todas luces injustificada y, en consecuencia, discriminatoria en razón de la nacionalidad.

Estas distinciones y exigencias especiales, en el marco del caso Reyes Aguilera, fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema de la Nación,⁴⁴ 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.⁴⁵ 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 con-

³⁹La ley fue publicada el 27 de diciembre de 2006.

⁴⁰Véase 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. En seguimiento a este diagnóstico, desde inicios de 2011, el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Lanús y Unicef 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 Argentina.

⁴¹La 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.

⁴²La 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".

⁴³CSJN, "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.

⁴⁴Id.

⁴⁵Para un detalle de los antecedentes del caso, véase CELS, ob. cit., en *Informe 2005*.

secuencia, 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 a 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 2011⁴⁶, 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.

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,⁴⁷ o la Defensoría del Pueblo de la

Ciudad Autónoma de Buenos Aires,⁴⁸ se han pronunciado a favor de una reforma, subsisten estas normas reglamentarias.

Es importante señalar, en este sentido, 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”.⁴⁹

Respecto de la Asignación Universal por Hijo (AUH), 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 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 franca contradicción con los objetivos de la AUH. Entre los requisitos a cumplir para acceder a ella, el decreto requiere que el niño sea argentino, hijo de argentino nativo o por opción, naturalizado o residente con residencia legal en el país, no inferior a tres años previos a la solicitud.

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 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 Argentina.

Ante esta situación, el Comité de Derechos

⁴⁶Juzgado 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.

⁴⁷Nota 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).

⁴⁸Véanse, 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.

⁴⁹Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios, documento citado, párrafo 30, inc. a.

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”.⁵⁰

Conclusiones

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.

En los últimos años, algunas herramientas pueden ser destacadas en la búsqueda de una aplicación e implementación efectiva de la ley. 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 Argentina. En el último tiempo, ciertas iniciativas políticas han sumado espacios para ampliar derechos de los migrantes. La propuesta Cine Migrante,⁵¹ la campaña “Aquí vivo, aquí voto”,⁵² las mesas de articulación sobre niñez migrante 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 lograr una implementación efectiva y una interpretación adecuada de las normas jurídicas vigentes. Persisten obstáculos en lo que se refiere a la regularización migratoria de determinadas comunidades o a la errónea interpretación de las reglas jurídicas vigentes. Asimismo, se advierte la existencia de distinciones para el acceso a ciertos derechos sociales que contradicen el espíritu de la legislación vigente. He aquí, entonces, la nueva agenda política en términos de los derechos humanos de los migrantes en Argentina: buscar una aplicación efectiva y amplia de la ley en todos los niveles estatales.

⁵⁰Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios, documento citado, párrafo 20.

⁵¹Véase www.cinemigrante.org

⁵²Véase blog de la iniciativa <aquivivoaquivoto.blogspot.com>.