

HERRAMIENTAS EUROSOCIAL

Aprendizajes en **COHESIÓN SOCIAL**

Protocolo de actuación para facilitar el acceso a la justicia a personas en contexto de movilidad humana para defensoras y defensores públicos en Argentina. Diagnóstico Final

DIEGO ACOSTA Y CARMEN MIGUEL



Financiado por
la Unión Europea



HERRAMIENTAS EUROSOCIAL

Aprendizajes en **COHESIÓN SOCIAL**

Protocolo de actuación para facilitar el acceso a la justicia a personas en contexto de movilidad humana para defensoras y defensores públicos en Argentina

DIEGO ACOSTA Y CARMEN MIGUEL



Edita:

Programa EUROsociAL
C/ Beatriz de Bobadilla, 18
28040 Madrid (España)
Tel.: +34 91 591 46 00
www.eurosoci.al.eu

Con la coordinación de:



FIIAPP, Gobernanza Democrática

Con el apoyo:



Ministerio Público de la Defensa República Argentina



Consejo General de la Abogacía Española

Imagen de cubierta: Ezequiel Bolomo

La presente publicación ha sido elaborada con el apoyo financiero de la Unión Europea. Su contenido es responsabilidad exclusiva de los autores y no necesariamente refleja los puntos de vista de la Unión Europea.



No se permite un uso comercial de la obra original ni de las posibles obras derivadas, la distribución de las cuales se debe hacer con una licencia igual a la que regula la obra original.

La información sobre los URLs y los enlaces a sitios web que figuran en la presente publicación se facilitan para comodidad del lector y son correctos en el momento de su publicación. El Programa EUROsociAL+ no asumen ninguna responsabilidad por la exactitud permanente de esa información ni por el contenido de ningún sitio web externo.

Índice

1. Introducción	7
2. Objetivo y presentación	9
3. Glosario.....	11
4. Comisión del Migrante.....	15
5. Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionario de Refugio	17
6. Normas internacionales y regionales de derechos humanos y normas nacionales aplicables a personas migrantes y refugiadas en Argentina.....	19
7. Ámbitos de actuación.....	25
7.1 Migrantes en situación administrativa irregular	25
7.2 El Estatus Jurídico de los ciudadanos MERCOSUR Ampliado	29
7.3 Refugio.....	31
7.4 Trata de seres humanos	39
7.6 Apatridia.....	42
7.7 Acceso a la Nacionalidad	44
7.8 Expulsiones	46
7.9 Penal	49
8.Recomendaciones.....	51
9.Algunas pautas concretas de actuación	59
9.1 Actuaciones con personas migrantes.....	59
9.2 Actuaciones con personas refugiadas y apátridas	64
Anexo I. Documentos de uso de la Comisión Migrante. Ficha de información personal y migratoria o entrevista inicial	73
Anexo II. Documentos de uso de la Comisión Migrante. Escrito “Ratifica gestión”	77
Anexo III Tabla de identificación de situaciones de vulnerabilidad	79
Diagnóstico Final	87
Asistencia técnica para la implementación a nivel nacional del Modelo Regional de Defensa de Personas en contexto de Movilidad (Argentina)	87
Contexto	87
Introducción	88
1. Regularización de Personas Migrantes en Situación Irregular.....	91
2. El Estatus Jurídico de los ciudadanos MERCOSUR Ampliado	92
3. Derechos de las personas no nacionales incluyendo a la reunificación familiar.....	94
4. Protección frente a la expulsión	97
5. Refugio.....	100
6. Fronteras.....	104
7. Programa Siria.....	105
8. Trata de Seres Humanos	105

9. Acceso a la Nacionalidad	106
10. Apatridia.....	107
11. Niños y niñas migrantes.....	107
12. Transversalización del enfoque de género en la defensa	109
13. Impacto COVID	110
14. Desafíos más allá de la defensa.....	111
Listado de personas entrevistadas	112

1. Introducción

Esta acción se enmarca en el acompañamiento del programa EUROsociAL de la Unión Europea a la Defensoría General de la Nación-DGN de Argentina. El objeto principal de la misma es brindar asistencia técnica para garantizar a las personas migrantes, refugiadas y apátridas el acceso a la justicia en Argentina fortaleciendo y haciendo más eficiente el uso de los recursos y las capacidades de Defensoras y Defensores Públicos del país.

Esta acción deriva de una asistencia técnica anterior prestada a nivel regional a la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas-AIDEP.

En una primera fase, la acción estuvo orientada a la elaboración de un diagnóstico de salida realizado por el equipo de expertos designado por el Programa EUROsociAL. Dicho diagnóstico fue revisado y debatido por las defensorías públicas de la región (*“Acceso a la Justicia de Personas en Contexto de Movilidad Humana Diagnóstico regional y buenas prácticas”*¹). El diagnóstico fue elaborado durante el primer semestre del 2020 y abarca trece países: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras, Guatemala, México, Paraguay, Perú y Uruguay.

En una segunda fase fueron elaborados los siguientes productos: un *Modelo de Defensa Regional para la Defensa de Personas en Contexto de Movilidad*² que recoge y precisa los insumos necesarios para conocer los estándares de derechos humanos aplicables para satisfacer las demandas de defensa jurídica de las personas migrantes y refugiadas y para conocer los elementos que se deben incluir para asegurar su implementación práctica; y *Elementos para la constitución de la Red Interamericana de Defensa a Personas en Contexto de Movilidad*³, elaborado a partir de la exploración del proceso de creación y funcionamiento de iniciativas similares existentes en la región y en la Unión Europea, y que contiene una propuesta de Reglamento para regular su funcionamiento interno.

La contraparte institucional de esta acción, el Ministerio Público de la Defensa de Argentina ha solicitado el apoyo y acompañamiento del Programa EUROsociAL + para la implementación del Modelo de Defensa Regional para la Defensa de Personas en Contexto de Movilidad en el plano nacional, mediante el desarrollo de un Protocolo de Actuación para la Defensa de Personas Migrantes y Refugiadas.

¹ [Acceso a la Justicia de Personas en Contexto de Movilidad Humana Diagnóstico regional y buenas prácticas](#)

² [Modelo de Defensa Regional para la Defensa de Personas en Contexto de Movilidad](#)

³ [Elementos para la constitución de la Red Interamericana de Defensa a Personas en Contexto de Movilidad](#)

2. Objetivo y presentación

El objetivo del protocolo es proveer a Defensoras y Defensores de un documento que pueda ser útil para abordar los casos que afectan a las personas en situación de movilidad humana proporcionando reglas de actuación que aseguren una mayor protección en el acceso a la justicia. A tal fin, la propuesta de protocolo se encuentra orientada principalmente a (i) mejorar los procedimientos y mecanismos de atención y asistencia, y (ii) fortalecer las capacidades institucionales de Defensoras y Defensores Públicos para facilitar el acceso a la justicia a personas migrantes y refugiadas y apátridas.

Contiene un glosario, una descripción del rol de la Comisión del Migrante y de la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionario de Refugio, y una relación de normas internacionales y regionales de derechos humanos aplicables a personas migrantes y refugiadas, así como una relación de normas nacionales.

El Protocolo distingue los siguientes ámbitos de actuación: (i) migrantes en situación administrativa irregular; (ii) estatuto jurídico de los ciudadanos de MERCOSUR ampliado; (iii) refugio; (iv) trata de seres humanos; (v) niños, niñas y adolescentes migrantes; (vi) apatridia; (vii) acceso a la nacionalidad; (viii) expulsiones y (ix) temas penales. Por último, se incluyen recomendaciones y algunas pautas concretas de actuación en relación con personas migrantes y refugiadas.

En anexo se incluyen documentos de uso de la Comisión Migrante (Anexos I y II) y asimismo acompaña al Protocolo una tabla de identificación de situaciones de vulnerabilidad para facilitar a Defensores y Defensoras la detección e identificación de personas migrantes y refugiadas en condición de vulnerabilidad (Anexo III).

3. Glosario

Persona apátrida

Persona que ningún Estado considera como nacional suyo, conforme a su legislación (Artículo 1 de la Convención sobre el estatuto de los apátridas, de 1954). El procedimiento para determinar la condición de persona apátrida está regulado en la Ley 27.512.

Derecho a la unidad familiar

La familia, elemento natural y fundamental de la sociedad tiene el derecho a vivir unida, recibir respeto, protección, asistencia y apoyo conforme a lo estipulado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (Artículo 16 (3)); la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Artículo 17); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966 (Artículos 17 y 23) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Artículo 1). La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha conceptualizado la familia de un modo amplio en su Opinión Consultiva 21/14 (apartado 272) dado que, en opinión de la Corte, no existe un solo modelo de familia.

Derecho internacional de los derechos humanos

Una serie de tratados internacionales adoptados desde 1945 han conferido una base jurídica y desarrollado el conjunto de derechos humanos internacionales. En el plano regional se han adoptado otros instrumentos que reflejan las preocupaciones específicas en esta materia y en los que se establecen determinados mecanismos de protección.

El derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que los Estados deben respetar. Los Estados que los ratifican asumen las obligaciones y los deberes, en virtud del derecho internacional, de respetar, proteger y realizar los derechos humanos. La obligación de respetarlos significa que los Estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de los mismos, o de limitarlos. La obligación de protegerlos exige que los Estados impidan abusos contrarios a los derechos humanos contra individuos y grupos. La obligación de realizarlos significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar el disfrute de los derechos humanos básicos.⁴

Derecho internacional de las personas refugiadas

Es el compendio de normas consuetudinarias y de instrumentos legales internacionales que establecen estándares de protección a los refugiados. La base del derecho internacional de los refugiados es la Convención de 1951 y su Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967. El derecho internacional de los refugiados, los derechos humanos y el derecho internacional humanitario se complementan entre sí.⁵

Persona migrante internacional

Si bien no existe una definición dentro del derecho internacional con relación al término persona

4 Definición de la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/internationallaw.aspx>.

5 Definición de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. Disponible en <https://help.unhcr.org/faq/es/how-can-we-help-you/derechos-y-obligaciones/>.

migrante internacional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha entendido por tal a toda persona que se encuentre por fuera del Estado del cual es nacional⁶.

Persona migrante en situación irregular

Se refiere a aquellas personas migrantes que ingresaron de manera irregular al territorio de un Estado del que no son nacionales, o en el cual han permanecido más allá del tiempo para el cual estaban autorizadas, o cuando los motivos que permitieron que una persona fuese admitida a un país ya no se mantienen.

Naturalización

Concesión de la nacionalidad por parte del estado argentino a un/a extranjero/a que cumpla los requisitos establecidos en la Ley de nacionalidad.

Niño o niña no acompañados

Son aquellos/as que no tienen la mayoría de edad y que no viajan acompañadas/os por un padre o una madre, un/a tutor o cualquier otro/a adulto/a quien por ley o costumbre sea responsable de ellos/as.

Orden de Expulsión

De acuerdo a la normativa argentina es una decisión administrativa que puede ser dictada por la Dirección Nacional de Migraciones en casos en que la persona se encuentre en situación irregular, y no haya regularizado la misma, o cuando la persona haya sido condenada judicialmente por la comisión de ciertos delitos.

Principio de no devolución

Se encuentra definido, entre otros instrumentos de protección de derechos humanos, en la Convención Americana de Derechos Humanos-CADH en los siguientes términos: “En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.”

Por su parte, el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 establece la prohibición de devolución en los siguientes términos: “Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.”

Lo anterior supone que se busca sustraer a la persona de una situación de riesgo a través de la prohibición de someterla a cualquier tipo de procedimiento de expulsión hacia su país de origen o un tercer país desde el cual pueda ser subsecuentemente devuelta.

Procedimiento para el reconocimiento de la condición de persona refugiada

Se trata del examen que realizan las autoridades facultadas para determinar si la persona que presentó una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado o expresó de alguna manera su necesidad de acogerse a la protección internacional, puede ser considerada como refugiada. Este análisis consiste en constatar que su situación se apega a los criterios contenidos en la definición de persona refugiada que resulte aplicable.

Los Estados suelen establecer los procedimientos internos para el reconocimiento de la condición de refugiado/a a través de leyes, en donde se detallan las autoridades encargadas de sustanciar los procedimientos, los plazos, aspectos a evaluar, recursos para impugnar decisiones desfavorables, derechos de las personas solicitantes y refugiadas, entre otros aspectos. Además de seguir lo establecido en las leyes internas, los Estados deben tomar en cuenta los lineamientos establecidos por

⁶ CIDH. Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 46/15, 321 de diciembre de 2015.

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA FACILITAR EL ACCESO A LA JUSTICIA A PERSONAS EN CONTEXTO DE MOVILIDAD HUMANA PARA DEFENSORAS Y DEFENSORES PÚBLICOS EN ARGENTINA

el ACNUR respecto a las obligaciones que se derivan de la Convención de 1951. El procedimiento para determinar la condición de persona refugiada en Argentina está regulado en la Ley 26.165.

Persona refugiada

Se entiende como tal a la persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentra fuera del país de su nacionalidad; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él⁷.

Sin embargo, la Declaración de Cartagena sobre Refugiados (1984) amplió esta definición para adecuarla a los retos y particularidades del continente americano. En este sentido, en dicho documento se establece que, además de los elementos contenidos en la Convención y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, se debe considerar también como refugiadas a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público. Ambas definiciones rigen en Argentina en igualdad de condiciones por disposición legal.

La CIDH, en concordancia con los lineamientos establecidos por el ACNUR, ha determinado que una persona es refugiada tan pronto como reúne los requisitos enunciados en la definición tradicional o ampliada, lo que necesariamente ocurre antes de que se determine formalmente su condición. Esto tiene como consecuencia que sea posible determinar que la condición de refugiado/a no tiene un carácter constitutivo, sino declarativo. Es decir, no se adquiere la condición de persona refugiada en virtud del reconocimiento, sino que se le reconoce tal condición por el hecho de ser refugiado/a⁸, tal como establece el artículo 2 de la Ley 26.165 en Argentina.

Regularización

Procedimiento por el cual la persona extranjera que se encuentre en situación irregular puede obtener una residencia legal en el país.

Solicitante de asilo

Este término se utiliza para designar a la persona que solicita el reconocimiento de la condición de refugiado/a y cuya solicitud todavía no ha sido evaluada de forma definitiva en el país de acogida.

Trata de personas

Es la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al raptó, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos⁹.

Tráfico de migrantes

Es la facilitación o promoción de la entrada ilegal de una persona a un país del que no es nacional o residente, con el propósito de obtener un beneficio económico.

El tráfico de personas migrantes es un delito que, en su forma agravada, considera que se haya puesto en peligro la integridad física o salud de la víctima o que ésta sea menor de edad.

7 Definición de persona refugiada de la Convención de Ginebra (CG) de 1951 sobre los refugiados, recogida en el artículo 1A 2).

8 CIDH, Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 31 de diciembre de 2015, pág. 131; ACNUR. Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado. 1979, pág. 28.

9 Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, 2000, (conocido como el Protocolo de Palermo).

4. Comisión del Migrante

El Ministerio Público de la Defensa (MPD) brinda asistencia jurídica gratuita en materia de expulsiones a través de la Comisión del Migrante y de las Defensorías Federales con asiento en el interior del país.¹⁰

Las funciones de la Comisión del Migrante son garantizar el derecho a la representación legal oportuna, pública, gratuita, especializada y de calidad en los procedimientos de expulsión de las personas migrantes; velar por el respeto de todas las garantías del debido proceso en los procedimientos administrativos y judiciales, en atención a la legalidad y proporcionalidad de la medida cuando pueda afectar a los derechos a la vida privada o familiar o el derecho a la protección especial de los niños, niñas y adolescentes (NNA); y lograr que las personas migrantes que, en los términos del artículo 64 de la Ley 25.871, optan por ser expulsadas a sus países de origen, lo hagan dentro de un plazo razonable.

La Comisión del Migrante, ejerce la defensa técnica de personas migrantes, en sede administrativa y judicial, en los siguientes casos:

- a) personas detenidas a disposición de la justicia federal en procesos de expulsión, que no posean voluntad recursiva, es decir, casos de personas migrantes que optaron por volver a su país en función de la posibilidad de ser expulsadas a la mitad de la condena impuesta y cumplida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 a) de la Ley 25.871 de Migraciones;¹¹
- b) personas detenidas a disposición de la justicia federal que se opongan a la expulsión;
- c) personas detenidas cuyo trámite de expulsión devenga de una condena dictada por un tribunal provincial¹² y se opongan a su salida del país;
- d) en los casos de personas cuya expulsión sea consecuencia de una irregularidad administrativa; y
- e) personas en libertad cuya expulsión provenga de una condena penal, y su legajo trámite ante la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) –delegación Ciudad Autónoma de Buenos Aires.¹³

En el caso a), la Comisión ejerce la defensa ante las delegaciones de la DNM en todo el país; en tanto que en los casos b), c), d) y e), la intervención en sede administrativa y judicial se circunscribe a los expedientes que tramiten ante la DNM-delegación Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA).

Para la defensa en casos de expulsión fuera del radio de CABA interviene la Defensoría Federal. Los defensores y defensoras federales reciben el apoyo de la Comisión Migrante.

10 <https://www.mpd.gov.ar/index.php/mapa-de-defensorias>.

11 La labor de la Comisión del Migrante en estos casos consiste en el monitoreo y agilización del trámite administrativo de expulsión.

12 En estos supuestos, el caso puede ser derivado a la Comisión del Migrante por un defensor/a penal o ser la propia persona migrante que va a ser expulsada o sus familiares quienes contacten dicha Comisión.

13 Competencias atribuidas por Resolución de la DGN 390/17.

5. Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio

La Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio se creó en 2007¹⁴ con el objeto de garantizar el acceso a la justicia y la defensa de los derechos humanos de las personas refugiadas y solicitantes del reconocimiento de dicha condición. Sus funciones fueron sucesivamente ampliadas y modificadas de la siguiente manera:

- En 2008 la Comisión puso en marcha el Programa de Tutela, Representación Legal y Acompañamiento de Niños, Niñas y Adolescentes Refugiados y Solicitantes de Refugio¹⁵. Desde el año 2014, la Comisión presta colaboración, en el marco de sus competencias, con las Defensorías Públicas Tutorías en la representación de niños, niñas y adolescentes solicitantes de asilo y refugiado/as bajo tutela¹⁶;
- En 2011 se creó el “Programa de Asesoramiento y Representación Legal para personas refugiadas y solicitantes del reconocimiento de la condición de refugiado”¹⁷, con el objetivo de brindar asesoramiento y representación legal a toda persona solicitante del reconocimiento de la condición de refugiado/a mayor de edad que así lo requiera.
- En 2012 se facultó a la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio a ofrecer patrocinio jurídico gratuito en los procesos de ciudadanía iniciados por personas refugiadas y solicitantes del reconocimiento de dicha condición, en los casos en los que le sea requerida dicha intervención¹⁸.
- En 2019, a la luz de la sanción de la Ley 27.512 de Reconocimiento y Protección de las Personas Apátridas, la Defensoría General de la Nación decidió ampliar las competencias de la Comisión a los fines de que pueda intervenir respecto de personas que se encuentran en condición de apatridia, solicitantes del reconocimiento de dicha condición y de naturalización¹⁹.

Asimismo, la Comisión se articula con las Defensorías Federales con competencia en otras jurisdicciones del país para garantizar el acceso a la justicia y los derechos humanos de las personas refugiadas y solicitantes de asilo, así como su derecho a la asistencia legal en el marco del procedimiento de asilo.

14 Resoluciones DGN N.º 1071/07 y 2049/07.

15 Resolución DGN N.º 489/08.

16 Resoluciones DGN N.º 1461/14 y RDGN-2020-119-E-MPD-DGN#MPD

17 Resolución DGN N.º 1055/11.

18 Resolución DGN N.º 771/2012.

19 Resolución DGN-2019-1370-E-MPD-DGN#MD.

6. Normas internacionales y regionales de derechos humanos y normas nacionales aplicables a personas migrantes y refugiadas en Argentina

El marco legislativo actual se compone de diversos instrumentos (internacionales, regionales y domésticos) que han de ser tenidos en cuenta a la hora de determinar el estatus jurídico de una persona migrante o refugiada. En primer lugar, se deben mencionar los tratados internacionales que han sido ratificados por el Estado argentino. En Argentina, los tratados internacionales son internalizados en el ordenamiento jurídico de cuatro maneras distintas.

Primer grupo: incluye ciertos tratados que tienen jerarquía constitucional, establecida ya en la propia Constitución en su artículo 75(22), entre los cuales se encuentran los siguientes que tienen importancia para la materia de movilidad humana:

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)
- Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)²⁰
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)²¹
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y su Protocolo Facultativo²²
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965)²³
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979)²⁴
- Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984)²⁵
- Convención sobre los derechos del niño (1989)²⁶

Segundo grupo: estaría conformado por otros tratados internacionales sobre derechos humanos que, una vez aprobados por el Congreso, hayan obtenido el voto de las dos terceras partes de cada Cámara para obtener así jerarquía constitucional de acuerdo al Artículo 75(22) de la Constitución. Dentro de los tratados que tienen relevancia para el tema de la movilidad humana han de señalarse dos instrumentos que han obtenido jerarquía constitucional:

20 Aprobada en Argentina por Ley 23.054 de 19 de marzo de 1984.

21 Aprobado en Argentina por Ley 23.313 de 6 de mayo de 1986.

22 Aprobado en Argentina por Ley 23.313 de 6 de mayo de 1986.

23 Aprobada en Argentina por Ley 17.722 de 26 de abril de 1968.

24 Aprobada en Argentina por Ley 23.179 de 27 de mayo de 1985.

25 Aprobada en Argentina por Ley 23.338 de 19 de agosto de 1986.

26 Aprobada en Argentina por Ley 23.849 de 16 de octubre de 1990.

- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2007)²⁷
- Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de Personas (1994)²⁸

Tercer grupo: está constituido por todos los restantes instrumentos internacionales ratificados por Argentina los cuales tienen jerarquía superior a la Ley. Por lo tanto, el derecho interno no puede ser invocado para justificar la violación de un tratado. Entre estos tenemos que mencionar los siguientes, divididos entre universales e interamericanos, en orden cronológico:

Universales

- Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1954).²⁹
- Convención para reducir los casos de Apatridia (1961)³⁰
- Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados (1951)³¹ y Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de Nueva York de 1967³²
- Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (1963)³³
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias (1990)³⁴
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000) y dos de sus protocolos que complementan la Convención: a) Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, (conocido como el Protocolo de Palermo) y b) Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire.³⁵
- Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2007)³⁶
- Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo sobre el Trabajo Decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos (2011)³⁷

Interamericanos

- Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (1987)³⁸
- Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención Belém do Pará" (1994)³⁹
- Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (1999)⁴⁰

27 Aprobada en Argentina por Ley 26378 de 6 de junio de 2008.

28 Aprobada en Argentina por Ley 24.820 de 29 de mayo de 1997.

29 Aprobada en Argentina por Ley 19.510 de 2 de marzo de 1972

30 Aprobada en Argentina por Ley 26.960 de 30 de junio de 2014.

31 Aprobada en Argentina por Ley 15.869 de 2 de octubre de 1961.

32 Aprobado en Argentina por Ley 17.468 de 3 de octubre de 1967.

33 Aprobada en Argentina por Ley 17.081 de 24 de abril de 1963.

34 Aprobada en Argentina por Ley 26.202 de 17 de enero de 2007.

35 Aprobados en Argentina por Ley 25.632 de 29 de agosto de 2002.

36 Aprobada en Argentina por Ley 26.298 de 28 de noviembre de 2007.

37 Aprobado en Argentina por Ley 26.921 de 11 de diciembre de 2013.

38 Aprobada en Argentina por Ley 23.652 de 29 de septiembre de 1988.

39 Aprobada en Argentina por Ley 24.632 de 1 de abril de 1996.

40 Aprobada en Argentina por Ley 25.280 de 31 de julio de 2000.

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA FACILITAR EL ACCESO A LA JUSTICIA A PERSONAS EN CONTEXTO DE MOVILIDAD HUMANA PARA DEFENSORAS Y DEFENSORES PÚBLICOS EN ARGENTINA

- Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores (2015)⁴¹

Cuarto grupo: un último grupo viene recogido en el Artículo 75(24) de la Constitución y se refiere a los tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción y que tienen jerarquía superior a las leyes. Aquí hemos de mencionar:

- Acuerdo sobre Exención de Traducción de Documentos Administrativos para Efectos de Inmigración entre los Estados Partes del MERCOSUR (2000)⁴²
- Acuerdo sobre Residencia para nacionales de los Estados Partes Mercosur (2002)⁴³
- Acuerdo sobre Residencia para nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile (2002)⁴⁴
- Acuerdo contra el tráfico ilícito de migrantes entre los Estados Partes del MERCOSUR (2004)⁴⁵
- Acuerdo sobre Documentos de Viaje de los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados (2008) y su Acuerdo modificatorio del Anexo (2014)
- Acuerdo sobre Documentos de Viaje y de Retorno entre los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados (2015)

También hay que mencionar un acuerdo bilateral, en concreto:

- Acuerdo entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil para la concesión de residencia permanente a titulares de residencias transitorias o temporarias (2005)⁴⁶

Por otra parte, la Declaración de Cartagena sobre Refugiados (1984) no constituye un tratado internacional. Sin embargo, dado que la definición ampliada de refugiado está incluida en el Artículo 4(b) de la Ley General de Reconocimiento y Protección de Refugiados 26.165 de 8 de noviembre de 2006, forma parte del ordenamiento interno argentino. Además, algunos/as autores/as han sostenido que la Declaración constituye costumbre regional.⁴⁷

Además de estos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, existen otros instrumentos que tienen carácter de “derecho blando” y que reconocen a las personas migrantes y refugiadas derechos específicos.

- Pacto Global sobre Migración y Pacto Global sobre los Refugiados los cuales, si bien no son jurídicamente vinculantes, suponen un importante compromiso político.
- Declaraciones finales de la Conferencia Sudamericana de Migraciones que no son vinculantes jurídicamente, pero expresan una voluntad política de aquellos Estados que las firman.

41 Aprobada en Argentina por Ley 27.360 de 31 de mayo de 2017.

42 Aprobado en Argentina por Ley 25.901 de 13 de julio de 2004.

43 Aprobado en Argentina por Ley 25.903 de 16 de julio de 2004.

44 Aprobado en Argentina por Ley 25.902 de 16 de julio de 2004.

45 Aprobado en Argentina por Ley 26.382 de 10 de junio de 2008.

46 Aprobado en Argentina por la Ley 26.240 de 11 de abril de 2007.

47 Juan Ignacio Mondelli, Instrumentos Regionales sobre Refugiados y temas relacionados, *La fuerza vinculante de la definición regional de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados (1984)*, Diciembre 2018, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/5d03d0b54.html>

Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no existe un tratado específico para el tema migratorio. Sin embargo, los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, así como en otros instrumentos que integran el *corpus juris* interamericano de derechos humanos, tienen que ser respetados y garantizados por los Estados respecto de toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. Además, la Opinión Consultiva 16/99 del 1 de octubre de 1999, *relativa al derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, y la Opinión Consultiva 18/03 del 17 de septiembre de 2003, *relativa a la condición jurídica y los derechos de las personas migrantes indocumentadas*, son fundamentales para el tema migratorio puesto que reconocen el derecho a la igualdad como una norma de *jus cogens*, exponen los elementos necesarios en materia de debido proceso de personas migrantes, destacan la importancia del derecho a la asistencia consular y el reconocimiento de que, independientemente de su situación migratoria, las personas tienen derecho a condiciones dignas de trabajo de la misma manera que cualquier nacional. Con excepción de la asistencia consular en el caso de personas refugiadas y apátridas, algunos de los principios enunciados en ambas opiniones consultivas resultan también aplicables por analogía a las personas sujetas de protección internacional⁴⁸. A estas dos Opiniones Consultivas hay que añadir la N.º 25 /18, de 30 de mayo de 2018 *sobre la institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección*, y la N.º 21/14 de 19 de agosto de 2014 *sobre Derechos y Garantías de las Niñas y Niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. La primera de ellas aborda el desarrollo histórico del asilo, su cristalización como derecho humano y obligaciones de los Estados derivadas del principio de no devolución. La segunda, los procedimientos para identificar necesidades de protección internacional, garantías de debido proceso, principio de no devolución, y derecho a la vida familiar de niños y niñas migrantes, entre otros. Por último, también son relevantes las recomendaciones de la Comisión Interamericana así como algunos informes, en particular: 1. Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (2015)⁴⁹; 2. Debido proceso en los procedimientos para la determinación de la condición de persona refugiada, y apátrida y el otorgamiento de protección complementaria (2020).⁵⁰

Normas nacionales aplicables a personas migrantes y refugiadas

- Constitución Argentina de 1994, en particular artículos 20 y 25.
- Ley de Migraciones 25.871 (2004).
- Decreto reglamentario Ley de Migraciones 616/2010.
- Ley 26.165 General de Reconocimiento y Protección al Refugiado (2006).
- El artículo 35 de la Ley 26.155 establece que la CONARE tiene que tener presente los criterios interpretativos emanados de las Conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR y de las recomendaciones del Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado del ACNUR.⁵¹
- Ley 26.364 Prevención de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas (2008).
- Ley 27512, Ley General de Reconocimiento y Protección de las Personas Apátridas (2019).
- Ley de Ciudadanía, Ley 346 (1869).

48 Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas. 2014, p. 171.

49 Disponible aquí: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidadhumana.pdf>

50 Disponible aquí: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/DebidoProceso-ES.pdf>

51 El Manual está disponible aquí: <https://www.refworld.org/es/docid/5cd9e13214.html>

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA FACILITAR EL ACCESO A LA JUSTICIA A PERSONAS EN CONTEXTO DE MOVILIDAD HUMANA PARA DEFENSORAS Y DEFENSORES PÚBLICOS EN ARGENTINA

- Decreto Reglamentario sobre Ciudadanía y Naturalización, Decreto Nacional 3213/1984.

Por último, ha de señalarse que el Reglamento de la Ley de Migraciones otorga competencia a la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) (Artículo 107) para adoptar disposiciones, es decir normas procedimentales y aclaratorias, que sean necesarias para la obtención de los objetivos de la Ley y del propio Decreto Reglamentario. Dicha competencia ha sido usada de manera habitual y en el contexto de la pandemia COVID-19 se han adoptado algunas disposiciones prorrogando los plazos de validez de determinados permisos de residencia (ver por ejemplo, entre otras, Disposición 1714/20 o 2434/20).

Las interpretaciones que haga la Corte Suprema, si bien no son obligatorias, deben ser debidamente consideradas por los tribunales inferiores. Es decir, es responsabilidad de los tribunales inferiores demostrar porqué se apartan de pronunciamientos previos o que argumentos novedosos incorporan para hacerlo. Al respecto, la Corte Suprema tiene dicho que “la autoridad institucional de sus precedentes, fundada en la condición del Tribunal de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, da lugar a que ante la oportunidad de emitir fallos sobre casos sustancialmente análogos sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas tanto por esta misma Corte como por los tribunales inferiores”.⁵²

Por tanto, nos encontramos, al igual que en otros ordenamientos jurídicos sobre la materia en el mundo, ante un complejo conjunto de normas de nivel internacional, regional y doméstico, que han de ser tenidas en cuenta en cada actuación jurídica que compete a una persona no-nacional. La labor de la defensa ha de ser la de usar todo este cuerpo jurídico para encontrar los mejores argumentos a favor de la persona en situación de movilidad humana, y no sólo basarse en la Ley de Migraciones 25.871 y el Decreto 610/2010.

52 Caso “Viñas” CSJN, Fallos 341:570. Ver: <https://publicaciones.unpaz.edu.ar/OJS/index.php/debatesdhh/article/view/628/579>

7. Ámbitos de actuación

7.1 Migrantes en situación administrativa irregular

El artículo 2 de la Ley de Migraciones 25.871 define como persona inmigrante a “todo aquel extranjero que desee ingresar, transitar, residir o establecerse definitiva, temporaria o transitoriamente en el país conforme a la legislación vigente.” Por legislación vigente se entiende, de acuerdo con el Artículo 12 de la propia Ley 25.871, “todo lo establecido en las convenciones internacionales y todas otras que establezcan derechos y obligaciones de los migrantes, que hubiesen sido debidamente ratificadas.” Esto permite inferir, *a contrario sensu*, que aquel o aquella que no ingrese, transite o resida conforme a la legislación vigente se encuentra residiendo irregularmente en el país. Por su parte, el Artículo 17 de la Ley de Migraciones 25.871 establece un mandato al Estado para que provea “lo conducente a la adopción e implementación de medidas tendientes a regularizar la situación migratoria de los extranjeros”. Por último, ha de señalarse que el Artículo 61 de la Ley de Migraciones sobre cancelación de la permanencia incorpora la obligación de la DNM de conminar a regularizarse a la persona que se encuentre en situación irregular en un plazo de 30 días que podrá ser prorrogado (Artículo 61 del Decreto 616/2010). Es decir, la constatación de la irregularidad de la situación administrativa de una persona no lleva como norma general a la expulsión. Al contrario, la norma general es la regularización y sólo cuando dicha regularización no se lleva a cabo en el plazo establecido se puede decretar la expulsión. Sin embargo, este artículo no se aplica cuando la persona ha “ingresado al Territorio Nacional eludiendo el control migratorio o por lugar o en horarios no habilitados al efecto” (Artículo 29 (i) Ley 25.871) dado que el artículo 61 del Reglamento de la ley de migraciones (Decreto 616/2010) requiere que para que se pueda usar el procedimiento se hayan “desnaturalizado los motivos que autorizaron” el ingreso de la persona o la misma permanezca en territorio argentino cuando “esté vencido el plazo de permanencia acordado”. Es decir, el haber entrado de manera irregular es, en términos generales, causa impeditiva de permanencia de la persona extranjera, aunque hay excepciones como se verá más adelante.

Los defensores y defensoras argentinas pueden hacer una distinción entre diferentes categorías de personas no nacionales que se encuentren residiendo irregularmente en el país:

1. Personas que entraron regularmente al país pero que han perdido su residencia: Aquí nos referimos a personas que han visto los motivos que autorizaron su ingreso al territorio argentino desnaturalizados, o a aquéllos/as que tenían un permiso de residencia cuya validez ha caducado y que permanezcan en territorio argentino (Artículo 61 Decreto 616/2010). En estos casos, la DNM tiene la obligación de “conminarlo a regularizar su situación” y otorgarle para dicho proceso un plazo que no exceda de TREINTA (30) días y que podrá ser prorrogado por otros TREINTA (30) días, “cuando así lo solicite el interesado y demuestre actos que evidencien su intención de regularizar la situación migratoria” (Artículos 61 Ley 25.871 y Decreto 616/2010). Siguiendo la lógica de la ley de migraciones en sus diversos artículos, esta notificación debe ser “fehaciente”. En los casos en que se produzcan demoras por circunstancias no imputables al extranjero/a para entregar la documentación necesaria, la DNM podrá prorrogar dicho plazo por el tiempo que “resulte suficiente para superar tal situación”, período que por tanto puede ser superior a los 60 días en total (Artículo 61 Decreto 616/2010). La persona en cuestión tiene el derecho de que se le informe por escrito de una manera comprensible de los documentos que tiene que presentar para obtener su regularización, y de “las consecuencias que

le deparará mantenerse en la situación migratoria advertida” (Artículo 61 Decreto 616/2010). La expulsión de la persona que se encuentre en esta categoría sólo es posible cuando se venza el plazo, inicial o ampliado, sin que se regularice la situación (Artículos 61 de La Ley 25.871 y del Decreto 616/2010). El extranjero/a que se encuentre en esta situación puede obtener una residencia permanente o temporal, de acuerdo a los Artículos 22 y 23 de la Ley 25.871 y Decreto 616/2010, si cumple los requisitos, o bien optar por la reunificación familiar del Artículo 10 de ambos instrumentos, en caso de cumplir con las condiciones establecidas. Cuando la persona no consiga regularizarse, la DNM debe decretar su expulsión con efecto suspensivo y dar traslado al órgano judicial competente a fin de que revise la decisión administrativa de expulsión (Artículo 61 Ley 25.871).

2. Personas nacionales de Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela: En el caso de las personas que posean la nacionalidad originaria de uno de estos Estados, o que la hayan adquirido por naturalización y ostentaran dicho beneficio desde hace cinco años, tenemos que atenernos a las leyes 25.902 y 25.903 que aprueban los Acuerdos de Residencia MERCOSUR en Argentina.⁵³ Ha de recordarse que, de acuerdo al Artículo 75(24) de la Constitución, los tratados de integración tienen jerarquía superior a las leyes. Por tanto, las leyes 25.902 y 25.903 tienen jerarquía superior a la Ley de Migraciones 25.871 y, además, deben tenerse en consideración de manera primordial a través de la aplicación del principio pro persona que reclama como criterio de interpretación usar siempre la norma vigente que otorgue derechos más favorables. Esta interpretación emana no sólo del artículo 11 de los Acuerdos de Residencia del Mercosur sino también del artículo 28 de la Ley de Migraciones y del artículo 1 del Decreto 616/10. Por consiguiente, y al contrario de la primera categoría, **las personas nacionales de estos once países no han tenido que entrar a Argentina de manera regular para poder gozar del beneficio de poder regularizarse y el impedimento del Artículo 29(i) de la Ley 25.871 no aplica para ellos/as.** Esto es así porque los Artículos 3 y 4 de los Acuerdos de Residencia no requieren que haya habido entrada regular al país para poder solicitar ante los servicios de inmigración, en este caso la DNM, una regularización. En efecto, el último párrafo del artículo 3 de ambos Acuerdos no puede ser más claro al establecer que el procedimiento para la regularización en el estado de destino se aplica “con independencia de la condición migratoria con la que hubiera ingresado el peticionante al territorio del país de recepción, e implicará la exención del pago de multas u otras sanciones más gravosas”. En el caso argentino, y como claramente se infiere del Artículo 56 de la Ley 25.871, el término condición migratoria también se aplica a aquellos y aquellas que están en situación irregular.⁵⁴ Además, el mandato del Artículo 3 de ambos Acuerdos de Residencia en el sentido de exonerar a la persona del pago de multas u otras sanciones no puede estar sino dirigido a aquellos y aquellas que hayan entrado de manera irregular, dado que es precisamente esta categoría de personas migrantes las que en algunos ordenamientos jurídicos se ven sujetos/as a multas por entrada clandestina.

Una vez aclarado este punto, conviene señalar que las personas nacionales de estos países sólo tienen que cumplir los requisitos del Artículo 4 de los Acuerdos de Residencia para poder obtener un permiso temporal de dos años. Dichos requisitos pueden resumirse en dos. En primer lugar, la constatación de la nacionalidad de la persona mediante la presentación de un “pasaporte válido y vigente o cédula de identidad o certificado de nacionalidad expedido por el agente consular del país de origen del peticionante acreditado en el país de recepción, de modo tal que resulte acreditada la identidad y nacionalidad del peticionante” (Artículo 4(1)(a)). En segundo lugar, un certificado que acredite la carencia de antecedentes judiciales y/o penales y/o policiales en los últimos cinco años. Cumplidos estos dos requisitos, la persona tiene derecho a obtener una residencia temporaria en función del criterio de nacionalidad del Artículo 23 (l) de la Ley 25.871. Este procedimiento puede aplicarse a las personas nacionales de todos los países de Sudamérica dado que son todos Estados de pleno derecho o Asociados al MERCOSUR. Venezuela se encuentra suspendido del

⁵³ Ley 25.903, Apruébese el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del Mercosur, suscripto en Brasilia el 6 de diciembre de 2002, 9 de junio de 2004. Ley 25.902, Apruébese el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del Mercosur, Bolivia y Chile, suscripto en Brasilia el 6 de diciembre de 2002, 9 de junio de 2004.

⁵⁴ El Artículo 56 de la Ley 25.871 señala: “La aplicación de la presente ley no eximirá al empleador o dador de trabajo del cumplimiento de las obligaciones emergentes de la legislación laboral respecto del extranjero, cualquiera sea su condición migratoria”.

MERCOSUR pero es Estado miembro pleno y por tanto este artículo también es de aplicación a sus nacionales. Hay que recordar que la Disposición DNM 29.929/2004 expresamente señala que “el detalle de países incluidos en el artículo 23 inciso l) de la Ley N.º 25.871 es meramente enunciativo, debiendo considerarse incluidos a todos los Estados Parte y Asociados del MERCADO COMÚN DEL SUR (MERCOSUR).” De hecho, el Artículo 29 del Decreto 616/2010 señala que “se tendrá especialmente en cuenta la situación de los extranjeros nativos de los Estados Parte del MERCADO COMÚN DEL SUR (MERCOSUR) y Estados Asociados que puedan hallarse incursos en el impedimento previsto en el inciso i”. Esto implica que, en dichos casos, la DNM, no sólo a partir de la normativa vigente sino también como consecuencia de sus propias disposiciones, debe hacer una valoración individual de cada supuesto e intentar otorgar una residencia temporal o, en caso contrario, justificar de manera aún más detallada porque no se otorga.

3. Personas nacionales de otros países que hayan entrado de manera irregular al territorio argentino. Esta tercera categoría se refiere a nacionales de cualquier país, excepto los establecidos en la segunda categoría, que hayan entrado de manera irregular al país. Aquí nos referimos por ejemplo, a un/a ciudadano/a de Alemania, de Canadá, de Corea del Sur o de Senegal. En principio, la excepción del Artículo 29 (i) de la Ley 25.871 de Migraciones, implicaría que el proceso de regularización no se puede aplicar dado que la persona ha entrado de manera irregular al país y por tanto existe una causa impediende de permanencia del extranjero/a. Sin embargo, hay que señalar dos elementos. En primer lugar, la DNM tiene siempre la potestad, mediante resolución fundada y previa intervención del Ministerio del Interior, de excepcionalmente otorgar un permiso de residencia temporario o permanente por razones humanitarias o de reunificación familiar a cualquier persona que se encuentre comprendida en este artículo (Artículo 29 in fine Ley 25.871). En segundo lugar existen determinadas categorías de personas que pueden obtener una regularización, y por tanto una residencia, incluso en el caso de entrada irregular al país. Para ello se debe tener en cuenta el marco de derecho internacional ratificado por Argentina. Los defensores y defensoras deben analizar la situación de cada persona para ver si se encuentra en uno de los casos siguientes:

a. Tortura: La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes cuenta con jerarquía constitucional en Argentina de acuerdo al Artículo 75(22) de la Constitución. En su Artículo 3, la Convención señala que Argentina no puede expulsar a nadie “a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura”. El Artículo 3(2) establece que “a los efectos de determinar si existen estas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos”. En estos casos la persona tendría derecho a obtener una residencia temporaria de acuerdo al Artículo 23 (m) de la Ley 25.871 y el Decreto 616/2010, con independencia de su entrada irregular en el país.

b. Víctimas de trata: El Artículo 5 de la Ley 26.364 sobre prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas establece la no punibilidad de las víctimas. Más en concreto, señala que no “les serán aplicables las sanciones o impedimentos establecidos en la legislación migratoria cuando las infracciones sean consecuencia de la actividad desplegada durante la comisión del ilícito que las damnificara.” Por tanto, en los casos en que la persona sea víctima de trata podrá regularizar su situación con independencia de haber ingresado de manera irregular al país. Dicha persona podrá obtener una residencia temporaria de acuerdo al Artículo 23 (m) (3) del Decreto 616/2010 que establece la obtención de dicha residencia no sólo para víctimas de trata, sino también para víctimas de “otras modalidades de explotación esclava y/o víctimas del tráfico ilícito de migrantes.”

c. Motivos de salud: La Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene jerarquía constitucional de acuerdo al Artículo 75(22) de la Constitución. En su Artículo 5 establece que nadie debe ser sometido no sólo a tortura sino también “a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.” La CIDH ha establecido en el Caso 12.534, Andrea Mortlock, de 25 de julio de 2008, que la interpretación del Artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que también tiene jerarquía constitucional en Argentina, y que establece la prohibición “de penas crueles, infamantes o inusitadas”, prohíbe que un Estado expulse a una persona cuando exista un riesgo real

de que dicha expulsión quebrante el derecho a la preservación de la salud de la persona teniendo en cuenta el tratamiento médico disponible en el país de origen.⁵⁵ En estos casos la persona tiene derecho a obtener una residencia temporal de acuerdo al Artículo 23 (m) (4) del Decreto 616/2010, con independencia de que haya entrado de manera irregular al país.

d. Interés superior del niño/a: El interés superior del niño/a viene recogido en el Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño que tiene jerarquía constitucional de acuerdo al Artículo 75(22) de la Constitución. Por otra parte, la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de las NNA, establece en su artículo 3 que “cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”. Por su parte, en su Opinión Consultiva 21/14,⁵⁶ la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que cuando el NNA tiene derecho a la nacionalidad del país en el que reside, o bien cumple las condiciones para residir permanentemente ahí, el derecho del NNA “a seguir disfrutando de su vida familiar en el referido país y, como componente de ello, el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos”, implica que no es posible “la ruptura de la unidad familiar a través de la expulsión de uno o ambos progenitores por infracciones migratorias relacionadas con el ingreso o permanencia”. Esto es así porque “el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la vida familiar que puede traer aparejado repercusiones en la vida y el desarrollo de la niña o del niño aparece como irrazonable o desmedido frente a las ventajas que se obtienen al forzar al progenitor/a a abandonar el territorio por causa de una infracción de carácter administrativo.”⁵⁷ Por tanto, en estos casos la persona no puede ser expulsada, con independencia de haber entrado al país de manera irregular, y tendrá derecho a una residencia de acuerdo al Artículo 22 (a) del Decreto 616/2010 que ha de hacerse extensivo también a los progenitores de NNA con residencia legal en Argentina, y no sólo a aquéllos/as que ostenten la nacionalidad argentina.

e. Familia: El artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos protege a la familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad”. Por su parte, el Artículo 11(2) de la misma Convención señala que “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada (o) en la de su familia”. Por tanto, la Convención, que tiene jerarquía constitucional, establece dos obligaciones: una positiva de protección de la familia y una negativa de no injerencia con la misma ni con la vida privada del individuo. El Artículo 29 *in fine* de la Ley 25.871 establece que la DNM, “previa intervención del Ministerio del Interior podrá admitir, excepcionalmente, por razones humanitarias o de reunificación familiar, en el país en las categorías de residentes permanentes o temporarios, mediante resolución fundada en cada caso particular, a los extranjeros comprendidos en el presente artículo”. Es decir, en casos de vida familiar, existe la posibilidad para la DNM de no considerar la entrada irregular al país. Sin embargo, nuestra interpretación es que esto no puede ser una mera potestad sino una obligación. Sobre este punto, y a pesar de reconocer la potestad de la administración en la aplicación de esta dispensa, en el fallo “Barrios Rojas” la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido que esta función no puede ser arbitraria. De hecho, el artículo 62 de la Ley de Migraciones 25.871, aun cuando sea de aplicación para personas migrantes que han obtenido una radicación, establece que “el Ministerio del Interior dispensará el cumplimiento de la cancelación prevista en virtud del presente artículo cuando el extranjero fuese padre, hijo o cónyuge de argentino, salvo decisión debidamente fundada por parte de la autoridad migratoria.” Se argumenta aquí que, por aplicación del principio general de derecho *qui potest plus, potest minus*, dado que la dispensa se puede otorgar en situaciones mucho más graves que la entrada irregular en el país, tales como la condena judicial “por delito doloso que merezca pena privativa de libertad mayor de cinco (5) años” (Artículo 62(2) Ley 25.871), dicha dispensa ha de darse también en los casos de entrada irregular al país. Idéntica lógica podría argumentarse a favor de la dispensa prevista en el artículo 29 *in fine*, en función del artículo 29 (c) Ley 25.871 que exige “tres años o más” de pena privativa de la libertad para impedir el ingreso o la permanencia en la Argentina.⁵⁸

55 Informe No. 63/08, Caso 12.534, Admisibilidad y Fondo, Andrea Mortlock, Estados Unidos, 25 de julio de 2008, párrafo 79.

56 Corte Interamericana de Derechos Humanos, O/C-21/14, Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en necesidad de Protección Internacional, 19 de agosto de 2014.

57 *Ibid.*, párrafo 280.

58 CSJN, Apaza León, Pedro Roberto c/ EN - DNM disp. 2560/11 (exp. 39.845/09) s/ recurso directo para juzgados, Sentencia 8 de mayo de 2018. Disponible en: <http://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/078/490/000078490.pdf>

f. Personas adultas mayores. La República Argentina ratificó el 23 de octubre de 2017 la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, instrumento tanto regional como especial y con jerarquía superior a las leyes (artículo 75(22) Constitución Nacional). De acuerdo con su artículo 2, alcanza a toda persona “de 60 años o más” y establece que los Estados parte se comprometen a adoptar medidas “para prevenir, sancionar y erradicar aquellas prácticas contrarias a la presente Convención, tales como [...] expulsiones de la comunidad [...] entre otras, y todas aquellas que constituyan malos tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes que atenten contra la seguridad e integridad de la persona mayor” (artículo 4.a). Sobre este aspecto, también destaca que será considerada una práctica de “violencia”, contraria a la Convención, “la expulsión” de la persona adulta mayor “de su comunidad” que sea perpetrada o tolerada “por el Estado o sus agentes dondequiera que ocurra” (artículo 9, párr. 3) al igual que las “injerencias arbitrarias o ilegales” en su vida privada o familiar (artículo 16). Lo dicho puede vincularse con los puntos a. y e. sobre tortura y familia respectivamente. Por su parte, respecto de aquellas personas adultas mayores en situación migratoria irregular que padezcan alguna afectación de salud, el artículo 4 (c) indica que el Estado parte debe adoptar “todas las medidas [...] administrativas [...] a fin garantizar a la persona adulta mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos” (artículo 4.c) y, en lo particular, el artículo 19 señala que el derecho a la salud física y mental debe garantizarse “sin ningún tipo de discriminación”. Sobre este punto, también puede mencionarse la sentencia “Poblete Vilches v. Chile” de la Corte IDH.⁵⁹ En su decisión, el tribunal interamericano destacó sobre el derecho a la salud que, “sea en la esfera privada como en la pública, el Estado tiene el deber de asegurar todas las medidas necesarias a su alcance, a fin de garantizar el mayor nivel de salud posible, sin discriminación”, como así también “la prevención, la curación y la rehabilitación [...] destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de las personas mayores [...] [o] la prestación de atenciones y cuidados a los enfermos crónicos”.⁶⁰ Difícilmente podría pensarse que la expulsión de una persona contribuiría al logro de estos objetivos. En el mismo decisorio, la Corte IDH indicó que “las personas mayores, tienen derecho a una protección reforzada y, por ende, exige la adopción de medidas diferenciadas”.⁶¹ Por tanto, las personas adultas mayores tienen una protección reforzada frente a la expulsión.

g. Naturalización. Ha de señalarse también que la entrada irregular al país no impide que la persona pueda solicitar su naturalización como argentino/a una vez que haya residido durante dos años en el país. Como regla general, la persona ha de haber residido dos años continuos en territorio argentino, aunque existen excepciones más favorables para determinadas categorías de personas no nacionales.⁶² De acuerdo a la Sentencia de la Corte Suprema en el caso Ni I-Hsing de 2009, dicha residencia no ha de ser necesariamente contando con un permiso de estadía dado que lo importante es la residencia en el país en sí, y no el estatus migratorio. El Decreto 70 de 2017 modificó con su artículo 27 la ley 346 de nacionalidad al requerir residencia temporal o permanente antes de poder pedir la naturalización. Sin embargo el Decreto 70 ha sido derogado por el Decreto 138 de 4 de marzo de 2021 con lo cual se vuelve a aplicar la legislación anterior.

h. Refugiados o solicitantes de asilo. El artículo 40 de la Ley 26.165 establece que no se aplica ninguna sanción por ingreso irregular cuando la persona es refugiada, solicitante de asilo, o manifiesta su voluntad de solicitar dicho asilo.

7.2 El Estatus Jurídico de los ciudadanos MERCOSUR Ampliado

Argentina ratificó con fuerza de ley el Acuerdo de Residencia MERCOSUR en el año 2004,⁶³ así

59 Corte IDH, Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 marzo de 2018. Disponible en: <https://cdh.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/sites/3/2018/06/caso-poblete-vilches-vs-chile.pdf>

60 Ibidem, párr. 128.

61 Ibidem, párr. 127.

62 Artículo 2(2) Ley de Ciudadanía.

63 Ley 25.903, Apruébese el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del Mercosur, suscripto en Brasilia el 6 de diciembre de 2002, 9 de junio de 2004.

como el Acuerdo de Residencia MERCOSUR, Bolivia y Chile,⁶⁴ e incorporó también el criterio de nacionalidad para obtener la residencia en el Artículo 23 de su propia Ley de Migraciones. El criterio de nacionalidad se aplica en Argentina a aquellos ciudadanos y ciudadanas de cualquiera de los restantes 11 países de América del Sur, con independencia de que dichos países (como es el caso de Guyana, Surinam y Venezuela) no hayan ratificado el Acuerdo de Residencia, o estén suspendidos en su membresía del MERCOSUR, como es el caso de Venezuela (Artículo 23 (l) Decreto 616/2010).

Los/as nacionales de los países que se encuentran bajo este criterio tienen el derecho a obtener un permiso de residencia temporal en Argentina por dos años. Para ello sólo deben demostrar la carencia de antecedentes penales en los últimos cinco años y su nacionalidad. Dicho permiso de residencia puede pedirse en Argentina ante la DNM o ante una representación consular argentina en el exterior. La persona que obtiene la residencia temporal puede transformarla en permanente tras dos años de residencia si acredita medios de vida lícitos que permitan su subsistencia y la de su grupo familiar con el que convive (Artículo 5 Ley 25.903). En el caso argentino, no se piden medios de vida en la práctica para obtener la residencia permanente. Ha de señalarse, sin embargo, que la Disposición 1488/2010 de la DNM establece que la persona ha de suscribir una declaración jurada en la cual manifiesta que cuenta con medios suficientes para su subsistencia en la República Argentina. Las personas que obtienen residencia tienen derecho a entrar, salir, circular y permanecer en el territorio, igualdad de trato en cuanto a derechos civiles, sociales, culturales y económicos con los nacionales, así como el derecho a trabajar, reunión familiar y otros derechos (Artículo 9 Ley 25.903 y Ley 25.902).

Respecto de las personas nacionales de Venezuela, el Estado argentino ha adoptado una serie de normas de rango inferior para permitir su acceso a la residencia. Dichas normas tienen en cuenta la especial dificultad que los nacionales de Venezuela enfrentan a la hora de obtener determinados documentos. En concreto, la Disposición DNM 594/2018 habilita a las autoridades a hacer un análisis caso por caso “que permitan dar continuidad a los trámites migratorios de residencia iniciados por nacionales venezolanos cuando razones ajenas a su voluntad impidan o dificulten la obtención o el cumplimiento de presentación de recaudos documentales exigibles para la adquisición de la radicación, en la medida en que ello no redunde en un riesgo a la seguridad pública.” (Artículo 1). Por su parte, la Disposición DNM 520/2019 se apoya en el Artículo 34 de la Ley de Migraciones⁶⁵ para facilitar el ingreso de nacionales venezolanos/as así como obtener la residencia temporal para aquéllos/as que solo cuenten con una cédula de identidad o pasaporte vencidos emitidos por la República Bolivariana de Venezuela, siempre y cuando el plazo de vencimiento no exceda de los dos años (Artículos 1 y 4 Disposición DNM 520/2019). Con arreglo a los artículos 3 y 4, la DNM conservó la facultad de pedir la documentación antes de resolver cada solicitud, que es lo que ha sucedido en algunos casos en la práctica. Para el caso de menores de nueve años se puede usar la partida de nacimiento si no cuentan con ningún otro documento (Artículo 1 Disposición DNM 520/2019). Por su parte, el Artículo 5 facilita la demostración de carencia de antecedentes penales sin necesidad de legalizar los documentos correspondientes.

A pesar de este marco jurídico, existen una serie de problemas en el acceso a derechos. En primer lugar, hay muchos/as ciudadanos/as de Sudamérica que tienen dificultades para acceder a ciertos documentos y obtener la residencia temporal o que no pueden acreditar con un documento su fecha de ingreso al país dado que entraron hace mucho tiempo. El requisito de entrada legal es contrario a los Acuerdos de Residencia MERCOSUR y a las leyes 25.902 y 25.903, como ya ha sido señalado. En segundo lugar, se han dado casos de discriminación en el acceso a ciertos derechos por parte de ciudadanos/as MERCOSUR ampliado, tales como determinadas pensiones no contributivas.⁶⁶ Esta discriminación también afecta a personas migrantes y refugiadas en general y no sólo a los

64 Ley 25.902, Apruébese el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del Mercosur, Bolivia y Chile, suscripto en Brasilia el 6 de diciembre de 2002, 9 de junio de 2004.

65 Dicho Artículo señala que “se podrá autorizar la entrada al país de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en la ley y su reglamentación, cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por la Argentina”.

66 Ceriani, Pablo and Morales, Diego. Argentina: Avances y Asignaturas Pendientes en la Consolidación de una Política Migratoria basada en Los Derechos Humanos. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, 2011, p. 21.

MERCOSUR ampliado. Esta discriminación es contraria a las Leyes 25.902 y 25.903 y por tanto las defensoras y defensores públicos deben hacer uso de las mismas en sus actuaciones. Además, un Acuerdo bilateral de 2005 permite a las personas nacionales de Brasil acceder directamente a una residencia permanente sin necesitar primero la temporal.⁶⁷

Sin embargo, el elemento más importante se refiere a la posible expulsión de nacionales sudamericanos/as a los que les son de aplicación los Acuerdos de Residencia MERCOSUR. De acuerdo al Artículo 8 del Acuerdo, que tiene rango superior a la Ley en Argentina, “las personas que hayan obtenido su residencia conforme lo dispuesto en el artículo 4º y 5º del presente Acuerdo tienen derecho a entrar, salir, circular y permanecer libremente en territorio del país de recepción, previo al cumplimiento de las formalidades previstas por éste **y sin perjuicio de restricciones excepcionales impuestas por razones de orden público y seguridad pública.**”

Este último elemento es particularmente importante dado que señala que dichas personas que cuenten con residencia temporal o permanente en Argentina gozan de una protección especial en su residencia. De hecho, dichas personas sólo puede ver sus derechos conculcados bajo el Acuerdo por medio de restricciones de carácter excepcional y sólo por motivos de orden público y seguridad pública. Por tanto, la DNM tiene que motivar en cada resolución de expulsión de un/a nacional de uno de estos estados como justifica de manera individual y concreta que se cumplen estos motivos excepcionales. Dicho de otro modo, los nacionales de estos países tienen una protección superior y una seguridad mayor en su residencia.

7.3 Refugio

Definición persona refugiada. Cláusulas de inclusión

El reconocimiento del derecho de toda persona a buscar y recibir asilo está consagrado en el artículo 22.7 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), así como en el artículo XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y en el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La *Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*⁶⁸ define quien es una persona refugiada⁶⁹, cuáles son sus derechos y las principales obligaciones jurídicas de los Estados. Según este instrumento, una persona refugiada es:

“aquella que huye de su país de origen o residencia habitual por temor fundado de sufrir persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, o personas que carecen de nacionalidad (apátridas) y que, por alguno de los motivos anteriores, no pueden o no quieren regresar a su país de residencia habitual”. Esta definición establece lo que se denomina las cláusulas de inclusión.

Pese a que la Convención de Ginebra no recoge expresamente entre sus motivos la persecución por motivos de género⁷⁰ ésta, normalmente, se incluye dentro de la persecución por pertenencia a

67 Acuerdo entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil para la concesión de residencia permanente a titulares de residencias transitorias o temporarias, 30 de noviembre de 2005, aprobado en Argentina por la Ley 26.240 de 11 de abril de 2007.

68 Argentina se adhirió a la CG el 13 de septiembre de 1961 y entró en vigor el 13 de febrero de 1962. Por medio del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de Nueva York de 1967 se logran superar las principales limitaciones que contenía la Convención de 1951: en primer lugar, la limitación temporal que contenía dicho instrumento, en el sentido de que era aplicable a acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951, por lo que mediante el Protocolo se eliminó esa fecha límite. La segunda limitación que se eliminó era la denominada “reserva geográfica”, ya que el texto de la Convención señalaba que se aplicaba únicamente a hechos ocurridos en Europa, cuestión que este Protocolo cambió, en el sentido de indicar que se aplicaba a acontecimientos ocurridos “En Europa o en otro lugar”. Argentina aprobó el Protocolo de Nueva York el 3 de octubre de 1967 y entró en vigor el 6 de diciembre de 1967.

69 Definición de persona refugiada de la Convención de Ginebra (CG) de 1951 sobre los refugiados, recogida en el artículo 1A (2).

70 Directrices sobre Protección Internacional: La persecución por motivos de género en contexto del artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967 (2002).

un determinado grupo social⁷¹ e incluye todos aquellos casos en que las mujeres son perseguidas con una forma de violencia de género (violencia intrafamiliar ejercida por su pareja o ex pareja, violencia sexual, esterilización, gestación y aborto forzado, mutilación genital femenina, matrimonio forzado, crímenes de honor, trata para la explotación sexual⁷², u otros). Estas formas de violencia están prohibidas por la *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer* (1994) y la *Convención de ONU para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer-CEDAW* (1979)⁷³.

Dentro de las persecuciones por motivos de género es necesario tener en cuenta: a) el vínculo que existe entre las solicitudes por violencia de género, en concreto, por violencia intrafamiliar ejercida por su pareja o ex pareja, y los procesos de restitución internacional de menores de edad en el que pueden verse inmersas las mujeres solicitantes de refugio que huyen del país con sus hijos/as y son denunciadas por parte del esposo- agresor por llevarse a los hijos/as consigo; y b) el vínculo existente entre el tráfico de drogas por parte de mujeres migrantes y la trata para la explotación laboral.

También se incluye entre las persecuciones por motivos de género las sufridas por personas perseguidas por su orientación sexual, identidad o expresión de género⁷⁴.

Además del reconocimiento de la persecución por motivos de género, los Estados tienen obligación de interpretar todos los motivos de persecución previstos en la Convención de Ginebra con una perspectiva de género y edad⁷⁵.

En el ámbito de América Latina, además de la *Convención de Ginebra de 1951 sobre los Refugiados*, hay que tener en cuenta que la *Declaración de Cartagena sobre Refugiados* (1984)⁷⁶ contiene una definición de persona refugiada más amplia que la prevista en la Convención de Ginebra, y que define como refugiados también a quienes han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

La Ley 26.165 General de Reconocimiento y Protección al Refugiado recoge ambas definiciones en su artículo 4. Dicha norma también establece que la CONARE (órgano competente para el conocimiento del procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado) procurará cuando se trate de mujeres o menores de edad, en especial si no están acompañados/as, que hubieren sido víctimas de violencia, la atención psicológica especializada durante el procedimiento⁷⁷.

Cláusulas de exclusión

Las cláusulas de exclusión interrelacionan el derecho de refugio con el derecho penal. El artículo 1 F de la Convención de Ginebra de 1951 establece que las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar:

71 Directrices sobre Protección Internacional: La persecución por pertenencia a un determinado grupo social en contexto del artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967 (2002).

72 Guidelines on International Protection: The application of Article 1A (2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees to victims of trafficking and persons at risk of being trafficked (2006).

73 Aunque la CEDAW no reconoce expresamente la violencia contra las mujeres como una forma de discriminación sí la incluye como se indica en la Recomendación General del Comité CEDAW N.º 19 sobre violencia contra las mujeres y la N.º 35 que actualiza la anterior.

74 Directrices sobre Protección Internacional: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967.

75 ACNUR (2009). Directrices de Protección Internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. HCR/GIP/09/08 de 22 de diciembre de 2009.

76 Adoptada por Acta Resolutiva (C.E.Pa. Re) 465/98, de 24 de febrero de 1998.

77 Artículo 53 Ley 26.165.

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA FACILITAR EL ACCESO A LA JUSTICIA A PERSONAS EN CONTEXTO DE MOVILIDAD HUMANA PARA DEFENSORAS Y DEFENSORES PÚBLICOS EN ARGENTINA

- A) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos;
- b) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada; y
- c) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.

Este tenor literal es reproducido en el artículo 9 de la Ley 26.165.

La lógica de las cláusulas de exclusión se fundamenta en que ciertos actos son tan graves que vuelven a sus autores/as indignos/as de recibir protección internacional como refugiados/as. El propósito primario de estas cláusulas es privar a los/as culpables de atrocidades y delitos comunes graves de la protección internacional normalmente brindada a las personas refugiadas. Con ello se impediría que tales personas abusen de la institución del asilo para evadir la rendición de cuentas ante la justicia.

La competencia para decidir si es aplicable alguna de estas cláusulas de exclusión corresponde al Estado en donde el solicitante trata de que se reconozca su condición de refugiado. Para que estas cláusulas sean aplicables, basta con determinar que hay “motivos fundados para considerar” que se ha cometido uno de los actos descritos. No es necesario probar formalmente que ha habido con anterioridad un procedimiento penal. Pero, en todo caso se han de interpretar de forma restrictiva y a la luz del principio de inocencia.

Corresponde a la CONARE analizar si concurren alguna cláusula de exclusión tras analizar si la persona cumple con los requisitos para ser reconocida como refugiada (cláusulas de inclusión).

Aunque la Convención de 1951 impide a los Estados otorgar la condición de persona refugiada a una persona a la que han excluido, el Estado en cuestión puede optar por otorgar a esta persona el derecho de permanecer por otros motivos, aunque las obligaciones según el derecho internacional pueden demandar que la persona sea juzgada penalmente o extraditada.⁷⁸

Principio de no devolución

La piedra angular de la legislación de refugio es la protección contra la expulsión o devolución, es decir el principio de no devolución o *non refoulement*. Este principio viene consagrado en el artículo 33 de la Convención de Ginebra:

Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

Este principio de no devolución, además de estar previsto por la Convención de Ginebra de 1951, es decir por el Derecho Internacional de las Personas Refugiadas, también está reflejado en el artículo 22.8 de la CADH⁷⁹ que reproduce este mismo tenor literal reconociendo su extensión también a cualquier migrante, al igual que la Convención contra la tortura y otros tratos o penas inhumanas o degradantes (artículo 3), y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura

⁷⁸ ACNUR (2003). Directrices sobre Protección Internacional. La aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, pág. 8.

⁷⁹ La Corte IDH consideró vulnerado dicho principio de no devolución en Caso Personas Haitianas vs. Estados Unidos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo de 1997; y en Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013, párr. 153.

(artículo 13) entre otros.⁸⁰ Es decir, este principio también está reconocido por normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El principio de no devolución derivado de la Convención de Ginebra de 1951 es aplicable en el supuesto de que a la persona solicitante de refugio se le deniegue la condición de refugiada, tras la tramitación del oportuno procedimiento, cuando existan motivos para creer que, en el caso de expulsión a su país de origen, puede ser sometida a tortura o tratos inhumanos o degradantes⁸¹.

Pero tal y como hemos mencionado más arriba, el principio de no devolución no es exclusivo de la protección de personas refugiadas, dado que también está previsto por normas de Derechos Internacionales de los Derechos Humanos sirviendo para la protección de otros derechos humanos tales como la vida, la integridad, o la libertad, entre otros. De este modo, también se prohíbe la devolución o expulsión donde este acto pueda conducir a la violación de estos derechos⁸². En estos casos podría concederse a dicha persona otro estatuto tal como la protección complementaria.

El principio de no devolución también incluye la prohibición de devoluciones indirectas⁸³, es decir que los Estados no deben devolver, entregar o rechazar a una persona de manera que ella sea indirectamente devuelta a un país, sea o no el país de nacionalidad, donde su vida o libertad peligran, o donde sería sometida a tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ya sea por obligaciones en otros tratados internacionales o por costumbre internacional⁸⁴.

En estos casos, según el Decreto 616/2010 (artículo 23 m, apartado 1 y 2), se puede conceder residencia por razones humanitarias a:

1. Personas necesitadas de protección internacional que, no siendo refugiadas o asiladas en los términos de la legislación aplicable en la materia, se encuentran amparadas por el Principio de No Devolución y no puedan regularizar su situación migratoria a través de los restantes criterios previstos en la Ley N° 25.871 y su Reglamento.
2. Personas respecto de las cuales se presuma verosímelmente que, de ser obligadas a regresar a su país de origen, quedarían sometidas a violaciones de los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales con jerarquía constitucional.

En la legislación argentina, el principio de no devolución viene recogido en el artículo 7 de la Ley 26.165 en el que se establece que ninguna persona refugiada o solicitante de asilo “podrá ser expulsado, devuelto o extraditado a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro su derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, incluido el derecho a no ser sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes”.

Tal y como reconoce el artículo 2 de la Ley 26.165, el principio de no devolución incluye la **prohibición de rechazo en frontera**.

La legislación argentina establece la obligación de toda autoridad (ya sea central, regional o municipal, de policía, fronteras, migración, judicial o cualquier otro funcionario habilitado) que tenga

80 Artículo 16 de la Convención contra Desapariciones Forzadas de Naciones Unidas.

81 El sistema interamericano ha interpretado la prohibición de devolución en casos de salud por su relación con los derechos a la vida e integridad personal. En este sentido, la CIDH resolvió en el caso de Andrea Mortlock vs. Estados Unidos que se violaba la protección del artículo XXVII de la Declaración Americana a no imponer penas crueles, infamantes o inusitadas, puesto que, de ser retornada a Jamaica, no contaría con el tratamiento para VIH, enfermedad que era terminal e incurable. CIDH (2020). Debido Proceso en el procedimiento para la determinación de la condición de persona refugiada, y apátrida y el otorgamiento de protección complementaria. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 255, pág. 135.

82 CIDH (2020). Debido Proceso en el procedimiento para la determinación de la condición de persona refugiada, y apátrida y el otorgamiento de protección complementaria. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 255, pág. 140.

83 CIDH, Resolución 04/19, Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y víctimas de la trata de personas, San Salvador, 7 de diciembre de 2019, Sección XV, Principio 6.

84 CIDH (2020). Debido Proceso en el procedimiento para la determinación de la condición de persona refugiada, y apátrida y el otorgamiento de protección complementaria. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 255, pág. 56.

conocimiento de la aspiración de una persona extranjera de acceder al procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado/a, de garantizar el respeto al principio de no devolución y de notificar dicha solicitud inmediatamente a la Secretaría Ejecutiva de la CONARE⁸⁵.

Este **principio de no devolución** presenta una serie de limitaciones establecidas en el párrafo 2 del artículo 33 de la Convención de Ginebra.

1. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

Las excepciones a este principio deben ser interpretadas de manera muy estricta y respetando todas las garantías del debido proceso, en línea con el artículo 8 de la ley 26165 y de conformidad con el principio *pro persona*.

También se debe tener en cuenta que si lo que está en juego es el riesgo de tortura, entonces la prohibición de devolución es absoluta y no rigen estas excepciones.

Las personas solicitantes de asilo o refugiadas que cometen “delitos comunes graves” dentro del país de asilo están sujetos a las normas penales de ese país.

Expulsión de personas refugiadas

Además, en el caso de delitos particularmente graves, están también sometidas a lo dispuesto en los artículos 33(2) de la Convención de 1951 (excepción al principio de no devolución) y al artículo 32 de la Convención de 1951 que regula la **expulsión de refugiados**:

Artículo 32. Expulsión. 1. Los Estados Contratantes no expulsarán a refugiado alguno que se halle legalmente en el territorio de tales Estados, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público.

2. La expulsión del refugiado únicamente se efectuará, en tal caso, en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes. A no ser que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional, se deberá permitir al refugiado presentar pruebas exculpatorias, formular recurso de apelación y hacerse representar a este efecto ante la autoridad competente o ante una o varias personas especialmente designadas por la autoridad competente.

3. Los Estados Contratantes concederán, en tal caso, al refugiado un plazo razonable dentro del cual pueda gestionar su admisión legal en otro país. Los Estados Contratantes se reservan el derecho a aplicar durante ese plazo las medidas de orden interior que estimen necesarias.

Esta excepcionalidad de la expulsión está recogida en el artículo 8 de la ley 26.165.

Esta excepcionalidad también sería aplicable en el supuesto de que a la persona solicitante de asilo se le denegase la condición de refugiada, tras la tramitación del oportuno procedimiento, cuando existieran motivos para creer que, en el caso de expulsión a su país de origen, podría ser sometida a tortura o tratos inhumanos o degradantes (Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura y Convención contra la Tortura de Naciones Unidas). Estos instrumentos podrían incluso proteger contra la devolución a una persona a la que se le ha aplicado una cláusula de exclusión⁸⁶.

⁸⁵ Artículo 39 Ley 26.165.

⁸⁶ ACNUR (2003). Directrices sobre Protección Internacional. La aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, pág. 9.

Extradición

En relación con la extradición se produce otra interacción con el derecho penal ya que la interposición de una solicitud para el reconocimiento de la condición de refugiado/a tendrá efecto suspensivo sobre la ejecución de una decisión que autorice la extradición del/de la solicitante de asilo hasta que el procedimiento de determinación de la condición de refugiado/a haya sido completado mediante resolución firme⁸⁷. El reconocimiento de la condición de refugiado/a pone fin a la tramitación de cualquier proceso de extradición.

Si la persona requerida poseyera la condición de refugiada y el pedido de extradición proviniera del país que motivó el refugio, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto procederá a devolver la requisitoria sin más trámite con explicación de los motivos que obstan a su diligenciamiento.⁸⁸

Si el resultado del procedimiento de solicitud de refugio es negativo se podrá seguir adelante con la tramitación del proceso de expulsión y se podrá extraditar a la persona pero con respeto del principio de no devolución.

Otros principios

El artículo 2 de la Ley 26.165, además de reconocer el principio de no devolución y la prohibición de rechazo en frontera, recoge otros principios como el de no discriminación, unidad familiar, confidencialidad, trato más favorable⁸⁹, de interpretación más favorable de la norma o principio pro homine y la **no sanción por ingreso ilegal**.

Este último principio se recoge en la CG y en la Ley 26.165

Artículo 31.1 CG	Artículo 40 Ley 26.165
<p>1. Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales. 2. Los Estados Contratantes no aplicarán a tales refugiados otras restricciones de circulación que las necesarias; y tales restricciones se aplicarán únicamente hasta que se haya regularizado su situación en el país o hasta que el refugiado obtenga su admisión en otro país. Los Estados Contratantes concederán a tal refugiado un plazo razonable y todas las facilidades necesarias para obtener su admisión en otro país.</p>	<p>“No se impondrán sanciones penales o administrativas al solicitante de la condición de refugiado por motivo de ingreso ilegal al país, a condición de que se presente sin demora a las autoridades y alegue causa justificada de su ingreso o permanencia ilegal. La autoridad competente no aplicará otras restricciones de circulación que las estrictamente necesarias y solamente hasta que se haya regularizado la situación del solicitante en el país. En el caso de que se haya iniciado causa penal o expediente administrativo por ingreso ilegal, estos procedimientos serán suspendidos hasta que se determine por medio de resolución firme la condición de refugiado al solicitante. En el caso de reconocimiento de la condición de refugiado.</p>

Este principio incluye la no sanción por utilización de documentación de viaje falsa, teniendo en cuenta que la población necesitada de protección internacional no tiene otra opción más que recurrir a tales medios para poder huir de la situación de la persecución en su país de origen por alguno de los motivos previstos en la Convención de Ginebra⁹⁰ o en la Declaración de Cartagena.

En relación con el requisito de que la persona refugiada o solicitante *se presente sin demora ante las autoridades*, hay que tener en cuenta que se trata de una cuestión de hecho y su interpretación

⁸⁷ Artículo 14 Ley 26.165.

⁸⁸ Artículo 20 Ley 24767 Disposiciones Generales. Extradición. Asistencia en la investigación y juzgamiento de delitos. Cumplimiento de condenas. Competencia. Disposiciones Transitorias y de Forma.

⁸⁹ También se recoge en el artículo 3 de la Ley 26.165.

⁹⁰ Resolución de la DGN N.º 957/15.

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA FACILITAR EL ACCESO A LA JUSTICIA A PERSONAS EN CONTEXTO DE MOVILIDAD HUMANA PARA DEFENSORAS Y DEFENSORES PÚBLICOS EN ARGENTINA

depende de las circunstancias de cada caso en particular, incluyendo consideraciones relativas a los efectos del trauma, el idioma, falta de información, dificultades para confiar en las autoridades, sentimientos de inseguridad, entre otros⁹¹.

En cuanto al requisito de *causa justificada*, se considera satisfecho cuando la persona cuenta con un temor fundado de persecución en el país de origen o residencia habitual⁹². Una vez verificado que la persona cumple con los requisitos requeridos, el procedimiento iniciado debe ser suspendido, tal y como lo prescribe el artículo 40, independientemente de si la persona es refugiada reconocida o solicitante de dicha condición.⁹³

La DGN recomienda a las defensoras y defensores públicos que consideren la causal de justificación del artículo 40 de la Ley 26.165 como parte de la estrategia de defensa en aquellos casos que involucren delitos relacionados con el ingreso irregular al país, o la utilización de documentación falsa para ingresar o salir del país, por parte de refugiados o solicitantes de dicha condición.

El **principio de unidad familiar** se reconoce al regular la extensión de la condición de refugiado/a (artículos 5 y 6 Ley 26.165). Dicha condición de refugiado/a podrá extenderse al cónyuge o persona con la que se halle ligado en razón de afectividad y convivencia, ascendientes, descendientes y colaterales en primer grado que dependan de la persona refugiada económicamente. Se ha de presentar solicitud ante la CONARE. En dicho procedimiento, tras realizar una entrevista de elegibilidad y presentar pruebas que acrediten el vínculo familiar y, en su caso, dependencia económica, se dictará resolución contra la que cabe recurso jerárquico y judicial. Una vez extendido el estatuto de refugiado/a, lo/as familiares podrán tramitar la residencia como refugiado/as si se encuentran en el territorio. Si se encuentran en el exterior, la CONARE dará intervención al área consular de Cancillería para que se proceda a expedir los permisos de ingreso bajo el artículo 23 inc. k de la Ley 26.165 a través del consulado correspondiente.

El **principio de confidencialidad** viene recogido en los artículos 2, 32 y 48 de la Ley 26.165 al determinar que toda la información relacionada con la condición de refugiado tendrá carácter estrictamente confidencial. Especial atención se debe prestar a la no comunicación con las autoridades del país de su nacionalidad o residencia habitual (embajadas o consulados). Así pues, pese a que toda persona privada de libertad tiene derecho a solicitar asistencia consular, en el caso de tratarse de una persona refugiada o solicitante de asilo hay que tener en cuenta que la seguridad de dicha persona puede peligrar si el Estado receptor no evita que la información que aquel o aquella le brinda caiga bajo el dominio de las autoridades del país del cual proviene⁹⁴.

En efecto, la confidencialidad respecto de todo lo informado por las personas refugiadas y solicitantes del reconocimiento de dicha condición, en el marco del proceso administrativo pertinente, se desprende del espíritu mismo de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y constituye un principio consagrado en los artículos 2, 32 y 48 de la Ley N° 26.165.⁹⁵

De acuerdo con ACNUR, “[l]os procedimientos de asilo deben respetar, en todas las etapas del procedimiento, la confidencialidad de todos los aspectos de la solicitud de asilo, incluso el mismo hecho de que la persona ha planteado una solicitud. Asimismo, no se debe compartir ninguna información de la solicitud con el país de origen”.⁹⁶

En estrecha relación con este principio hay que tener en cuenta el **principio de ayuda administrativa** que viene recogido en el artículo 25 de la CG y 17 de La Ley 26.165.

91 *Ibidem*.

92 *Ibidem*.

93 *Ibidem*.

94 Resolución de la DGN N. °770/12.

95 Resolución 770/2012 de la Defensoría General de la Nación Argentina.

96 *Ibidem* y ACNUR, Consultas Globales sobre Protección Internacional/Tercer ámbito: Procesos de asilo (procedimientos de asilo justos y eficientes, EC/ GC/ 01/12, 31 de mayo de 2001, párr. 50.m).

Artículo 25 CG	Artículo 17 Ley 26.165
<p>1. Cuando el ejercicio de un derecho por un refugiado necesite normalmente de la ayuda de las autoridades extranjeras a las cuales no pueda recurrir, el Estado Contratante en cuyo territorio aquél resida tomará las disposiciones necesarias para que sus propias autoridades o una autoridad internacional le proporcionen esa ayuda. 2. Las autoridades a que se refiere el párrafo 1 expedirán o harán que bajo su vigilancia se expidan a los refugiados los documentos o certificados que normalmente serían expedidos a los extranjeros por sus autoridades nacionales o por conducto de éstas. 3. Los documentos o certificados así expedidos reemplazarán a los instrumentos oficiales expedidos a los extranjeros por sus autoridades nacionales o por conducto de éstas, y harán fe salvo prueba en contrario.</p>	<p>Cuando para el ejercicio de sus derechos y obligaciones el refugiado debiera, en circunstancias normales, solicitar los servicios consulares de su país de nacionalidad o residencia habitual para la obtención de documentos, certificación o acreditación de su estado civil, títulos y demás actos administrativos, las autoridades competentes tomarán las medidas oportunas para asistir al refugiado, respetando su derecho a no solicitar asistencia de las autoridades del gobierno de su país de nacionalidad o residencia habitual.</p>

Beneficio de la duda

El beneficio de la duda está relacionado con el estándar de prueba exigido en el procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado/a. Este estándar es la prueba indiciaria y no la prueba plena. Así que, si no pudiera recolectarse prueba directa, las autoridades, en su evaluación, podrán basarse de manera supletoria en indicios y presunciones y en la credibilidad del solicitante aplicando el beneficio de la duda a su favor⁹⁷.

Cesación de la condición de refugiado

Por último, hay que tener en cuenta que la condición de refugiado/a cesará cuando la persona: a) se ha acogido de forma voluntaria a la protección del país de su nacionalidad; b) Habiendo perdido su nacionalidad, la ha recobrado voluntariamente; c) Ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad; d) Se ha establecido voluntariamente en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por temor de ser perseguido; e) No puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada; f) Si se trata de una persona que no tiene nacionalidad y, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, está en condiciones de regresar al país donde tenía su residencia habitual⁹⁸.

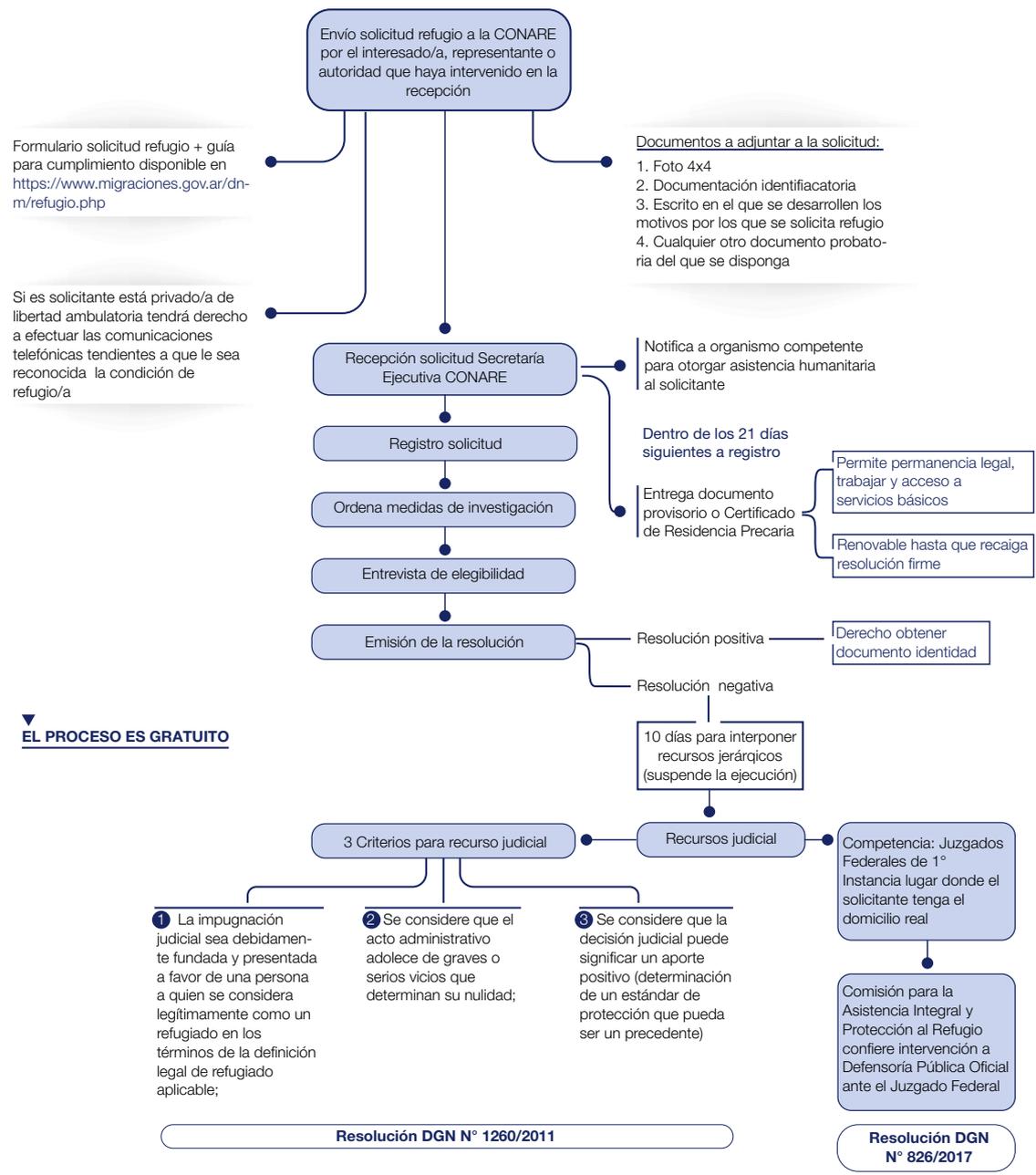
Este proceso se inicia por la CONARE de oficio. Contra la resolución que se dicte cabe recurso jerárquico ante el Ministerio de Interior dentro del plazo de 15 días desde la notificación y, eventualmente, la impugnación judicial. En caso que la cesación, quede firme, a la persona cesada en su estatuto se le debe dar un plazo razonable para dejar el país, o en su caso, para permanecer en el mismo bajo el estatuto legal que le pueda ser conferido según la ley aplicable (a menos que la persona ya cuente con residencia o haya adquirido la ciudadanía argentina, en cuyo caso la cesación no deberá impactar negativamente en su permanencia en el país).

⁹⁷ Artículo 46 Ley 26.165.

⁹⁸ Artículo 11 Ley 26.165.

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA FACILITAR EL ACCESO A LA JUSTICIA A PERSONAS EN CONTEXTO DE MOVILIDAD HUMANA PARA DEFENSORAS Y DEFENSORES PÚBLICOS EN ARGENTINA

Procedimiento



Fuente: Elaboración propia.

7.4 Trata de seres humanos

Para la protección frente a la trata de seres humanos es fundamental el *Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, (conocido como el Protocolo de Palermo)*⁹⁹. Este protocolo contiene la definición de trata aceptada internacionalmente:

⁹⁹ Junto con el *Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire*, complementan la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* (2000).

La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos; el consentimiento dado por la víctima de la trata no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado; en el caso de menores existirá trata incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados.

Esta definición contiene tres elementos: (i) el acto (captación, transporte, traslado, acogida o recepción); (ii) el medio utilizado (amenaza, uso de la fuerza, coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder, situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios); y (iii) el objetivo (prostitución, explotación sexual, esclavitud, prácticas análogas a la esclavitud, servidumbre o extracción de órganos).

La ley 26.364 Prevención de la Trata de Personas y Asistencia a sus víctimas recoge esta definición en sus artículos 2 y 3. Establece que existe explotación (artículo 4) cuando: a) se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre o prácticas análogas; b) se obligue a una persona a realizar trabajos o servicios forzados; c) cuando se promueva, facilite, desarrolle o se obtenga provecho de cualquier forma de comercio sexual; y d) se practique la extracción ilícita de órganos o tejidos humanos.

El artículo 5 de la Ley 26.364 establece que:

Las víctimas de trata de personas no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata. Tampoco le serán aplicables las sanciones o impedimentos establecidos en la legislación migratoria cuando las infracciones sean consecuencia de la actividad desplegada durante la comisión del ilícito que las damnificara.

Hay que tener en cuenta que algunas víctimas de trata pueden solicitar refugio, al ser la trata una forma de violencia de género y encajar dentro de las persecuciones por motivos de género¹⁰⁰.

7.5 Niños, niñas y adolescentes migrantes

La Convención de los Derechos del Niño consagra (artículo 3) el interés superior del/de la menor de edad en virtud del cual los Estados se comprometen a asegurar al NNA la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres/madres, tutores u otras personas responsables de él/ella ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Este interés superior del NNA está reconocido en la Ley N.º 26.061, de 2005 de protección de la infancia (artículos 1 y 3). Esta norma equipara dicho interés con la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley y se concreta en qué consiste dicho principio señalándose que implica respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de NNA a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;

¹⁰⁰ Directrices sobre Protección Internacional: La aplicación del artículo 1A (2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata HCR/GIP/06/07 de 7 de abril de 2006.

- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las NNA y las exigencias del bien común;
- f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las NNA hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Por su parte, el Comité de los derechos de los Niño establece que: “La determinación del interés superior del niño exige una evaluación clara y a fondo de la identidad de éste y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección. Así pues, permitir el acceso del menor al territorio es condición previa de este proceso de evaluación inicial, el cual debe efectuarse en un ambiente de amistad y seguridad y a cargo de profesionales competentes formados en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género.”¹⁰¹

Por otro lado, la Convención sobre los Derechos del Niño determina (artículo 22) que: “Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado [...]reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes”.

Entre los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar el interés superior del NNA se encuentran sus situaciones de posible vulnerabilidad, como tener alguna discapacidad, pertenecer a un grupo minoritario, ser refugiado/a o solicitante de asilo, ser víctima de malos tratos, vivir en la calle u otros análogos. El objetivo de la determinación del interés superior de un/a NNA en situación de vulnerabilidad no debe referirse solo al pleno disfrute de todos los derechos consagrados en la Convención, sino también en otras normas de derechos humanos relacionadas con esas situaciones específicas, como los contemplados en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, entre otros instrumentos¹⁰².

Decisiones subsiguientes, como el nombramiento de un/a tutor/a competente lo antes posible, constituyen una garantía procesal importantísima para el respeto del interés superior de los/las NNA no acompañados o separados de su familia. Así pues, el/la NNA no podrá entablar los procedimientos de obtención del asilo u otros procedimientos sino después del nombramiento de un/a tutor/a. Si el/la NNA separado/a o no acompañado/a solicita el asilo o entabla otros procesos o actuaciones administrativas o judiciales, además del tutor/a, se le nombrará un **representante legal**¹⁰³. En Argentina, cuando se presenta una solicitud de asilo por parte de una NNA no acompañado/a se da intervención al organismo de protección de la niñez y a la defensoría de menores competente antes de designar un/a tutor/a.

Para el caso de NNA que solicitan asilo, el *Protocolo para la Protección, Asistencia y Búsqueda de Soluciones Duraderas para Niños no Acompañados o Separados de sus Familias en busca de Asilo*¹⁰⁴ establece un procedimiento diferenciado para tramitar sus solicitudes de forma prioritaria. La resolución en estos casos deberá adoptarse antes de que transcurran seis meses; y el NNA puede elegir el sexo de la persona que realizará la entrevista de elegibilidad así como del/de la intérprete. No cabe olvidar el derecho del NNA a ser oído teniendo en cuenta el grado de madurez y sus capacidades.

NNA en procesos migratorios de expulsión de sus progenitores

101 Observación General N.º 6 (2005) Trato de los menores no acompañados o separados de su familia fuera de su país de origen CRC/GC/2005/6 de 1 de septiembre 2005, párr. 20.

102 Comité de los Derechos del Niño. Observación General N.º. 14 (2013) sobre el derecho de niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3.1). CRC/C/GC/14 de 29 de mayo de 2013.

103 Observación General N.º 6 (2005) Trato de los menores no acompañados o separados de su familia fuera de su país de origen CRC/GC/2005/6 de 1 de septiembre 2005, párr. 21.

104 Protocolo suscrito por CONARE, Dirección Nacional de Migraciones, Ministerio Público de la Defensa, ACNUR, OIM y UNICEF.

La ley de migraciones No. 25.871 supuso, directa e indirectamente, un avance sustantivo respecto de los derechos de NNA migrantes, así como en los hijos e hijas de personas migrantes que habitan en el país. Junto con la ley de protección de la infancia (Ley No. 26.061, de 2005), se conformó una nueva perspectiva basada en el enfoque de derechos, tanto en materia de niñez como de políticas migratorias.

La Ley 25.871 ofrece un marco jurídico protector de la infancia migrante o los hijos e hijas de personas migrantes, tanto para permitir su ingreso y residencia al país como para evitar que algunas decisiones (por ejemplo, la expulsión) impliquen la separación de la familia. El criterio de radicación por familia facilita el acceso a la residencia de la niñez migrante y/o de sus padres (artículo 22 de la ley y el reglamento) y constituye también un aspecto verdaderamente favorable en la protección de los derechos de NNA y los hijos e hijas de las personas migrantes¹⁰⁵.

Por otro lado cabe destacar que, en diciembre de 2011, ocho años después de la sanción de la nueva ley migratoria, entró en vigencia la Disposición 2656/2011 que prevé que a los NNA migrantes menores de 14 años que no cuenten con autorización para el ingreso al país, se les otorgará una autorización provisoria de permanencia y deberán ser puestos a disposición de la autoridad con competencia en materia de niñez a los fines de su guarda provisoria.

7.6 Apatridia

La apatridia está regulada por la Ley 27.512, Ley General de Reconocimiento y Protección de las Personas Apátridas de 28 de agosto de 2019. Dicha norma establece un procedimiento para determinar el estatuto de persona apátrida y facilidades para su naturalización.

La Ley 27.512 establece en su artículo 1 que tiene prevalencia frente a cualquier otra ley aplicable a los/las extranjeros/as en general cuando la persona sea apátrida, a no ser que la ley de migraciones u otra le sea más favorable. La ley se aplica cuando la persona esté bajo la jurisdicción de las autoridades argentinas (artículo 2). La ley define como apátrida a aquella persona que “no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado” (artículo 4) y establece ciertas categorías de personas que no pueden obtener el estatuto de apátrida en su artículo 6, tales como los que hayan cometido un delito contra la humanidad.

La persona que se encuentre en situación de apatridia y solicite el reconocimiento de dicha condición no puede ser sancionada por entrada irregular al país (artículo 10). Además, tanto la persona apátrida como el solicitante solo pueden ser expulsadas por razones de seguridad o de orden público (artículo 11). La ley 27.512 también establece garantías especiales en cuanto a la reunificación familiar (artículo 12).

A través de la Resolución DGN 1370/2019 de 10 de octubre de 2019, la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio obtuvo competencia para las siguientes tareas:

1. Brindar asesoramiento, patrocinio jurídico y/o representación legal en el procedimiento de determinación de apatridia ante la CONARE y, de corresponder, en las instancias recursivas administrativas y judiciales en casos de denegatoria de la solicitud de reconocimiento de la condición de apátrida, en los términos del Artículo 33 de la Ley N.º 27.512.

2. Orientar a la persona reconocida como apátrida respecto de los trámites necesarios para obtener la radicación ante la Dirección Nacional de Migraciones y el Documento Nacional de Identidad.

¹⁰⁵ CDC/C/85/D/90/2019 de 5 de julio de 2019. Abordó la expulsión de una migrante peruana con tres hijos nacidos en Argentina. Ésta había sido condenada por posesión de drogas para su comercialización. La madre recurrió la orden de expulsión y, mientras se tramitaron los recursos conoció a su pareja y tuvo los tres hijos. El Estado llegó a un acuerdo amistoso con la parte actora, suspendió la expulsión y concedió a la madre residencia permanente.

3. Brindar asesoramiento y patrocinio jurídico en los procesos de ciudadanía iniciados por personas reconocidas como apátridas que deseen contar con dicha asistencia, en los términos del Artículo 59 de la Ley N.º 27.512.

4. Procurar la derivación a otros servicios de asistencia jurídica gratuita, incluyendo las Defensorías Públicas Oficiales ante los Juzgados y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en los supuestos de inscripción tardía previstos en el Artículo 49 de la Ley N.º 27.512.

Por tanto, se presentan aquí cuatro grandes líneas de acción para ofrecer asistencia jurídica a las personas en situación de apatridia:

Reconocimiento de la apatridia frente a la CONARE

Durante todo el procedimiento la persona tiene derecho a ser asistida por un representante legal que puede ser en este caso el defensor/a asignado/a (Artículo 33 Ley 27.512). La solicitud de reconocimiento se puede hacer verbalmente o por escrito y la puede llevar a cabo el representante legal (Artículo 35 Ley 27.512). El Defensor/a puede por tanto ayudar a realizar dicha solicitud y a recabar todas las pruebas documentales.

Una vez presentada la solicitud, la CONARE tiene la obligación de informar a la persona solicitante, en su propio idioma o en un idioma que entienda, sobre el procedimiento y sus derechos (Artículo 31 Ley 27.512). El procedimiento requiere que se mantenga una entrevista personal con la persona solicitante. El Defensor/a puede ayudar a preparar dicha entrevista y durante la misma se tiene derecho a traductor/a o intérprete calificado/a en caso de que la persona solicitante no comprenda el castellano (Artículo 32 Ley 27.512).

En el caso de que la persona que solicita la condición sea un NNA, la misma tiene derecho a que la entrevista sea llevada a cabo por personal capacitado, a un representante legal, y a que se de consideración primordial al interés superior del NNA (Artículos 52-54 Ley 27.512). En los casos en que la persona tenga discapacidad, y según el tipo de la misma, la CONARE también tendrá la obligación de procurar la designación de un/a representante legal (Artículo 55 Ley 27.512).

La condición de apátrida se otorga cuando existen indicios suficientes que la persona no es considerada como nacional por ningún otro Estado conforme a su legislación (Artículo 38 Ley 27.512). En todo el procedimiento se aplica el principio del beneficio de la duda cuando la persona solicitante cumpla con su deber de cooperación (Artículo 39 Ley 27.512).

La CONARE tiene un plazo de sesenta días (60) corridos, que puede ser ampliado en situaciones de casos complejos por otros ciento ochenta (180) días corridos, para tomar una decisión desde el momento en que haya concluido las consultas pertinentes a autoridades extranjeras. La decisión final tiene que contener los hechos y fundamentos legales que la motivan (Artículos 41 y 42 Ley 27.512).

De acuerdo al régimen ordinario de revisión administrativa y judicial de los actos administrativos, dicha decisión puede ser impugnada en sede administrativa y judicial. Se puede interponer recurso jerárquico en el plazo de diez días desde la notificación ante la secretaría ejecutiva de la CONARE y elevado al Ministerio del Interior. Contra la decisión que rechaza el recurso jerárquico, se puede interponer acción judicial de impugnación del acto administrativo. Los recursos o acciones administrativas o judiciales tienen efecto suspensivo de cualquier medida de expulsión (Artículo 46 Ley 27.512).

Por último, ha de señalarse que en cualquier momento del procedimiento, bien a instancia de parte o de oficio, la CONARE podrá tramitar la solicitud de la condición de refugiado (Artículo 47 Ley 27.512).

Orientar a la persona reconocida como apátrida respecto de los trámites necesarios para obtener la radicación ante la Dirección Nacional de Migraciones y el Documento Nacional de Identidad.

En primer lugar, ha de señalarse que la CONARE está obligada a otorgar a la persona solicitante de la condición de apátrida un documento provisorio que le permita permanecer legalmente en el país, trabajar, y acceder a servicios y beneficios básicos sociales, de salud y educación (artículo 21 Ley 27.512).

En segundo lugar, una vez que se da dicho reconocimiento, la CONARE ha de emitir la constancia que certifique dicha condición. Una vez obtenida la persona puede conseguir una residencia temporaria de dos años que se transformara en residencia permanente pasado dicho plazo (Artículo 22 Ley 27.512). La residencia permite la obtención de un documento nacional de identidad (DNI). Además, toda persona apátrida tiene derecho a que se le expida un documento de viaje que le permita salir y reingresar al país (Artículo 23 Ley 27.512).

Dada la importancia de todos estos documentos, y la necesidad para la persona dado que permiten el acceso a derechos básicos, el Defensor/a que preste asistencia en estos casos ha de asegurarse de que sean entregados de manera inmediata en cada una de las fases.

Brindar asesoramiento y patrocinio jurídico en los procesos de ciudadanía

Este procedimiento se explica en la sección acceso a la nacionalidad argentina.

Procurar la derivación a otros servicios de asistencia jurídica gratuita, incluyendo las Defensorías Públicas Oficiales ante los Juzgados y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en los supuestos de inscripción tardía previstos en el Artículo 49 de la Ley N.º 27.512

Este supuesto se da cuando la CONARE determine que la persona ha nacido en territorio argentino pero que su nacimiento no se ha registrado oportunamente. En dichos casos, el procedimiento de reconocimiento de apatridia se suspende y se da comunicación a la autoridad registral competente para que proceda a la inscripción tardía de la persona como argentina. En caso de que la persona no sea inscripta como nacional, la decisión administrativa o judicial debe comunicarse a la CONARE para que reanude el procedimiento de determinación de la condición de persona apátrida.

7.7 Acceso a la Nacionalidad

Como regla general, la persona que quiera naturalizarse ha de haber residido dos años continuos en territorio argentino, aunque existen excepciones más favorables para determinadas categorías de personas no nacionales.¹⁰⁶ La Corte Suprema ha establecido, en el caso Ni I-Hsing de 2009, que dicha residencia no ha de ser necesariamente contando con un permiso de estadía dado que lo importante es la residencia en el país en sí, y no el estatus migratorio. Por tanto, la ley no exige que exista el otorgamiento por parte de la Dirección Nacional de Migraciones de una radicación en los términos de la Ley 25.871, ni tampoco se puede pedir la presentación de un documento nacional de identidad extendido como consecuencia de la obtención de la radicación en el país.

Además, de acuerdo al Artículo 6 de la Ley 346, el acceso a la nacionalidad argentina es un derecho subjetivo y no un poder discrecional del Estado. Por tanto, la carta de naturalización debe ser otorgada por el/la Juez/a Federal de la sección ante la cual se hubiese solicitado a aquéllos/as que cumplan los requisitos. El procedimiento es gratuito (Artículo 10 de la Ley 346). Según la Ley,

¹⁰⁶ Ley de Ciudadanía, Ley 346, Buenos Aires, 1 de octubre de 1869, Artículo 2(2). Ver también Decreto Reglamentario sobre Ciudadanía y Naturalización, Decreto Nacional 3213/1984, 28 de septiembre de 1984.

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA FACILITAR EL ACCESO A LA JUSTICIA A PERSONAS EN CONTEXTO DE MOVILIDAD HUMANA PARA DEFENSORAS Y DEFENSORES PÚBLICOS EN ARGENTINA

el/la Juez/a ha de otorgar o denegar la carta de ciudadanía en un plazo máximo de 90 días, y la misma no puede ser denegada por motivos políticos, ideológicos, gremiales, religiosos o raciales (Artículo 11 Ley 346).

El procedimiento lo puede iniciar cualquier persona ante un juzgado federal. Se ha de manifestar la voluntad de ser argentino/a, tener 18 años de edad cumplidos, dos años de residencia, y no caer dentro de alguno de los impedimentos recogidos en el Artículo 3 del Decreto Reglamentario 3213/1984. Además, en su reciente caso Liu Cairong de 2020, la Corte Suprema señala que el conocimiento del idioma castellano no es una exigencia para tramitar la ciudadanía argentina. El/la juez/a correspondiente tampoco puede requerir ningún otro tipo de conocimiento específico por parte del/la solicitante tales como historia argentina, geografía, política o derecho constitucional. En los casos en que participe un Defensor/a se ha de estar muy atento/a para poder impugnar estos requisitos que no están incorporados en la Ley 346 ni en su Decreto Reglamentario 3213/1984.

Respecto de los impedimentos los mismo son: no tener ocupación o medios de subsistencia honesto; estar procesado/a en el país, o en el extranjero, por un delito previsto en la legislación penal argentina, hasta no ser separado/a de la causa; o haber sido condenado/a por delito doloso a pena privativa mayor de tres años, excepto si la misma ha sido cumplida y han pasado cinco años desde su vencimiento o hubiere mediado amnistía. Se puede denegar también la solicitud cuando esté plenamente probado que el/la causante realizó actos de carácter público que significaron la negación de los derechos humanos, la sustitución del sistema democrático, el empleo ilegal de la fuerza o la concentración personal del poder.

El procedimiento está establecido en el Artículo 4 del Decreto 3213/1984. La persona debe presentar ante el Juez/a Federal con competencia en su domicilio una solicitud en la cual debe indicar nombre y apellido paterno y materno. Asimismo, debe especificar fecha y lugar de nacimiento, nacionalidad o ciudadanía de origen y domicilio. Para probar los dos primeros de debe incorporar alguno de los siguientes documentos: Certificado de nacimiento, Pasaporte del país originario visado por el/la Cónsul argentino/a del lugar, o Documento Nacional de Identidad o Cédula de Identidad otorgada por la Policía Federal Argentina. En el caso de personas refugiadas o solicitantes de dicha condición, existen reglas especiales señaladas más abajo. Por tanto en estas situaciones, y en el caso de que la persona no cuente con documentos que acrediten su identidad, la misma debe confirmarse por otros medios. El Decreto 3213/1984 amplía esta posibilidad más allá de las personas refugiadas y solicitantes de tal condición, dado que cualquier persona que tenga un impedimento material de obtener dicha documentación ha de tener la posibilidad de que se confirme su identidad por otros medios (Artículo 4).

Respecto a las competencias de la Defensoría General de la Nación debemos distinguir lo siguiente. En primer lugar, y de acuerdo a la Resolución 771/2012 de la Defensoría General de la Nación de 6 de julio de 2012, la Comisión para la Asistencia Integral y Protección del Refugiado y Peticionante de Refugio tiene la facultad de ofrecer patrocinio jurídico gratuito no sólo en los procesos de ciudadanía iniciados por personas refugiadas, sino también en aquellos iniciados por personas solicitantes del reconocimiento de dicha condición. En segundo lugar, la Resolución DGN 1370/2019 amplía esto para personas reconocidas como apátridas y, por tanto, la Comisión del Refugiado tiene competencia para brindar asesoramiento y patrocinio jurídico en los procesos de ciudadanía iniciados por personas reconocidas como apátridas que deseen contar con dicha asistencia. En tercer lugar, las defensorías federales, con competencia ante el fuero civil y comercial federal o aquel que le dé trámite en cada jurisdicción, lo hacen en el resto de casos cuando la persona no es refugiada. Si la persona es refugiada o solicitante de asilo, pero vive en otra jurisdicción, también interviene la defensoría federal con competencia. La Comisión del Migrante no participa en trámites de nacionalidad dado que no tiene competencia para ella. A nivel de la Ciudad de Buenos Aires, la Defensoría del Pueblo de CABA si asesora en temas de nacionalidad con lo cual se puede hacer la derivación correspondiente en caso de que sea necesario.

Normas especiales para Refugiados y Solicitantes de Asilo

Cuando la persona es refugiada o solicitante de asilo existe una obligación legal aun mayor de faci-

litar la naturalización. De hecho, el Artículo 34 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre Refugiados, aprobada en Argentina por la Ley 15.869, establece que los “Estados Contratantes facilitarán en todo lo posible la asimilación y la naturalización de los refugiados. Se esforzarán, en especial, por acelerar los trámites de naturalización y por reducir en todo lo posible derechos y gastos de tales trámites.” De hecho, el estatuto de refugiado cesa según el Artículo 11(c) de la Ley 26.165 cuando la persona adquiere la nacionalidad. De hecho, la CONARE tiene la obligación de promover la naturalización como solución duradera (Artículo 58 Ley 27.512).

Esto lleva a dos consideraciones. En primer lugar, ha de señalarse que el Artículo 40 de la Ley 26.165 establece que no se pueden imponer sanciones por ingreso ilegal al país. Por tanto, en los casos en que haya dudas a la hora de determinar la fecha de entrada al país, se debe garantizar la representación de la persona y buscar otros medios probatorios para demostrar el tiempo de residencia en el país.

En segundo lugar, no se puede exigir al solicitante de la ciudadanía que presente documentación de su país de origen o que obtenga ninguna legalización o apostillado si es refugiado o solicitante de asilo.

Normas especiales para Personas con condición de apátrida

En el caso de personas con condición de apátrida se aplican algunas normas especiales establecidas en la Ley 27.512 sobre reconocimiento y protección de las personas apátridas. En primer lugar, hay que señalar que toda persona apátrida tiene el derecho a naturalizarse (Artículo 17 de la Ley 27.512) y que el trámite de naturalización en dichos casos ha de ser gratuito (Artículo 25 de la Ley 27.512). En segundo lugar, la CONARE está obligada en dichos casos, así como en los casos de personas refugiadas, a no sólo facilitar la naturalización sino también a promoverla como solución duradera (Artículo 58 Ley 27.512). Por tanto, la CONARE tiene la obligación de proporcionar información sobre los criterios y requisitos para la naturalización a las personas apátridas y refugiadas, y siempre en un idioma que puedan comprender (Artículo 57 Ley 27.512). Además, dichas solicitudes de naturalización han de recibir trato prioritario por parte de las autoridades competentes y no deben acarrear costos para la persona solicitante, ni tampoco la obligación de presentar documentación del país de origen que no puedan razonablemente obtener (Artículo 59 Ley 27.512). Además, en el caso de NNA apátridas, el tutor/a y/o representante legal puede solicitar la naturalización (Artículo 59 Ley 27.512).

7.8 Expulsiones

En el marco de procesos de expulsión en Argentina tiene una gran importancia la posibilidad de reagrupación familiar (principio de unidad familiar) como una dispensa para la expulsión.

Esta posibilidad de dispensar de la expulsión se produce tanto en relación con personas migrantes o refugiadas que van a ser expulsadas por encontrarse en situación administrativa irregular, como en casos en los que se va a expulsar a la persona previa cancelación de la residencia permanente ante determinadas circunstancias, así como por incurrir en uno de los impedimentos legales.

Expulsión por situación administrativa irregular Artículo 61 de la ley 25.871

Cuando la DNM identifica a una persona migrante o refugiada en situación administrativa irregular le conmina a regularizar su situación bajo apercibimiento de decretar su expulsión, salvo en aquellos supuestos en los que se ha ingresado al país por paso no habilitado o se ha cometido un delito.

En este punto hay que tener en cuenta: a) lo expuesto anteriormente en relación con la excepcionalidad de la expulsión de una persona refugiada; y b) que no se puede resolver la cancelación, conminación a hacer abandono del país y expulsión de un refugiado sin dictamen de la CONARE, que es vinculante en caso de considerar improcedente la expulsión (Artículo 62 Decreto 616/2010).

Si la persona no puede regularizar su situación dentro de plazo concedido por la DNM, teniendo en cuenta:

- su parentesco con nacionales argentinos
 - las circunstancias de profesión de la persona extranjera,
 - el plazo de permanencia acreditado,
 - demás condiciones personales y sociales
- la DNM decretará o dispondrá su expulsión.

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA FACILITAR EL ACCESO A LA JUSTICIA A PERSONAS EN CONTEXTO DE MOVILIDAD HUMANA PARA DEFENSORAS Y DEFENSORES PÚBLICOS EN ARGENTINA

Expulsión previa cancelación de la residencia permanente Artículo 62 de la ley 25.871	
<p>Haber obtenido un beneficio migratorio o la ciudadanía argentina en fraude a la ley o con vicio del consentimiento o si se hubiere presentado documentación falsa o adulterada;</p>	<p>En estos supuestos, el Ministerio del Interior dispensará el cumplimiento de la cancelación cuando la persona extranjera fuese padre/madre, hijo/hija o cónyuge de argentino/a, salvo decisión debidamente fundada por parte de la autoridad migratoria.¹⁰⁷</p> <p>También deberá tenerse en cuenta el plazo de permanencia (si es superior a dos años) y las circunstancias personales y sociales del beneficiario/a, al igual que sucede en los casos de expulsión por no regularizar la situación administrativa.</p>
<p>El residente hubiera sido condenado judicial por delito doloso que merezca una pena privativa de libertad mayor de 5 años o registrase una conducta reiterante en la comisión de delitos. En el primer caso, cumplida la condena, deberá transcurrir un plazo de 2 años para que se dicte resolución definitiva de cancelación de residencia, la que se fundamentará en la posible incursión por parte del extranjero en los impedimentos previstos en el artículo 29 (para ingreso y permanencia). En caso de silencio de la Administración durante los 30 días posteriores al vencimiento de dicho plazo, se considerará que la residencia queda firme.</p>	
<p>La permanencia de una persona residente permanente fuera de Argentina por un período superior a los dos años o la mitad del plazo acordado, si se tratara de residencia temporaria, con algunas excepciones;</p>	
<p>Cuando se hayan desnaturalizado las razones que motivaron su concesión.</p>	
<p>Cuando se realizara cualquier actividad prevista en el artículo 29 d) ("Haber incurrido o participado en actos de gobierno o de otro tipo, que constituyan genocidio, crímenes de guerra, actos de terrorismo o delitos de lesa humanidad y de todo otro acto susceptible de ser juzgado por el Tribunal Penal Internacional") y e) ("Tener antecedentes por actividades terroristas o por pertenecer a organizaciones nacional o internacionalmente reconocidas como imputadas de acciones susceptibles de ser juzgadas por el Tribunal Penal Internacional o por la ley 23.077, de Defensa de la Democracia")</p>	

La importancia de la reagrupación familiar también se evidencia en el artículo 29 de la ley 25.871 que regula las causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al territorio nacional argentino.

¹⁰⁷ Por artículo 1° de la Disposición N.º 4880/2015 de la Dirección Nacional de Migraciones B.O. 13/10/2015 se reconoce, con análogos efectos jurídicos al matrimonio, a los fines de su admisión, en los términos de los artículos 22 de la Ley N.º 25.871, incisos a) y b) y 23, última parte del Decreto N.º 616/10, y de su inclusión en los supuestos de excepción previstos por los artículos 29, 62 y 10 de la ley N.º 25.871; a las personas extranjeras que acrediten unión convivencial, con nacional argentino/a con ciudadano/a extranjero/a radicado permanente o temporario en el país, inscripta en el registro que corresponda a la jurisdicción local. Vigencia: a partir del 1° de octubre de 2015, texto según artículo 1° de la Disposición N° 6206/201 de la Dirección Nacional de Migraciones B.O. 14/11/2017.

Artículo 29 de la ley 25.871	
a) La presentación ante la autoridad de documentación nacional o extranjera material o ideológicamente falsa o adulterada. El hecho será sancionado con una prohibición de reingreso por un lapso mínimo de cinco (5) años;	Otorga competencia a la autoridad migratoria de aplicación para admitir, excepcionalmente, por razones humanitarias o de reunificación familiar, a extranjeros/as que se encuentren comprendidos en alguna de las causales que obstan a su ingreso
b) Tener prohibido el ingreso, haber sido objeto de medidas de expulsión o de prohibición de reingreso, hasta tanto las mismas no hayan sido revocadas o se hubiese cumplido el plazo impuesto al efecto;	
c) 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 3 años o más ¹⁰⁸ ;	
d) Haber incurrido o participado en actos de gobierno o de otro tipo, que constituyan genocidio, crímenes de guerra, actos de terrorismo o delitos de lesa humanidad y de todo otro acto susceptible de ser juzgado por el Tribunal Penal Internacional;	
e) Tener antecedentes por actividades terroristas o por pertenecer a organizaciones nacional o internacionalmente reconocidas como imputadas de acciones susceptibles de ser juzgadas por el Tribunal Penal Internacional o por la ley 23.077, de Defensa de la Democracia;	
f) Haber sido condenado en la Argentina o tener antecedentes por promover o facilitar, con fines de lucro, el ingreso, la permanencia o el egreso ilegales de extranjeros en el Territorio Nacional;	
g) Haber sido condenado en la Argentina o tener antecedentes por haber presentado documentación material o ideológicamente falsa, para obtener para sí o para un tercero un beneficio migratorio;	
h) Promover la prostitución; lucrar con ello; haber sido condenado o tener antecedentes, en la Argentina o en el exterior por haber promovido la prostitución; por lucrar con ello o por desarrollar actividades relacionadas con el tráfico o la explotación sexual de personas;	
i) Intentar ingresar o haber ingresado al Territorio Nacional eludiendo el control migratorio o por lugar o en horario no habilitados al efecto;	
j) Constatarse la existencia de alguno de los impedimentos de radicación establecidos en la presente ley;	
k) El incumplimiento de los requisitos exigidos por la presente ley.	

Además de los supuestos anteriores, los actos administrativos de expulsión firmes dictados contra personas extranjeras en situación administrativa irregular se ejecutarán en forma inmediata en tres supuestos (artículo 64):

-Personas extranjeras que se encuentran cumpliendo pena privativa de libertad cuando hayan cumplido

¹⁰⁸ CSJN, "Apaza León, Pedro Roberto c/EN-DNM Disp. 2560/11 (Exp. 39.845/09) s/recurso directo para juzgados. "El máximo tribunal ha fijado un criterio de interpretación en virtud del cual, para encontrarse debidamente justificado el impedimento de ingreso o permanencia en el país de una persona migrante, tanto la condena como los antecedentes deben relacionarse con alguna de las cinco categorías de delitos que se mencionan en el inc. c) del referido artículo –tráfico de armas, de personas, de estupefacientes, lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas– o bien con cualquier otro delito cuya pena mínima en la legislación argentina esté prevista en tres o más años de prisión. De este modo la CSJN fijó un criterio de interpretación que evita la discrecionalidad administrativa y judicial al momento de resolver situaciones migratorias.

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA FACILITAR EL ACCESO A LA JUSTICIA A PERSONAS EN CONTEXTO DE MOVILIDAD HUMANA PARA DEFENSORAS Y DEFENSORES PÚBLICOS EN ARGENTINA

en prisión los plazos previstos en el artículo 17. 1 y 2 de la Ley 24.660. La ejecución del extrañamiento dará por cumplida la pena impuesta originariamente por el tribunal competente.

-Personas extranjeras sometidas a procesos, cuando sobre los mismos recayera condena firme de ejecución condicional. La ejecución del extrañamiento dará por cumplida la pena impuesta originariamente por el tribunal competente.

-El procesamiento de una persona extranjera sobre el que pesa una orden administrativa de expulsión firme y consentida, en cuyo caso no procederá el otorgamiento del beneficio de la suspensión del juicio a prueba o de medidas curativas, las que serán reemplazadas por la ejecución del extrañamiento, dándose por cumplida la carga impuesta al extranjero/a.

Por otro lado el artículo 70 dispone que una vez producida la retención y en el caso de que el extranjero/a retenido/a alegara ser padre/madre, hijo/a o cónyuge de argentino/a nativo/a, siempre que el matrimonio se hubiese celebrado con anterioridad al hecho que motivará la resolución, la DNM deberá suspender la expulsión y constatar la existencia del vínculo alegado en plazo de 48 horas hábiles.

Acreditado que fuera el vínculo, el extranjero/a recuperará en forma inmediata su libertad y se habilitará respecto del mismo, un procedimiento sumario de regularización migratoria.

Hay que tener en cuenta que la legislación migratoria argentina configura la migración como un derecho humano e inalienable (artículo 4 Ley 25.871) y el mandato al Estado para proveer “lo conducente a la adopción e implementación de medidas tendientes a regularizar la situación migratoria de los extranjeros” (artículo 17 Ley 25.871). Por tanto, la expulsión es una medida de ultima ratio.

Durante la aplicación de este proceso de expulsión se deberá “resguardar el derecho de la persona a la información sobre la asistencia consular conforme lo dispuesto por la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares adoptada por la ONU el 24 de abril de 1963 y aprobada por Ley N.º 17.081.” (Artículo 61 Decreto 616/2010). En concreto, el Artículo 36 de dicha Ley 17.081 establece que los nacionales del Estado que envía deben tener la “libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos” Para respetar este derecho, la información que otorga por escrito la DNM a la persona en concreto ha de incluir esta posibilidad. Por último, ha de señalarse que la Convención de Trabajadores Migrantes, aprobada en Argentina por la Ley 26.202, y que tiene jerarquía superior a las leyes de acuerdo al Artículo 75(22) de la Constitución, establece que en el caso de trabajadores migratorios, se tiene que tener en cuenta antes de expulsarlos “consideraciones de carácter humanitario y también el tiempo que la persona de que se trate lleve residiendo en el Estado de empleo” (Artículo 56.3). El término trabajadores migratorios se refiere, según la misma Convención, a “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional” (Artículo 2(1)) y, por tanto, puede incluir a personas que se encuentren en situación irregular por haber perdido su permiso de residencia.

7.9 Penal

Interrelación en la defensa penal de las normas sobre extranjería y migración

En el ámbito penal, la protección que debe otorgarse a las personas extranjeras y migrantes -debido a su condición de vulnerabilidad-, se materializa a través del reconocimiento de las garantías procesales y de una defensa penal que considere el estatuto especial que los rige en el ámbito migratorio y de las consecuencias e interrelaciones entre ambos.

Así, las normas de orden migratorio relacionadas con los procesos penales deben ser conocidas y aplicadas por los defensores/as con el objeto de realizar una defensa penal oportuna y de calidad. Se debe poner especial atención en la situación migratoria y en el proyecto migratorio de la persona imputada y/o condenada. Estos elementos deben formar parte de la estrategia del caso y de igual manera deben evaluarse para medir y comunicar el impacto y consecuencias que un proceso penal puede tener en la situación migratoria del imputado/a.

La interrelación se observa tanto en el ámbito penal, como en el migratorio, debiendo considerarse la situación migratoria en un contexto de defensa penal y la situación penal en un contexto de defensa migratoria.

Consecuencias en el ámbito migratorio de una condena penal

Las consecuencias o efectos en el ámbito migratorio ocurren en los casos en que una condena penal puede dar lugar a una expulsión. Al respecto es esencial tener presente de forma previa que la expulsión del país (y la subsecuente prohibición de ingreso) puede ser finalmente una sanción mucho más gravosa que la condena penal misma.

Tal y como hemos visto en el epígrafe anterior, dedicado a “expulsión”, la ley 25.871 señala diferentes situaciones en las que se puede expulsar a una persona por la comisión de delitos: a) Cuando se identifica a una persona migrante en situación administrativa irregular que ha cometido un delito, la DNM no la conmina a regularizar su situación sino que puede proceder a la expulsión directamente (artículo 61); b) cancelación de residencia que conlleva la expulsión (artículo 62); y c) como causa impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al territorio nacional argentino (artículo 29). Además, el artículo 64 prevé la figura del extrañamiento, es decir, la expulsión de una persona migrante condena penalmente tras cumplir una parte de la pena privativa de libertad a la que fue condenada. En este escenario, resulta esencial que el/la defensor/a penal tenga presente la regulación migratoria con los siguientes objetivos:

- Para informar a la persona imputada desde el inicio, de las posibles consecuencias que tendrá la situación penal que enfrenta, dado que una adecuada defensa penal puede evitar una consecuencia colateral tan gravosa como una expulsión, por ejemplo, construyendo desde el inicio las pruebas que acreditan su arraigo en el país. Si ello no es posible, es importante que este conocimiento constituya parte de las consideraciones que el/la imputado/a tenga en cuenta desde el primer momento y que sea por lo tanto una variable que se considere en el análisis penal.

- Para definir su estrategia del caso. En este aspecto, es necesario que pueda analizar, por ejemplo, una eventual salida alternativa no solo desde el punto de vista de la conveniencia penal, sino también migratoria. Acordar un juicio abreviado, reconociendo los hechos y la responsabilidad penal, si bien puede significar un buen acuerdo en términos penales (y puede implicar el no cumplimiento efectivo en prisión), implicará finalmente de una condena y, por tanto, puede hacer procedente la dictación de una orden de expulsión en contra de la persona imputada. Si dicha persona tiene un proyecto migratorio de largo tiempo en el país, en donde por ejemplo haya formado una familia, el juicio oral puede ser una mejor opción.

En este aspecto es importante destacar que no se propone que todos los procedimientos culminen con un juicio oral, pues se trata de una decisión que compete a la persona implicada con la asistencia del defensor/a quien debe evaluar cada caso en particular. Por el contrario, lo que se busca destacar es la necesidad de informar adecuadamente sobre las eventuales consecuencias de una condena penal en la situación migratoria del imputado/a y de adoptar las decisiones de estrategia del caso considerando este factor.

Del mismo modo que es posible identificar situaciones de orden penal que tienen un impacto directo en la situación migratoria de la persona imputada/condenada, también es posible evidenciar ciertos aspectos donde la situación de la persona inmigrante (y su condición migratoria) tiene impacto o consecuencia en el proceso penal que se está llevando a cabo.

Esto es así, por ejemplo, en relación con la medida cautelar de prisión preventiva. Si bien no es posible sostener que existe una relación de causalidad directa en todos los casos y como condición única y determinante, si existe una mayor complejidad en las solicitudes y otorgamiento de libertades provisionales a personas imputadas migrantes, por cuanto es más difícil acreditar su arraigo, no contando en muchos casos con un domicilio en el país. En estos casos puede que la judicatura estime que existe un mayor peligro de fuga de una persona extranjera o migrante, por esa sola circunstancia.

8. Recomendaciones

Las siguientes recomendaciones deben complementarse con las pautas de actuación incluidas en el punto 9.

Se distingue entre recomendaciones generales a tener en cuenta en todos los casos en que se presta asistencia jurídica a una persona migrante o refugiada y recomendaciones específicas para diferentes colectivos a los que puede pertenecer la persona migrante o refugiada.

Recomendaciones generales

Confidencialidad

- Realizar una entrevista con la persona migrante o refugiada en forma separada y confidencial, para analizar de manera detallada sus circunstancias individuales, las cuales pueden llevar a la aplicación de instrumentos jurídicos diferentes.
- Es de suma importancia que el defensor/a indique a la persona migrante o refugiada que la información que proporcione es confidencial y que va a ser utilizada únicamente con la finalidad de defender sus derechos y bajo ningún concepto para expulsarle a su país de nacionalidad o de residencia habitual anterior.

Derecho a intérprete

- Asegurarse de que la persona migrante comprende el idioma y, en caso de ser necesario, tomar todas las medidas para garantizar la intervención de un/a intérprete gratuito
- Si la persona migrante padece alguna discapacidad auditiva o visual, el derecho a intérprete implica proporcionarle la información en la lengua de señas en su propio idioma o cualquier otro mecanismo que facilite su comprensión y su derecho a ser entendido/a.
- Ser consciente de que el conocimiento de una lengua para manejarse en la vida cotidiana no es suficiente para entender los términos jurídicos de un proceso judicial de manera que le permita el pleno ejercicio del derecho a la defensa.
- Tener en cuenta que el hecho de que la persona migrante o refugiada lleve residiendo en el país de destino durante un largo periodo de tiempo no implica que tengan un conocimiento suficiente del lenguaje utilizado en los procesos judiciales.
- Comprobar que el idioma que habla el/la intérprete es efectivamente entendido por la persona migrante o refugiada ya que hay ocasiones en que, en un mismo país, se hablan varios dialectos.
- Comprobar que la persona comprende efectivamente en todo momento lo que se transmite por parte del intérprete.
- Comprobar que el/la intérprete actúa de forma imparcial y está cualificado/a para realizar su labor y que no sea un amigo/a de la persona migrante, un funcionario/a judicial o cualquier otra persona que supuestamente hable el idioma de la persona migrante o refugiada.

Derecho a la asistencia jurídica por parte de la DGN o derivación a otras entidades que puedan hacer efectivo dicho derecho

- Durante la primera entrevista preguntar todas las cuestiones necesarias para identificar las necesidades jurídicas de la persona migrante (su nacionalidad, el tiempo de residencia en el país, los lazos familiares con personas nacionales o no que residan en Argentina, la existencia de necesidades de protección internacional, el riesgo de tortura, trato inhumano o degradante en el país de origen, su edad, su estado de salud, si ha sido víctima de trata o víctima de otros delitos y el modo en el cual entró al país, entre otros elementos relevantes) y poder asumir su defensa o derivar el caso a la Comisión de la DGN competente o al exterior de la DGN.
- En caso de derivación, ha de tenerse en cuenta la Resolución de la DGN-2019-1505-E-MPD-DGN-MPD sobre uso de la Guía de Buenas Prácticas para la Derivación de Casos y Consultas.

Pro persona

- En el caso de asumir la defensa, alegar como fundamento de las pretensiones, dentro de la totalidad de las normas, la que beneficie de mayor manera a la persona migrante o refugiada.
- Coordinación, colaboración y cooperación
- Verificar los medios de prueba con que cuenta la persona migrante para acreditar todos y cada uno de los extremos referidos en la entrevista. En caso de tener la necesidad de realizar un pedido de información sobre la persona migrante a otra Defensoría Pública de la región, se recomienda utilizar el *Protocolo de Actuación para la Solicitud de Información entre Defensorías Públicas de la Región en Casos de Personas Migrantes y Refugiadas*.

Prontitud y prioridad

- Solicitar a los órganos administrativos y judiciales que den una tramitación preferente a aquellos procesos en los que intervengan una persona migrante o refugiada, en las que interactúan diferentes factores de discriminación.
- Adoptar una actitud proactiva para interpelar al órgano administrativo o judicial cuando se produzcan retrasos indebidos para evitar que las personas migrantes y refugiadas desistan de los procesos.

No revictimización

- No aplicar estereotipos discriminatorios en el ejercicio de la defensa y asegurar que no se apliquen tampoco por parte de órganos administrativos o judiciales.
- Tener siempre presente cómo interactúan diferentes motivos de discriminación (discriminación interseccional) en las personas migrantes y refugiadas para poder ejercer el derecho de defensa de forma integral y en coordinación con otras instituciones o profesionales, si fuera necesario.
- Respetar la cultura y cosmovisión propia de las personas migrantes y refugiadas y asegurar que sea respetada por los órganos administrativos y judiciales. Si fuera necesarios, se puede solicitar y aportar a la causa un peritaje antropológico que ponga de manifiesto determinados elementos propios de dicha cosmovisión, por ejemplo, en relación con diferentes formas de ejercer el maternaje, la importancia de determinados rituales, u otros).
- Dar la oportunidad de que mujeres y niñas migrantes puedan elegir el sexo de la persona que le va a prestar asistencia jurídica así como de la persona intérprete.

Derecho a la información

- Generar una escucha activa.
- Garantizar el derecho de la persona migrante y refugiada a entender y a ser entendida en todas las actuaciones administrativas y judiciales.

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA FACILITAR EL ACCESO A LA JUSTICIA A PERSONAS EN CONTEXTO DE MOVILIDAD HUMANA PARA DEFENSORAS Y DEFENSORES PÚBLICOS EN ARGENTINA

- Utilizar un lenguaje claro y sencillo y adaptado a las circunstancias psicológicas, sociales o culturales de la persona migrante o refugiada, especialmente en el caso de NNA migrantes o personas migrantes y refugiadas con discapacidad, personas migrantes que no han accedido a la educación, personas migrantes mayores, u otros.
- Dar información sobre el objeto, estado, fases y posible resultado del proceso, con sus diferentes consecuencias finales, así como el cargo y rol de cada una de las personas que participa en el proceso, incluida la persona migrante o refugiada.
- Informar a la persona migrante o refugiada sobre la posibilidad de interponer recurso sobre las decisiones judiciales que se adopten.
- Cerciorarse de que la persona migrante o refugiada comprende efectivamente en todo momento lo que se le dice.

Recomendaciones específicas por categoría

Personas en situación irregular

- Analizar cada una de las hipótesis desarrolladas en el punto correspondiente de este Protocolo y que pueden llevar a que la persona haya de ser regularizada, incluida la reunificación familiar.

Ciudadanos MERCOSUR ampliado

- Apoyarse de manera decidida en las leyes que aprueban los dos Acuerdos de Residencia MERCOSUR en Argentina, dado que ambas tienen jerarquía superior a la Ley de Migraciones y al Decreto reglamentario que la desarrolla.
- Por lo tanto tener en cuenta: a) que los/las nacionales de los países a los cuales se aplica el Acuerdo de Residencia MERCOSUR tienen un estatuto jurídico más favorable que cualquier otro no-nacional que se encuentre en Argentina; b) Que esto es crucial no sólo a la hora de acceso a derechos, sino también para encontrar argumentos jurídicos que impidan la expulsión de una persona nacional de uno de estos países. Dicho de otro modo, se recomienda a los defensores y defensoras basar su estrategia jurídica en instrumentos diferentes de la propia Ley y el Reglamento de Migraciones cuando la persona es nacional de uno de los países mencionados. Por ejemplo, la práctica que se observa en algunos casos de denegar la residencia a nacionales de países bajo el acuerdo que tengan antecedentes penales anteriores a los últimos cinco años, es de fácil contradicción si se invocan las leyes aprobando los Acuerdos MERCOSUR en Argentina.

Refugio

Antes de la primera entrevista

- Prestar especial atención a persecuciones que son más difíciles de detectar como las **persecuciones por pertenencia a un determinado grupo social** entre las que se subsumen las persecuciones por motivos de género (todas las formas de violencia basadas en el género contra las mujeres, incluida la trata de seres humanos, y persecuciones por motivos de identidad/orientación sexual).
- Facilitarles información básica sobre el derecho al refugio, en qué casos se puede pedir, y ante qué instituciones, cómo es el procedimiento, sus derechos y obligaciones, su derecho a contactar con el ACNUR, cuál va a ser su participación en dicho proceso, resultados posibles, recursos disponibles y consecuencias sobre su vida en el país, y cualquier otra relevante.
- Recopilación de información sobre el país de origen.
- Contrastar la información para acreditar con datos objetivos el relato de la persona solicitante.

Durante la entrevista

- Encontrarse en privado con la persona a fin de preparar la entrevista de elegibilidad ante la autoridad competente teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad particular de las personas, desde una perspectiva interseccional y los traumas psicológicos preexistentes, así como las posibles diferencias culturales, étnicas, religiosas y lingüísticas, entre otros aspectos.
- Si se trata de persecuciones por motivos de género y existe estrés postraumático derivar a la persona a servicios de atención médica y psicológica, teniendo en cuenta que, precisamente por dicho estrés postraumático, lo más probable es que sean necesarias varias entrevistas antes de que la persona pueda desvelar los motivos de persecución.

Durante la tramitación del procedimiento

- Tomar todas las medidas necesarias para garantizar que todos los miembros de la unidad familiar tengan el derecho de formular una solicitud de refugio de forma independiente de la que realice la persona que se considere cabeza del hogar con el fin de facilitar las peticiones de refugio a NNA y a mujeres.
- No comunicar a las autoridades consulares la detención o privación de libertad de una persona necesitada de protección internacional (Res. 770/2012 DGN).
- Tener presente la recomendación de la Res. 957/2015 sobre no sanción por ingreso irregular.
- Fundamentar la solicitud de refugio tanto en la Convención de Ginebra de 1951 como en la Declaración de Cartagena de 1984, si fuera posible con el fin de crear precedentes de reconocimiento de dicha condición por esta última norma.
- Alegar en todas las solicitudes de refugio el principio de no devolución y no solo en los casos en que quede firme el rechazo del refugio.
- Aportar pruebas (orales o materiales escritos, gráficos, digitales y visuales) teniendo en cuenta las dificultades que las personas que solicitan refugio tienen para presentar las mismas o, en muchas ocasiones, la complejidad que representa tratar de explicar con claridad el tratamiento al que han estado sometidas cuando este ha representado un grave daño fisiológico y psicológico¹⁰⁹,
- Aportar informes relativos al estado físico, social o psicológico de la persona solicitante, emitido por médicos, psicólogas, trabajadoras sociales, personas expertas en género, u otros.
- Tomar todas las medidas necesarias para garantizar el beneficio de la duda a favor de la persona solicitante de refugio, particularmente de las personas perseguidas por motivos de género, ya que normalmente se trata de persecuciones que se producen en el ámbito privado y, por lo tanto, son más difíciles de probar con los medios de prueba habituales.
- Orientar a la persona reconocida como refugiada respecto de los trámites necesarios para obtener la radicación ante la Dirección Nacional de Migraciones y el Documento Nacional de Identidad.

Víctimas de Trata

- Tener en cuenta los indicadores de trata de la Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito-ONODC para identificar a posibles víctimas de trata en el marco de su trabajo de defensa penal, civil, laboral, u otros ámbitos para derivar a la víctima a la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionario de Refugio, en el caso de que desee solicitar

109 CIDH (2020). Debido Proceso en el procedimiento para la determinación de la condición de persona refugiada, y apátrida y el otorgamiento de protección complementaria. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 255, pág. 20.

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA FACILITAR EL ACCESO A LA JUSTICIA A PERSONAS EN CONTEXTO DE MOVILIDAD HUMANA PARA DEFENSORAS Y DEFENSORES PÚBLICOS EN ARGENTINA

protección; a la Comisión Migrante si desea regularizar su situación al amparo de la Ley de Migraciones; y/o al Programa de Asesoramiento y Promoción de Derechos de las Víctimas de Delito de Trata en el caso de que estén inmersas en un proceso penal. Indicadores disponibles en https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/HT_indicators_S_LOWRES.pdf.

Niños, niñas y adolescentes migrantes

- Durante la entrevista, identificar si se trata de un NNA no acompañado o separado de su familia, así como obtener información sobre el motivo de salida de su país de origen y valorar si necesita protección internacional u de otro tipo. Para ello se recomienda utilizar el formulario de identificación inicial previsto como Anexo en el *Protocolo para la Protección, Asistencia y Búsqueda de Soluciones Duraderas para Niños no Acompañados o Separados de sus Familias en busca de Asilo*.
- En caso de que existan dudas sobre la edad del NNA tomar todas las medidas necesarias para que se le realicen las pruebas de determinación de la edad pertinentes. Cuando la edad exacta sea incierta, se le debe conceder al NNA el beneficio de la duda.
- En el caso de NNA separados evaluar el vínculo familiar asegurándose de que este es un vínculo real.
- En el caso de que se identifique que necesita protección internacional deberá ser referido de inmediato a la CONARE.
- Garantizar que, de corresponder, se le designa judicialmente un/a tutor/a¹¹⁰ lo más rápidamente posible.
- Realización por parte del/la tutor/a, junto con su equipo interdisciplinario, una entrevista inicial para recabar mayor información sobre la historia social y familiar del NNA y completar la información que se haya hecho constar en el formulario de solicitud de asilo, además e identificar indicadores de riesgo para la adopción de medidas de cuidado y protección si fuera necesario. Durante dicha entrevista debe informarse al NNA sobre el derecho de asilo, los motivos que justifican su solicitud, sus consecuencias, el procedimiento que ha de seguirse, sus derechos y obligaciones y escuchar al NNA sobre sus deseos y planes para el futuro.
- Tras esta entrevista y antes de la entrevista de elegibilidad, presentar por parte del/la tutor/a ante la Secretaría Ejecutiva de la CONARE un escrito con la información complementaria vinculada a los hechos relevantes expuestos en el formulario de solicitud de asilo.
- Acompañar al NNA a la entrevista de elegibilidad y asegurarse de que ésta tenga lugar en un espacio adecuado que resguarde su confidencialidad y de que el NNA entiende lo que se le dice, o sea que se utiliza un lenguaje adaptado a su edad y madurez.
- Presentar todas las pruebas a su alcance y alegatos incluso en los recursos administrativos o judiciales.
- Solicitar a la CONARE que, para el caso de no reconocer al NNA como refugiado/a, recomiende a la Dirección Nacional de Migraciones que le otorgue una residencia temporal por razones humanitarias.
- Instar a los/as Defensores/as para que en todo procedimiento migratorio se efectivice el derecho de los/as NNA a ser oídos/as, a que su opinión sea tenida debidamente en cuenta y a

¹¹⁰ Según Resolución de la DGN N.º 1323/2019, la Defensoría Pública Tutoría N.º 1 ejerce la representación legal de NNA refugiados o solicitantes de refugio en las causas impares radicadas ante los Juzgados Nacionales de lo Civil y la Defensoría Pública Tutoría N.º 2 hace lo propio en las causas pares.

contar con una representación jurídica adecuada y autónoma a través del/la Defensor/a de Menores e Incapaces.

- Instar a los/las Defensoras que en todo procedimiento migratorio en donde existan niños/as directa o indirectamente involucrados/as se realice un adecuado balance de los intereses y derechos en juego, que contemple el interés superior de los/as niños/as como consideración primordial, así como su derecho a permanecer junto con sus progenitores y a la unificación familiar en el lugar de arraigo.
- Velar para que todas las medidas que se adopten para la protección del NNA migrante o refugiado sean culturalmente adecuadas y tengan en cuenta consideraciones de género y discapacidad.
- Velar para que se escuche al NNA migrante o refugiado en todas las audiencias y juicios que le afecten, particularmente en aquellas que pueden implicar la expulsión de uno de los progenitores, y tener en cuenta sus opiniones para tomar una decisión.

Apátridas

- Asegurarse en la entrevista de que la persona no sólo no tiene la nacionalidad de ningún otro Estado sino tampoco la posibilidad de obtenerla.
- Si no lleva el tiempo suficiente residiendo en Argentina para solicitar la nacionalidad, garantizar que obtiene de manera rápida una radicación y el Documento Nacional de Identidad.

Acceso a la nacionalidad personas migrantes

- Ver el tiempo de residencia que la persona lleva en Argentina. Si dicho periodo es cercano o superior a los dos años discutir la opción de iniciar el procedimiento de acceso a la nacionalidad.
- Estar muy atento/a para poder impugnar requisitos que no estén incorporados en la Ley 346 ni en su Decreto Reglamentario 3213/1984, tales como conocimiento de la historia del país.

Acceso a la nacionalidad personas refugiadas

- Asesorar a la persona sobre las normas especiales para personas refugiados o apátridas.
- Tener presentes las consecuencias que la concesión de la ciudadanía tiene respecto de la cesación del estatuto, especialmente en el caso de personas refugiadas.

Expulsiones

- En los casos de expulsión se recomienda introducir argumentos de defensa que obliguen al órgano judicial a realizar un test de razonabilidad¹¹¹ que permita evaluar si la denegatoria de dispensa por parte de la administración, y la correspondiente expulsión, resultan razonables a la luz de las circunstancias específicas de la persona migrante.
- Entre estos argumentos se pueden alegar todos los antecedentes que sean relevantes para evitar que se acuerde la expulsión (situación personal, familiar y laboral). Por ejemplo,
 - La existencia de pareja o hijos/as nacionales argentinos/as, y/o residentes
 - La edad de los hijos/as,
 - La conveniencia con ellos/as;
 - Si la expulsión puede quebrar la continuidad en la educación de los hijos/as;
 - La integración de éstos/as en Argentina;
 - El periodo de ausencia de éstos/as de su país de origen;
 - El hecho de que hayan nacido en Argentina;
 - Las posibilidades de integrarse en su país de origen; y

111 Barrios Rojas, Zoila Cristina c/ EN-DNM resol. 561/11- (exp. 2091169/06 (805462/95)) y otro recurso directo para juzgados.

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA FACILITAR EL ACCESO A LA JUSTICIA A PERSONAS EN CONTEXTO DE MOVILIDAD HUMANA PARA DEFENSORAS Y DEFENSORES PÚBLICOS EN ARGENTINA

- La afectación que puede generar en los hijos/as la ruptura familiar debido a la expulsión (principio de unidad familiar y principio de interés superior del NNA migrante o refugiado/a).
- La nacionalidad de la persona en el caso de aquellos a los que se les aplica el Acuerdo de Residencia MERCOSUR.
- Otras circunstancias que pueden igualmente alegarse son las siguientes:
 - El tiempo de permanencia en el país de destino (arraigo social), si tiene trabajo (arraigo laboral), en definitiva, si tiene un proyecto migratorio en Argentina.
 - El tiempo que media entre el dictado de una orden de expulsión y su ejecución,
 - El estado de salud de la persona que va a ser expulsada y de sus familiares, así como la atención en salud disponible en el país de origen y la accesibilidad física y económica a la misma, u otros.
 - Razones humanitarias (violencia contra personas trans, familias monoparentales, u otras.)
 - En el caso de tratarse de personas refugiadas o necesitadas de cualquier otra forma de protección internacional habrá que tener en cuenta que la posible expulsión no vulnere el principio de no devolución, su excepcionalidad y que, que en caso de prosperar, la expulsión tenga que ser a un tercer país.

Penal

En el caso de expulsión por condenas penales, además de todos los motivos expuestos en el apartado anterior, se debe alegar:

- Si los hechos calificados como delito revisten la gravedad y peligrosidad que exige la normativa nacional, y regional en el caso de personas a las que se les aplica el Acuerdo de Residencia MERCOSUR, para justificar una expulsión y no otros.
- La colaboración con las autoridades durante el proceso penal y una vez en prisión y cualquier motivo análogo.
- Tener en cuenta la importancia del cómputo de la pena toda vez que la caducidad de antecedentes registrales constituye un hecho de entidad suficiente para plantear la revisión de una decisión administrativa de expulsión.
- En el caso de tener conocimiento de que una persona refugiada o solicitante del reconocimiento de dicha condición se encuentre privada de libertad, arbitrar los medios a su alcance para evitar que se practique la notificación a las autoridades consulares del país de su nacionalidad y se notifique sin demora dicha situación a la Comisión para la Asistencia Integral y Protección del Refugiado.¹¹²
- Considerar la causal de justificación del artículo 40 de la ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado N° 26.165 como parte de la estrategia de defensa en aquellos casos que involucren delitos relacionadas con el ingreso irregular al país o la utilización de documentación falsa para ingresar o salir del país, por parte de refugiados o solicitantes del reconocimiento de dicha condición.¹¹³

¹¹² Resolución 770/2121 de la Defensoría General de la Nación de Argentina.

¹¹³ Resolución 957/2015 de la Defensoría General de la Nación de Argentina.

9. Algunas pautas concretas de actuación

9.1 Actuaciones con personas migrantes

1. Contacto con la persona migrante

Toda persona que se presente por primera vez en la Comisión del Migrante y/o en cualquier dependencia de la Defensoría General de la Nación, deberá firmar:

- a) carta poder de conformidad con la Res DGN 1445/2018 y su anexo;
- b) Declaración jurada conforme Res. DGN 230/2017
- c) Entrevista inicial. (Se adjunta como Anexo I modelo de ficha de información personal y migratoria o entrevista inicial).

2.a. Carta poder

Si el expediente se encuentra en trámite ante la DNM, es decir, se encuentra todavía en etapa administrativa, el/la migrante deberá suscribir dos ejemplares de carta poder, uno para sede administrativa y otro para sede judicial.

Las cartas poderes deben ser certificadas por un/a funcionario/a de la dependencia.

Si la persona se encuentra privada de su libertad, la carta poder deberá remitirse por correo electrónico a la unidad de detención, requiriéndose expresamente que el Servicio Penitenciario la devuelva con carácter urgente y debidamente certificada.

Si la persona suscribe la carta poder con posterioridad al inicio del recurso judicial, deberá solicitarse también la suscripción del escrito "Ratifica gestión" (Se adjunta como Anexo II modelo).

2.b. Declaración jurada

Los datos que se suministran en dicha declaración son aportados por la persona migrante en forma voluntaria a efectos de poner en conocimiento del Ministerio Público de la Defensa, con carácter reservado y de uso interno, la capacidad económica del requirente, y al único efecto de su admisión como usuario/a del servicio de asesoramiento y patrocinio letrado que se brinda en los términos del artículo Inc. a) de la Ley Orgánica del Ministerio Público de Defensa N° 27.149.

Dicha declaración deberá ser debidamente firmada por el/la declarante junto con el Defensor/a Público/a Oficial.

2.c. Entrevista inicial

El objetivo al comienzo de la entrevista consiste en establecer una buena relación de trabajo. El inicio de la entrevista no solo afectará todo el curso de esta, sino que también será uno de los elementos clave para establecer la relación a largo plazo.

La persona entrevistada tiene conocimiento limitado de la ley, el proceso legal y el papel de un/a abogado/a dentro de ese proceso. Por ello, en el curso de la conversación, puede incluirse una garantía de confidencialidad. Esta garantía puede alentar a los/as entrevistados/as a hablar más libremente, especialmente si tienen algún motivo para ser aprensivos/as.

Una vez que la entrevista se ha abierto satisfactoriamente y se ha establecido una relación de trabajo, la tarea principal del abogado/a es fomentar el flujo de información. El/la entrevistador/a debe comprender la ansiedad o la preocupación del asistido/a para poder ayudarlo/a.

El objetivo en toda entrevista es atraer al asistido/a para que cuente su propia historia y que de este modo sea posible imaginar sus problemas, sus motivos, sus necesidades tal como los ve. Esto requiere que el/la entrevistador/a sea un/a hábil interrogador/a y un buen/a oyente.

En casos de delitos contra la vida, lesiones, abandono de personas, contra la integridad sexual o contra la libertad, deberá informar si la/las víctimas han sido o forman parte de su grupo familiar.

Si la persona aporta documentación en esa primera entrevista, la misma deberá ser detallada. De lo contrario, deberá detallarse también lo que se compromete a aportar con posterioridad.

Si la persona se encuentra privada de la libertad, la entrevista se realizará mediante visita a la unidad en la cual se encuentra detenido/a, o bien telefónicamente. En su defecto, por la vía que permita el Servicio Penitenciario que corresponda.

Asimismo, se le requerirá a la persona migrante la posibilidad de aportar testigos, que puedan testificar sobre su situación familiar, laboral y/o de arraigo en el país. Se le informarán las incompatibilidades establecidas por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y la importancia de los mismos en el proceso.

Por su parte, el/la entrevistador/a evaluará la posibilidad de solicitar un informe social al Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la Defensoría General de la Nación o a otra área de la Defensoría General de la Nación o institución pública o privada según las necesidades del caso.

Es una obligación a cargo del asistido/a informar todo cambio de teléfono y domicilio para mantenerse en contacto. La pérdida de contacto puede ser un factor determinante al momento de decidir si seguir adelante con la vía recursiva, particularmente, de tener que interponer recurso extraordinario federal.

Una vez finalizada la entrevista, deberá armarse el legajo del asistido/a con todos los documentos firmados y la documental acompañada, y proceder con la carga en el sistema de gestión de la Defensoría General de la Nación "defensa net".

3. Asesoramiento

- 3. a. Supuestos de regularización. (desarrollado en el punto 7.1 de este protocolo.)
- 3. b. Trámites de ciudadanía (desarrollado en el punto 7.7 de este protocolo)
- 3.c. Interacción con defensorías penales. Asesoramiento en materia penal (desarrollado en punto 7.9 de este protocolo).

4. Intervención en casos de orden de expulsión dictada

La orden de expulsión tiene su causa en una irregularidad administrativa o en antecedente penal. Ver punto 7.8 del protocolo

4.1. La persona migrante desea ser expulsado/a. Extrañamiento (Distribución de competencias. Defensorías Penales/DNM)

En cuanto a la intervención de esta comisión en los casos de extrañamientos dictados por las juris-

dicciones penales, la intervención es a modo de enlace entre los diversos actores que intervienen a los efectos que se ejecute esta decisión judicial. El ordenamiento jurídico argentino establece que los extranjeros que consientan la orden de expulsión dictada por la DNM pueden ser extrañados a su país de origen una vez cumplida la mitad de la pena que se le impusiera.

La ejecución del extrañamiento debería estructurarse en una actuación coordinada de la defensoría y el juzgado penal a cargo de la persona condenada (dictado y comunicación de las resoluciones necesarias), el servicio penitenciario (traslado de la persona detenida al ámbito metropolitano en el caso de ser expulsado de forma aérea o hasta la cárcel federal más cercana a la frontera en el supuesto de países limítrofes), el consulado del país de procedencia de la persona migrante (en la verificación de identidad y documentados de viaje entre otras funciones) y el área de extranjeros judicializados de la DNM.

En ese sentido se concentra la labor de la comisión aunando un conjunto de decisiones provenientes de todos estos actores que integran diferentes poderes del Estado para que viabilice el extrañamiento.

4.2. La persona migrante desea permanecer en el país

En función del derecho a la asistencia jurídica gratuita previsto en el artículo 86 de la Ley de Migraciones y Decreto 616/10 y las competencias asignadas mediante Resoluciones DGN, la DGN asiste jurídicamente y de manera gratuita -tanto en instancia administrativa como judicial- también a aquellas personas con orden de expulsión (ya sea por denegatoria de admisión o permanencia, o por cancelación de residencia) que desean permanecer en el país.

La interposición de cualquiera de estos recursos suspende la ejecución de la orden de expulsión hasta tanto adquiera firmeza (artículo 82 de la Ley 25.871).

4.2.1. Instancia administrativa.

La primera instancia para oponerse a una orden de expulsión dictada por la DNM es mediante los recursos administrativos previstos ante dicho organismo (Reconsideración y Jerárquico) y ante el Ministerio del Interior (Alzada).

El Recurso de Reconsideración debe deducirse dentro de los diez (10) días de notificada fehaciente-mente¹¹⁴ la decisión de la DNM a la persona migrante o a la dependencia interviniente de la defensa pública según la jurisdicción (artículos 75 a 77 de la Ley de Migraciones).

Ante dicho organismo, también podrá interponerse recurso jerárquico (de manera autónoma, o con carácter subsidiario al de reconsideración) dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación fehaciente a la persona migrante, o la dependencia interviniente de la defensa pública en la jurisdicción (artículo 78 de la Ley de Migraciones).

En ambos casos, se deberán denunciar los antecedentes del caso, las circunstancias de vida de la persona migrante en la Argentina que se desprendan de la entrevista inicial, y acompañar la prueba recabada (testimoniales, documentación que acredite vínculos familiares, información relevante sobre los antecedentes penales –en particular, cuando hubiese operado la caducidad registral de los antecedentes penales-).

Con posterioridad a su presentación, se podrán ampliar los recursos con nuevos elementos o pruebas que den cuenta de la situación de vida de la persona migrante. También se podrá acompañar

¹¹⁴ La constatación de la efectiva notificación y conocimiento de la persona migrante acerca de los alcances de la orden de expulsión adquiere especial relevancia cuando la DNM hubiese considerado “firme” el acto administrativo de expulsión sin la intervención pertinente de la defensa pública o de un patrocinio letrado privado. En estos casos, junto a la interposición del correspondiente recurso deberán plantearse las eventuales nulidades que se desprendan de la supuesta notificación a la persona migrante. El plazo para la interposición de los respectivos recursos, debe ser considerado desde la toma de vista del expediente administrativo ante la DNM.

la carta poder que hubiese suscripto la persona a favor de la defensoría, y que no hubiese podido obtenerse en tiempo oportuno al momento de la presentación del recurso.

Por último, y ante el rechazo del recurso de reconsideración o el jerárquico, podrán interponerse recurso de Alzada ante el Ministerio del Interior, o recurso judicial (artículo 79 Ley de Migraciones). Dado que la elección de la vía judicial hace perder la administrativa -pero no al revés- (artículo 80 Ley de Migraciones) salvo situación excepcional siempre convendrá articular el recurso de Alzada como una instancia más que permita obtener una eventual resolución favorable para el/la asistido/a.

Rechazado el recurso de Alzada, queda agotada la vía administrativa, y se habilita la presentación del recurso judicial para la revisión de los actos administrativos que han sido objeto de impugnación.

4.2.2. Instancia Judicial

La demanda se deberá presentar ante el Fuero competente en cada jurisdicción en materia contencioso administrativa federal (artículo 98 Ley de Migraciones) dentro de los 30 (treinta) días hábiles posteriores a la notificación de la decisión definitiva recaída en sede administrativa (artículo 84 Ley de Migraciones).

Si bien la ley prevé que el recurso judicial debe limitarse “al control de legalidad, debido proceso y razonabilidad del acto motivo de impugnación” (artículo 89 Ley de Migraciones) en esta oportunidad resulta de vital importancia actualizar la situación de vida de la persona migrante, las pruebas que puedan ofrecerse, así como aportar testigos que puedan dar cuenta de los hechos denunciados en sede administrativa y/o en la demanda (en muchas ocasiones puede transcurrir un tiempo considerable entre la información aportada en sede administrativa y las circunstancias de vida al momento de presentación de la demanda).

Además del contacto personal o telefónico, una estrategia posible para la actualización de las circunstancias de vida puede ser la solicitud de un informe al Programa de Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad u otra área de la Defensoría General de la Nación o institución pública o privada según las necesidades del caso.

El recurso directo ante el juzgado contencioso administrativo federal es un proceso de tipo “ordinario” de acuerdo a las reglas previstas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN). Primero se pondrá en conocimiento del expediente a la Procuración del Tesoro de la Nación, y se notificará la demanda a la DNM. Por su parte, la DNM deberá acompañar en el expediente judicial la totalidad de las actuaciones administrativas vinculadas con la persona sujeta a proceso. La Fiscalía interviniente también se expedirá sobre la competencia del juzgado y la habilitación de la instancia judicial (este último aspecto, resulta de vital importancia cuando se hubiese alegado algún vicio en la notificación a la persona migrante o a la defensoría). La decisión que rechace la habilitación de la instancia podrá ser recurrida mediante recurso de apelación.

Con posterioridad, se solicitará la producción de la prueba pertinente (de ser desconocida por DNM, y en caso de que no haya sido ya incorporada como documental o testimonial en la demanda o en instancia administrativa), y la intervención de la defensoría que represente a las personas menores de edad (cuando existiesen hijos/as menores de edad denunciados en el expediente, y cuyo reconocimiento haya sido acreditado). Si el juzgado rechazara alguna de estas peticiones, se evaluará la pertinencia de recurrir el auto interlocutorio (apelación en relación, artículos 243 y 246 CPCCN).

De manera paralela, también deberá iniciarse el incidente de Beneficio de litigar sin gastos para evitar las costas del proceso en caso de derrota. La prueba testimonial específica también será acompañada en esta instancia.¹¹⁵

Recaída sentencia de primera instancia procede recurso de apelación que deberá ser concedido libremente, y fundado en Cámara dentro del plazo previsto (artículos 242, 243, 259 y ccddes.

¹¹⁵ Rigen para estos aspectos las reglas del CPCCN (artículos 78 y siguientes.)

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA FACILITAR EL ACCESO A LA JUSTICIA A PERSONAS EN CONTEXTO DE MOVILIDAD HUMANA PARA DEFENSORAS Y DEFENSORES PÚBLICOS EN ARGENTINA

CPCCN). A su vez, dentro del quinto día de recibidas las actuaciones en la cámara, podrán invocarse hechos nuevos que hasta el momento no se hayan presentado en el trámite de las actuaciones (de nuevo aquí adquiere relevancia la invocación de circunstancias nuevas y trascendentes en la vida de la persona migrante que puedan provocar una revisión del criterio adoptado). También podrá solicitarse la producción de medidas probatorias denegadas en primera instancia.¹¹⁶

Con la sentencia definitiva de Cámara, queda habilitado el recurso extraordinario federal, y la eventual queja ante su rechazo.¹¹⁷

Respecto de los supuestos que pueden ser invocados para alegar la cuestión federal en cada caso concreto (artículo 14 Ley 48), debe tenerse presente que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya ha admitido diversos recursos bajo los supuestos previstos en el artículo 14 Ley 48 (en particular, inc. 3), en los que se ha discutido la interpretación de los artículos 62 y 29 inc. c) e *in fine* de la Ley de Migraciones.¹¹⁸

Por otra parte, cuando en el marco del proceso se haya invocado la existencia de niños/as menores de edad, y la sentencia sea contraria a la protección de los derechos invocados, se podrá alegar la vulneración de los derechos del niño.¹¹⁹ También se podrá alegar la errónea interpretación de la ley 26.061, en forma conjunta con la ley 27.149 y el artículo 103 del CPCCN, en punto a su participación en el proceso, su derecho a ser oídos y a ser representados sus intereses mediante la intervención de la defensa especializada. Sobre este punto, en el respectivo Recurso Extraordinario federal o su Queja, se deberá solicitar la intervención de la Defensoría ante la Corte Suprema de Justicia cuando el vínculo con la persona migrante se halle acreditado.¹²⁰

Por último, ante el agotamiento de los recursos en el ámbito interno –ya sea porque la Corte rechace un recurso extraordinario federal o una queja, o los declare inadmisibles (por aplicación del artículo 280 CPCCN)- se evaluará la trascendencia del caso y las circunstancias actuales de la persona migrante para su eventual litigio ante los sistemas de protección internacional de derechos humanos, lo que deberá realizarse en el plazo máximo de seis (6) meses.

Conforme a lo dispuesto por Res. DGN 1285/17, la dependencia interviniente deberá remitir los antecedentes del caso, los derechos involucrados y los aspectos de relevancia institucional al Programa para la Aplicación de Instrumentos de Derechos Humanos, a los fines de su correspondiente evaluación. La información debe ir acompañada de una solicitud de patrocinio institucional suscripta por el/la asistido/a.

En caso de ser admitido dicho patrocinio, las estrategias, así como el ámbito de litigio serán evaluadas en articulación con dicho Programa, y pueden variar de acuerdo a las circunstancias del caso.¹²¹

116 Artículos 260 y siguientes. CPCCN. En algunos precedentes, la Cámara le ha conferido traslado a la DNM en el marco del hecho nuevo denunciado para que se expida sobre este nuevo aspecto.

117 En el precedente “Ojeda Hernández” la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que la cámara Contencioso Administrativo Federal constituye el superior tribunal de la causa a los fines del artículo 14 de la ley 48.

118 Al respecto, consultar: “Rodríguez Buela Raul / Defensoría Pública Oficial Y Otro C/ EN – MO Interior - DNM s/ recurso directo DNM”, Sentencia del 29/10/2020; “Apaza León, Pedro Roberto c/EN-DNM Disp. 2560/11 (Exp. 39.845/09) s/recurso directo para juzgados”, Sentencia del 08/05/2018; “Barrios Rojas, Zoyla Cristina c/ EN –DNM resol. 561/11- (exp. 2091169/06 (805462/95)) y otro s/ recuso directo para juzgados”, Sentencia del 24/09/2020; “Roa Restrepo,c/ EN – M InteriorOP y V - DNM s/ recurso directo DNM”, Sentencia del 06/05/2021.

119 Constitución Nacional y Tratados Internacionales con igual jerarquía, especialmente el interés superior del niño, consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional (Artículo 75 inc. 22 CN).

120 Actualmente, cuando es solicitado en el marco del recurso, la CSJN confiere la correspondiente intervención a la Defensoría ante la Corte, para que dictamine en representación de los/las niños/as.

121 Por ejemplo, en articulación con el Programa referido, los casos trabajados por la Comisión del Migrante han sido objeto de presentación tanto ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como ante el Comité de Derechos del Niño de la Organización de Naciones Unidas.

4.2.3. Revisión del Artículo 90 Ley 25.871

El artículo 90 de la Ley 25.871 establece la posibilidad de revisar los actos de la DNM y del Ministerio del Interior¹²². Cobran especial relevancia los “hechos nuevos” que puedan aparecer con posterioridad a la firmeza del trámite administrativo y durante la tramitación del recurso judicial. Por ejemplo: la caducidad del registro de la sentencia condenatoria que originó la orden de expulsión¹²³, el nacimiento de un hijo/a argentino/a, o la celebración de matrimonio con nacional argentina/o (circunstancias que permiten invocar un criterio de radicación), entre otros aspectos trascendentes que modifiquen la situación familiar o de vida de la persona migrante.

Se sugiere, según el caso, poner en conocimiento estas nuevas circunstancias en el marco del expediente migratorio, en paralelo con lo informado en el trámite judicial.

La presentación de estos hechos bajo la revisión prevista en el artículo 90, podría habilitar que la DNM reevalúe la situación de la persona y la intime a regularizar su situación migratoria bajo el criterio de radicación invocado, con independencia del recurso judicial en trámite.

5. Derivaciones al interior del organismo e interacción con otras instituciones y la sociedad civil

Cuando el requerimiento excede las competencias de la Comisión, pero guarda relación con la situación migratoria (ejemplo, trata y tráfico de personas).

Cuando el requerimiento excede las competencias de la Comisión por tratarse de otras materias (ejemplo, acceso a DESC).

Imposibilidad de continuar interviniendo en el caso (personas que no ingresan en los supuestos de la res. 230, falta de contacto con la persona, casos que no pueden continuar apelándose, entre otros.)

Para la derivación ha de tenerse en cuenta la Resolución de la DGN-2019-1505-E-MPD-DGN-MPD sobre uso de la Guía de Buenas Prácticas para la Derivación de Casos y Consultas.

RELACIÓN DE RESOLUCIONES DE LA DGN A TENER EN CUENTA RES. DGN 390/2017

- RES. DGN 569/2011
- RES. DGN 1246/2014
- RES. DGN 1858/2008
- RES. DGN 1445/2018
- RES. DGN 230/2017
- RES. DGN 634/2017
- RES. DGN 741/2020
- RES. DGN 761/2013 RES. DGN 1285/2017

9.2 Actuaciones con personas refugiadas y apátridas

1) Primer contacto con la persona necesitada de protección internacional

- Debe procurarse que la entrevista sea realizada en privado, respetando la confidencialidad.
- En el caso de mujeres, niñas y en cualquier caso que pueda involucrar cuestiones de género u otras circunstancias que lo ameriten, consultar si la persona prefiere ser entrevistada y defendida por una defensora o defensor público.

¹²² “Artículo 90. El Ministerio del Interior y la Dirección Nacional de Migraciones podrán rever, de oficio o a petición de parte, sus resoluciones y las de las autoridades que actúen por delegación. Serán susceptibles de revisión las decisiones cuando se comprueben casos de error, omisión o arbitrariedad manifiesta, violaciones al debido proceso, o cuando hechos nuevos de suficiente entidad justifiquen dicha medida.”

¹²³ Supuestos previstos en el artículo 51 del Código Penal.

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA FACILITAR EL ACCESO A LA JUSTICIA A PERSONAS EN CONTEXTO DE MOVILIDAD HUMANA PARA DEFENSORAS Y DEFENSORES PÚBLICOS EN ARGENTINA

- Comprobar si la persona entiende el español o necesita intérprete. En el último caso, tomar todas las medidas necesarias para garantizar la presencia de intérprete en las actuaciones que se realicen. Si la persona no cuenta con intérprete de su confianza, se podrá solicitar asistente lingüístico al área de Fortalecimiento Institucional del MPD a los fines de las comunicaciones que tengan que llevarse a cabo entre la persona y su defensor/a. El/la intérprete debe comprometerse a respetar la confidencialidad. Si la persona padece alguna discapacidad auditiva o visual, el derecho a intérprete implica proporcionarle la información en la lengua de señas en su propio idioma o cualquier otro mecanismo que facilite su comprensión y su derecho a ser entendido/a.
- Es recomendable contar con información sobre el país de origen actualizada a fin de poder comprender mejor y contextualizar el relato de la persona.
- Corroborar el tipo de intervención y/o derivación que se requerirá según el estado de la solicitud: solicitud a iniciar; solicitud iniciada; recurso jerárquico; recurso judicial; ciudadanía; trámites migratorios; acceso a derechos; etc.
- Examinar la documentación con que cuente la persona, recordando que es probable que una persona refugiada o apátrida carezca de documentación o que la documentación no cumpla con todos los requisitos que normalmente se exigen a una persona migrante.
- Informar a la persona sobre el contenido del derecho al asilo, la definición de persona refugiada y/o apátrida (según corresponda), el procedimiento aplicable y resultados posibles, y sus derechos y obligaciones. Sin perjuicio del derecho de toda persona a solicitar asilo, si invoca motivos ajenos al artículo 4 de la Ley 26.165 y no es apátrida, deberá asesorársela sobre las alternativas de radicación migratoria y naturalización y, de corresponder, informar sobre la posibilidad de contar con la asistencia de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad para la realización de tales trámites, en virtud del Convenio de Colaboración vigente (Res. DGN 1242/2017), o de otros servicios de asistencia jurídica que puedan corresponder por materia y jurisdicción.
- Dado que la tramitación de una solicitud de asilo no es incompatible con la radicación bajo otros criterios, en todos los casos en que la persona cumpla con los requisitos deberá orientársela para que pueda acceder a la radicación si así lo desea. Igual criterio aplica al acceso a la ciudadanía, en cuyo caso la persona deberá ser informada sobre las consecuencias que la concesión de la ciudadanía argentina tendría sobre el procedimiento de asilo y sobre el estatuto de persona refugiada.
- En casos de grupos familiares, deberán tomarse las medidas necesarias para garantizar que todos los integrantes tengan el derecho de formular una solicitud de forma independiente y a ser oído/as. Esto es especialmente importante en los casos de solicitudes de mujeres y niño/as o adolescentes.
- En los casos en que la persona haya sido víctima de violencia, incluyendo violencia basada en género, procurar que la persona tenga acceso a servicios de atención médica y psicológica si lo requiere.
- En casos de niños, niñas o adolescentes no acompañado/as o separado/as de sus familias, deberá garantizarse la intervención del organismo competente de protección de niñez y la defensoría de menores competente, si aún no estuvieren interviniendo, sin perjuicio de la ponderación de las capacidades progresivas de los NNA.

2) Inicio de la solicitud

El inicio ante la CONARE se compondrá de la carta donde la persona expone los motivos de su solicitud; el formulario de la CONARE; y el poder que la persona otorga a su abogado/a. Los formularios oficiales se encuentran disponibles en español, inglés y francés. Asimismo, la persona deberá acompañar la documentación identificatoria con que cuente.

a. Contenido mínimo de la carta de inicio:

La carta deberá describir los motivos por los que la persona abandonó su país de origen y no puede o no quiere regresar. La descripción mínimamente debe permitir identificar:

- el temor o la situación subjetiva;
- las amenazas o afectaciones a su vida, seguridad o libertad, o violaciones a los derechos humanos;
- la disponibilidad o ausencia de protección en el país de origen. En particular, si el agente de persecución no es el estado (ej. víctimas de violencia intrafamiliar), considerar disponibilidad de protección estatal;
- si denunció los hechos y con qué resultado;
- en casos de persecución individualizada o individualizable, procurar identificar el motivo -real o imputado- de la persecución (opinión política, raza, nacionalidad, religión o pertenencia a determinado grupo social);
- en casos de violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de derechos humanos o circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público, describir los hechos e impacto en la vida, seguridad o libertad de la persona.

Asimismo, deberá tenerse en cuenta:

- Si conoce casos similares, ya sea de primera mano o por ser de público conocimiento.
- Si se mudó a otra parte del país o si podría haberlo hecho, y si la situación allí hubiera sido la misma.
- Por qué eligió Argentina y cómo fue el viaje.
- En caso de haber estado en otros países, si pidió refugio. Si no lo hizo, por qué motivo.

b. Prueba e información del país de origen:

Deberá indagarse si la persona tiene prueba documental o de otro tipo que pueda aportar en sustento de su solicitud, o si puede conseguirla sin exponerse a riesgos.

Tener presente la posibilidad de aportar con el inicio informes o noticias relevantes [se pueden brindar los enlaces como referencia].

3) Tramitación del procedimiento

a.Registro de la solicitud:

Tras registrar la solicitud, la CONARE genera un número de expediente y debe expedir un certificado de residencia provisoria a nombre de la persona.

b.Entrevista de elegibilidad:

La persona será citada a una entrevista obligatoria. Es recomendable realizar una entrevista previa en privado con la persona a fin de preparar la entrevista de elegibilidad ante la autoridad competente teniendo en cuenta su situación de vulnerabilidad particular, desde una perspectiva interseccional y los traumas psicológicos preexistentes, así como las posibles diferencias culturales, étnicas, religiosas y lingüísticas, entre otros aspectos.

La entrevista de elegibilidad es llevada a cabo en la Secretaría Ejecutiva de la CONARE (o, según el caso, en la Delegación de DNM correspondiente) en presencia de un/a oficial de elegibilidad, el/la abogado/a y, de corresponder, un/a intérprete. La entrevista es dirigida por el/la oficial de elegibilidad

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA FACILITAR EL ACCESO A LA JUSTICIA A PERSONAS EN CONTEXTO DE MOVILIDAD HUMANA PARA DEFENSORAS Y DEFENSORES PÚBLICOS EN ARGENTINA

y la defensa puede hacer preguntas e intervenir durante la entrevista en caso de que lo consideren necesario (por ej. ante problemas de interpretación, a fin de que se aclare alguna cuestión, en caso de objeción ante alguna pregunta, u otros.).

A la luz de los motivos invocados por la persona para fundar su solicitud, de la información del país de origen y de la prueba disponible, deberán estudiarse los puntos fuertes de la solicitud, aquellos respecto de los cuales la persona deberá explayarse, a fin de garantizar que en la instancia de la entrevista se brinde un relato completo.

Asimismo, deberán considerarse los puntos que de no ser abordados adecuadamente podrían derivar en el rechazo de la solicitud. A grandes rasgos, tales cuestiones pueden vincularse, entre otras cosas, con:

- La nacionalidad de la persona y/o la situación objetiva en el país de origen.
- La posible configuración de causales de exclusión.
- El concepto de alternativa de reubicación interna.
- Los conceptos de tercer país seguro o de primer país de asilo.
- Credibilidad.

Estas cuestiones deberán ser tenidas en cuenta a fin de asesorar a la persona solicitante adecuadamente, y a fin de corroborar que la entrevista se lleve a cabo correctamente.

Por otra parte, deberá velarse por el respeto al debido proceso, en particular el derecho a intérprete idóneo.

c. Alegato y prueba

En el alegato se deberán encuadrar los hechos invocados por la persona en las definiciones de persona refugiada aplicables. En aquellos casos en que sea técnicamente posible, deberá encuadrarse tanto en la definición clásica (inc. a) como en la ampliada (inc. b). Deberá argumentarse con perspectiva de género.

En los casos en los se identifiquen violaciones al debido proceso en la tramitación, no sólo deberá cuestionarse el procedimiento sino también realizarse el análisis de fondo referido en el párrafo anterior en todos los casos. El análisis de fondo requiere analizar todos los elementos de la definición o definiciones de persona refugiada aplicable/s y acreditar su configuración en el caso concreto a la luz de los dichos de la solicitante, la prueba aportada y la información del país de origen disponible. Deberán tenerse en cuenta los criterios del ACNUR (cfr. artículo 35 Ley 26165).

De corresponder de acuerdo a los hechos del caso y a la etapa del procedimiento, argumentar la inaplicabilidad de causales de exclusión, cesación, revocación o cancelación de la condición de persona refugiada.

De acuerdo con las circunstancias del caso, deberá invocarse el principio autónomo de no devolución y formas de protección complementarias.

Al momento de aportar pruebas deberán tenerse en cuenta las dificultades que las personas que solicitan refugio tienen para conseguir las o, en muchas ocasiones, la complejidad que representa tratar de explicar con claridad el tratamiento al que han estado sometidas cuando este ha representado un grave daño físico y/o psicológico¹²⁴. Sin perjuicio de la carga de la prueba compartida

124 CIDH (2020). Debido Proceso en el procedimiento para la determinación de la condición de persona refugiada, y apátrida y el

y el estándar de prueba aplicable, que incluye el beneficio de la duda (artículo 46, Ley 26165), es importante recabar y aportar toda la prueba posible. La prueba podrá consistir entre otras de:

- Toda la documentación que la persona pueda aportar sobre su situación particular [recordar que no se le puede exigir acudir a las autoridades de su país de origen].
- La información del país de origen, teniendo presentes los estándares sobre relevancia, confiabilidad y verificabilidad de la información (informes de organismos internacionales y ONGs; jurisprudencia; noticias; etc.).
- Posibilidad de solicitar pericias e informes al Cuerpo de Peritos y Consultores Técnicos de la DGN y a otras áreas del MPD según el caso (ej. Comisión sobre Temáticas de Género).
- Posibilidad de solicitar pericia antropológica a la Lic. en Antropología de la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio cuando haya presencia preponderante de elementos estructurales y simbólicos en la sociedad del país de origen que permitan probar la persecución alegada por el/la solicitante.
- Informe socio-ambiental en aquellos casos en que se requiera dar cuenta de la situación social y familiar de la persona en el país. Será de especial relevancia en los casos en que se discuta la aplicación de causales de cesación del estatus de refugiado.

d. Recurso jerárquico

La elaboración del recurso jerárquico requiere controvertir los argumentos esgrimidos por la CONARE para rechazar la solicitud, poner de resalto aquellos elementos o argumentos relevantes que no hayan sido tenidos en cuenta, plantear las violaciones al debido proceso que puedan corresponder y encuadrar los hechos en las definiciones aplicables. De corresponder, se argumentará la inaplicabilidad de causales de exclusión, cesación, revocación o cancelación de la condición de persona refugiada. Deberá hacerse valer subsidiariamente la vigencia de formas de protección complementarias –principio de no devolución autónomo o invocación de razones imperiosas, por graves traumas derivados de una persecución anterior o arraigo en el país de asilo¹²⁵.

Al tratarse del cuestionamiento de un acto administrativo, el análisis debe centrarse en los vicios en los elementos del acto (cfr. Ley 19549, y artículo 34 Ley 26.165), a fin de demostrar su nulidad. En caso de que el rechazo se funde en una causal de exclusión del estatuto de refugiado, deberá cuestionarse la aplicación de la causal.

En los casos de solicitudes fundadas en persecución por motivos de género, deberá cuestionarse la ausencia de perspectiva de género en la decisión del caso.

Al recibirse la notificación del rechazo de la solicitud, se solicitará vista del expediente a fin de suspender los plazos hasta su concesión y poder ejercer adecuadamente el derecho de defensa.

En caso de recibirse la consulta de una persona que no es asistida por la defensoría y que ha sido notificada del rechazo de su solicitud, se procederá a suscribir y presentar el poder y la solicitud de vista, que serán presentados a la mayor brevedad posible ante la autoridad competente. Deberá sostenerse una entrevista con la persona a fin de recabar información sobre cómo se desarrolló el procedimiento y si se respetaron las garantías del debido proceso. En particular, deberá corroborarse si la persona fue notificada oportunamente de su derecho a contar con asistencia legal y si se respetó el derecho a intérprete idóneo. Asimismo, deberán aportarse todas las medidas de prueba que se considere pertinentes para la mejor defensa de la persona.

otorgamiento de protección complementaria. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 255, pág. 20.
125 Cfr. Artículo 3, CAT; ACNUR, ExCom Conclusión N° 69.

Si la persona solicita asistencia legal luego de haber presentado el recurso jerárquico por otros medios, tras tomar vista del expediente se evaluará la pertinencia de ampliar fundamentos y aportar prueba.

e. Ampliación de fundamentos – hechos nuevos

En cualquier etapa del trámite administrativo, podrán ampliarse los fundamentos del alegato o recurso jerárquico en caso de contarse con mayor información o prueba.

En caso de presentarse hechos nuevos, deberá evaluarse la pertinencia de introducirlos como ampliación de fundamentos (en caso de que se vinculen a los hechos invocados originalmente), o bien como sustento de una nueva solicitud de asilo que requiera una reevaluación por parte de la CONARE (en particular en el supuesto de personas refugiadas sur place).

f. Agotamiento de la vía administrativa y actuación en sede judicial

La acción de impugnación judicial del acto administrativo que confirma el rechazo de la solicitud de asilo se rige por el artículo 25.a de la Ley 19.549, que establece un plazo de 90 días desde la notificación del agotamiento de la instancia administrativa. Se trata de un proceso contencioso ordinario, regido por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. La demanda se debe presentar ante el fuero competente en materia contencioso administrativo federal en cada jurisdicción, a fin de garantizar el principio de inmediación¹²⁶.

Notificada la resolución del Ministerio del Interior, se procederá a solicitar la vista del expediente. Asimismo, se entrevistará a la persona interesada a fin de determinar su situación actual, la posible existencia de hechos y prueba nuevos, si la persona cuenta con posibilidad de radicarse en el país o si ya lo ha hecho (bajo otros criterios de la Ley 25871); si la persona cuenta con posibilidad de solicitar la ciudadanía argentina o si ya lo ha hecho.

Se tendrán en cuenta los criterios de recurribilidad técnica que surgen de la Res DGN 1260/2011 a fin de determinar la posibilidad de interponer un recurso judicial: (i) Impugnación judicial debidamente fundada a favor de una persona a quien se considera legítimamente como refugiada; (ii) acto administrativo que adolece de graves o serios vicios que determinan su nulidad; (iii) decisión judicial que pueda significar un aporte positivo, en especial en casos que puedan fijar un estándar de protección / precedente significativo.

En caso de determinarse que la decisión encuadra en un criterio de irrecurribilidad técnica, se informará a la persona respecto de su derecho a impugnar la decisión con patrocinio letrado particular. Asimismo, se la orientará respecto de la posibilidad de acceder a otros criterios de radicación o a la ciudadanía argentina.

Se informará a la persona de la importancia de mantener actualizados sus datos de contacto y de mantener contacto frecuente con la defensoría, especialmente en los casos en que se actúe como patrocinante, por requerirse de la firma de la persona interesada para el impulso del expediente.

Al momento de notificar el agotamiento de la vía administrativa, la CONARE tiene como práctica la retención del certificado de residencia provisoria, el que solo es devuelto en caso de impugnarse judicialmente la resolución. Ello a pesar de que la Ley 26165 establece que el certificado será renovable hasta que haya una decisión firme. Sobre este punto, debe ponderarse la posibilidad de plantear una medida cautelar solicitando la restitución del certificado de residencia provisoria antes de la interposición de la demanda, teniendo en cuenta la afectación en el acceso a derechos que pueda sufrir la persona en virtud de la retención del documento. De lo contrario, la práctica de la CONARE consiste en reintegrar el certificado una vez realizada la comunicación de la demanda a la Procuración del Tesoro de la Nación.

¹²⁶ Cfr. Res. DGN 826/2017 y CSJN, "C,B c/ EN – M Interior OP y V-CONARE s/ proceso de conocimiento", Exp FMZ 46738/2018, sentencia del 22/12/2020.

Al momento de interponer la demanda deberá solicitarse la reserva del expediente en virtud del principio de confidencialidad de los artículos 2, 32 y 48 de la Ley 26165, de forma tal que las actuaciones solo sean visibles para las partes intervinientes.

En cuanto a la pretensión de fondo, a) Deberán plantearse las nulidades del acto administrativo, integrando en sus elementos reglados y parámetros de razonabilidad las directrices de protección internacional emitidas por el ACNUR; asimismo, en los casos de solicitudes fundadas en persecución por motivos de género, deberá cuestionarse la ausencia de perspectiva de género en la decisión del caso b) deberán encuadrarse los hechos en las definiciones de persona refugiada aplicables; c) de corresponder, argumentar la inaplicabilidad de causales de exclusión, cesación, revocación o cancelación de la condición de refugiado y d) hacer valer subsidiariamente formas de protección complementarias –principio de no devolución autónomo o invocación de razones imperiosas, por graves traumas derivados de una persecución anterior o arraigo en el país de asilo— (cfr. Artículo 3, CAT; ACNUR, ExCom Conclusión N° 69).

Deberán ofrecerse todos los medios de prueba lícitos y admitidos en derecho. Deberá abogarse por la aplicación de los estándares y carga de prueba específicos de los procedimientos de asilo, especialmente los de amplitud probatoria, carga de la prueba compartida y atenuación de formalidades. Asimismo, se recordará –en su caso— que el tribunal debe tener en cuenta las circunstancias personales y contextuales de las personas solicitantes de asilo, incluyendo los medios a su disposición para obtener pruebas¹²⁷. En caso de tratarse de prueba a producir en el extranjero, deberá abogarse por la compatibilización de los principios de confidencialidad y ayuda administrativa con los requisitos de los artículos 389 y 370 del CPCCN. Si razones de seguridad desaconsejaran el testimonio directo, podrá solicitarse su incorporación por escrito, del modo prescripto en el artículo 79, inciso 2, del CPCCN. En el supuesto de prueba pericial sobre solicitantes que han sido víctimas de tortura, deberá verificarse la aplicación del Protocolo de Estambul.

A fin de garantizar el derecho de la persona a ser oída, podrá solicitarse una audiencia a fin de que el tribunal tenga una impresión directa de la persona. Como el CPCCN dispone que la fijación de tales audiencias es una facultad discrecional, deberá encuadrarse la solicitud en las normas de superior jerarquía que garantizan el derecho a ser oído.

Durante el proceso, se deberá actualizar la información del país de origen, de modo que el tribunal cuente con información temporalmente relevante sobre la solicitud al momento de dictar sentencia (arg. Artículo 45, inc. d, Ley 26165), mediante las figuras de ampliación de la demanda, denuncia de hechos nuevos o incorporación de documentos posteriores, según correspondiere (cfr. Artículos 331, 365 y 335, CPCCN).

Al momento de alegar, se deberá sostener la aplicación del principio pro persona, del estándar de “indicios suficientes” y del beneficio de la duda en la valoración de los hechos y circunstancias de las solicitudes (cfr. Artículo 46, Ley 26165). Asimismo, deberá enfatizarse el valor probatorio del testimonio de la persona solicitante de asilo así como los criterios específicos para tener por corroborada la información del país de origen aportada por ella.

La sentencia deberá hacer mérito de las declaraciones de la persona solicitante y la prueba producida, así como de la información del país de origen más actualizada. Si la decisión fuese desfavorable, podrá articularse un recurso de apelación y, en segunda instancia, solicitar la producción de las medidas de prueba que hubiesen sido denegadas, alegar hechos nuevos o incorporar documentos posteriores. Finalmente, de verificarse una cuestión federal de trascendencia, deberá interponerse un recurso extraordinario federal y, en su caso, la correspondiente queja. Agotados los recursos internos, puede ponderarse la formulación de una petición ante mecanismos de protección internacional de derechos humanos, conforme a los criterios y procedimientos previstos en la Res. DGN 1285/17.

127 Cfr. CIDH, Debido proceso en los procedimientos para la determinación de la condición de persona refugiada y apátrida, y el otorgamiento de protección complementaria, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 255, 5 agosto 2020, párrafo 247.

g. Gratuidad del procedimiento

El procedimiento de asilo es gratuito (Artículo 54 Ley 26165). En relación con las costas judiciales, deberá tenerse en cuenta la jurisprudencia que reconoce la eximición del pago de costas¹²⁸. En aquellos casos en que deba interponerse recurso de queja por denegación de recurso extraordinario ante la CSJN, se recomienda iniciar beneficio de litigar sin gastos.

h. Cesación del estatuto

En casos de cesación del estatuto de refugiado, la Ley 26165 regula un plazo especial para la interposición del recurso jerárquico (Artículo 12, 15 días). En estos casos deberá corroborarse si el procedimiento de cesación respetó todas las garantías del debido proceso, si la persona fue informada oportunamente, si se respetó su derecho a ser oída y si tuvo oportunidad de defenderse. En particular, deberá prestarse atención a los procesos de cesación relativos a personas con antecedentes penales en Argentina, dado que no se trata de una causal válida de cese de la protección.

En este tipo de procedimientos adquiere relevancia la prueba relativa al arraigo de la persona en el país, así como también la prueba que pueda acreditar la persistencia de los efectos de la persecución pasada (por ej. estrés post traumático).

4) Solicitudes de carta de ciudadanía

Las solicitudes tramitan en el fuero competente en materia civil y comercial federal de la jurisdicción correspondiente al domicilio real de la persona. El trámite no requiere contar con patrocinio legal, aunque es posible intervenir en dicho carácter. En caso de que se requiera a la persona refugiada, solicitante de asilo o apátrida la presentación de documentación de su país de origen que no tenga ni pueda conseguir, deberán invocarse los principios que correspondan, incluyendo de confidencialidad (en el caso de personas refugiadas) y ayuda administrativa. Asimismo, deberá invocarse el deber de naturalizar a las personas refugiadas y apátridas (Artículo 58 Ley 27512).

En caso de que la ciudadanía sea rechazada en sentencia fundada en el incumplimiento de los requisitos constitucionales y/o legales, se evaluará si el rechazo es técnicamente recurrible y se procederá a apelar la decisión, resultando aplicables las reglas correspondientes a los procesos contenciosos ordinarios del CPCCN (Libro I, Título IV, Capítulo IV).

En todos los casos que una persona solicitante de asilo, refugiada o apátrida tramite la ciudadanía argentina, deberá asesorársela sobre las consecuencias que la concesión puede tener respecto de su estatuto, incluyendo la cesación.

5) Solicitud de reconocimiento de la condición de persona apátrida

Las pautas de intervención descriptas serán aplicables a las solicitudes bajo Ley 27.512 en lo que corresponda. Deberá tenerse presente que el procedimiento tiene otra finalidad, por lo que el objetivo de las entrevistas, la carta de inicio, los alegatos, recursos y prueba a presentar, deberá ser demostrar que la persona no es reconocida como nacional por ningún estado, en particular por el país o países en los que haya nacido y/o residido previamente.

128 "KA", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, Exp. 70702/2015/CA1, 03/10/2017.

Anexo I. Documentos de uso de la Comisión Migrante. Ficha de información personal y migratoria o entrevista inicial

Datos personales	
Nombre	
Apellido	
Fecha nacimiento	
Nacionalidad	
Domicilio real actual	
Redes sociales	
Domicilio electrónico	
Telf. Contacto en el país	
Domicilios anteriores	
Información migratoria	
Es o fue residente en Argentina	
Tipo de residencia	
Residencia precaria vigente	
Fecha de vencimiento	
Refugio en Argentina (reconocido o solicitante)	
Si fue intimado/a a regularizar, en este caso consultar, si recibió intimación, si sacó turno, si se presentó al turno, si se mudó y/o informó nuevo domicilio.	
Orden de expulsión	
Si es o fue patrocinado/a por abogado particular	
Fecha de notificación de OE (la que consta en la notificación)	
Fecha en que se la entregaron	
¿Apeló OE? ¿Qué consignó?	
¿Dónde fue notificado?	
¿Quién se la entregó?	
Domicilio donde se dirigió/recibió (domicilio que consta en la notificación).	
Antecedentes penales	
¿Registra condena en trámite? Precisar	
¿Registra otros antecedentes penales?	
Unidad de detención	
Teléfono del pabellón	
Monto de pena	

¿Es pena única? ¹²⁹	
¿Es reincidente?	
Tribunal de condena	
Defensoría: Pedir nombres y teléfonos:	
Fecha vencimiento de pena: si tienen copia de la sentencia que la remitan	
Caducidad registral antecedentes:	
¿Como egresó de la unidad penitenciaria? (bajo libertad condicional, libertad asistida, cumplimiento de pena, arresto domiciliario. Si tiene alguna constancia o resolución que la remita	
¿Dónde fijo domicilio y a quien designó como referente)? (Cotejar si el referente es alguno de los familiares que posibilitan la radicación y si no son los mismos indagar las razones)	
¿Cumplió las reglas de conducta? Pedir comprobante de finalización.	
Si además de la/las condenas por las que se dispuso su expulsión, registra otros procesos en trámite o condenas firmes o no firmes.	
Si se lo/la expulso alguna vez del país en alguna de esas condenas.	
¿Se le explico la posibilidad de ser extrañado a su país de origen?	
Si los antecedentes provienen de su país de origen: indagar acerca de la pena, el delito, el vencimiento y pedir constancias debidamente legalizadas si es posible.	
En caso de querer se extrañado: preguntar si tienen documento vigente de su país de origen, explicar que deben hacer contacto con su consulado, si tienen hijos menores que necesitan autorización del padre, legalizada por consulado.	
Víctimas	
De tratarse de delitos contra la vida, lesiones, abandono de personas, contra la integridad sexual o contra la libertad, deberá informar si la/las víctimas han sido o forman parte de su grupo familiar.	
Indagar que tipo de relación mantienen. Si cumple deberes de asistencia familiar. Si existen prohibiciones de acercamiento vigente o caducadas. Si la relación ha perdurado.	
Si quien llama es la víctima del delito, NO TOMAMOS CONTACTO ALGUNO. Se le explica que la víctima puede presentarse en el expediente por propio derecho o con abogado solicitando lo que desee.	
Ingreso al país	
Fecha de ingreso al país	
Fecha de ingreso al país	
Si ingresó solo/a o acompañado de su familia, especificando en su caso con quien o quienes arribó al país	
¿Posee constancia de ingreso?	
¿Qué tipo de constancia? Pasaje, ticket, constancia migratoria, etc. (SI INGRESO CON LOS PADRES SIENDO MENOR PREGUNTAR SI LA TIENEN SUS PADRES)	
¿La presentó alguna vez ante Migraciones?	

129 Delito: (Si es alguno de los delitos establecidos en el artículo 14 del C.P 2da parte o en el 56 bis de la ley 24.660 no pueden gozar de Salidas transitorias, Libertad Condicional o libertad asistida. Básicamente deberían cumplir toda la pena. Es necesario explicarle esto si lo que quieren es apelar la disposición).

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA FACILITAR EL ACCESO A LA JUSTICIA A PERSONAS EN CONTEXTO DE MOVILIDAD HUMANA PARA DEFENSORAS Y DEFENSORES PÚBLICOS EN ARGENTINA

¿Por qué paso fronterizo se produjo su ingreso?	
Fecha de última salida del país	
¿Fue rechazado en frontera alguna vez?	
Información familiar	
Vínculos familiares en el país	
Vínculos familiares en otro país:	
Nombre y fecha de nacimiento de los hijos	
Si están reconocidos ¹³⁰	
Cumple con deberes de asistencia familia. Pedir constancias	
Nombre de la pareja	
Nacionalidad de la pareja	
Si convive con su pareja y con sus hijos	
¿La pareja actual es el padre/madre de sus hijos?	
¿Qué relación mantiene con el padre/madre de sus hijos?	
¿La pareja actual estuvo involucrada en el hecho? Víctima o coautora	
¿Sus hijos fueron víctimas del delito? ¿Hubo menores involucrados?	
Situación migratoria de sus familiares	
Otros vínculos familiares en el país	
Nombre de los padres	
Si fallecieron, ¿dónde se produjo el deceso?	
Información laboral	
Ocupación u oficio	
Trabajos registrados	
Trabajos no registrados	
Trabajos realizados en el penal	
Cobro peculio/ fondo de reserva: quién lo cobró. Comprobantes:	
Educación (propia y del grupo familiar)	
¿Dónde realizó la escolaridad primaria?	
¿Dónde realizó la escolaridad secundaria?	
¿Dónde realizo estudios terciarios/universitarios?	
Si es en Argentina pedir comprobantes o nombre de las instituciones	
Escolaridad de los hijos	
Estudios en el penal. ¿Se le concedió estímulo educativo?	
Salud	
Enfermedades	
Tratamientos médicos fuera y dentro del penal	
Tratamiento por estupefacientes	
Tratamientos CAS (agresores sexuales. Imprescindible documentación.	

¹³⁰ En el supuesto de hijos no reconocidos, se lo asesorará sobre las vías jurídicas pertinentes para lograr el reconocimiento y sobre la conveniencia de ese extremo para invocar el derecho a la reunificación familiar.

Tratamiento por violencia de género. Imprescindible documentación.	
Otras actividades relevantes	
Actividades religiosas, comunitarias sociales, otras.	

Prueba	
<ul style="list-style-type: none"> • Contrato de alquiler o recibo de pago (vivienda, comercio, etc.) • Partida de nacimiento hijos • Certificado de convivencia • Certificado de Escolaridad de sus hijos • Comprobantes de pago sueldo/ inscripción al monotributo. • Comprobantes de aportes jubilatorios • Constancias médicas u hospitalarias • Testigos • Informe social, según el caso • En caso de no convivencia con los hijos, acreditar que contribuye con el sostén económico del grupo familiar 	

Se acuerda que el medio de contacto con esta Defensoría es el Tel. xxxxxxxx bajo apercibimiento de concluir con el mandato en caso de no ubicarlo por ese medio. Al respecto, se compromete a informar cualquier cambio de domicilio y de teléfonos. Con lo que se da por concluido el acto, firmando el compareciente.

Fdo: El/la compareciente

Anexo II. Documentos de uso de la Comisión Migrante. Escrito “Ratifica gestión”

Señor Juez:

xxxxxxxxxxxxx, de nacionalidad xxxxxxxxxxxxxx con Pasaporte xxxxxxxxxxxxxx, con el patrocinio letrado de/ la Dr./Dra. XXXXXXX D.P.O., XXXXXXXXXXXXX, en los autos **“XXXXXC/ EN-M INTERIOR OP Y V-DNM S/RECURSO DIRECTO DNM”**, expediente Nro. **XXXX**, ante VS me presento y digo: Que mediante el presente ratifico la totalidad de las gestiones efectuadas en autos por XXXXXXXXXXXXX

Provea VS de conformidad, que
SERÁ JUSTICIA.

Anexo III Tabla de identificación de situaciones de vulnerabilidad

Identificando vulnerabilidades en personas en contexto de movilidad humana		
Persona migrante	<p>¿Cuándo llegó a Argentina?</p> <p>¿Ha llegado a Argentina solo o con familiares? ¿Qué familiares le acompañan?</p> <p>¿Tiene familia, amigos o personas en Argentina que le puedan ayudar?</p> <p>¿Ha podido Ud. regularizar su situación migratoria?</p> <p>¿Tiene alguna necesidad médica o de otro tipo que requiera atención inmediata?</p> <p>¿Qué nacionalidad tiene? ¿Es nacional de uno de los países MERCOSUR o Asociados?</p>	<p>Comunicar a la persona migrante que la información que proporcione es confidencial y que va a ser utilizada únicamente con la finalidad de defender sus derechos y bajo ningún concepto para expulsarle a su país de origen.</p> <p>Que el hecho de ser una persona migrante constituye un factor de vulnerabilidad.</p> <p>Necesidad de identificar otros factores de vulnerabilidad en las personas migrantes (sexo, edad, discapacidad, etc.)</p> <p>Necesidad de identificar su estatuto migratorio (regular o irregular).</p> <p>Ver si se le puede aplicar el Acuerdo de Residencia MERCOSUR.</p>

<p>NNA No acompañado o separado</p>	<p>¿Qué pasó que empezaste un viaje tan largo fuera de tu país?</p> <p>¿Empezaste el viaje solo o te separaste de tu familia en el trayecto?</p> <p>¿Con quién llegaste a Argentina?</p> <p>¿Con quién vivías en tu país? ¿Hay algunas personas con las que te gustaría seguir viviendo?</p> <p>¿Tienes familiares en Argentina?</p> <p>¿Alguien te ha hecho daño o algo que no te gustó o que te hizo sentir culpable o confuso/a?</p> <p>Háblame de tus padres y demás miembros de la familia;</p> <p>¿Qué es lo que más te gusta de tu país y lo que menos te gusta?</p> <p>¿Qué hacías en un día normal en tu país? ¿Ibas a la escuela?</p> <p>¿Qué haces en un día normal en Argentina?</p> <p>¿Vas a la escuela?</p> <p>¿Estás contento en Argentina?</p> <p>¿Te gustaría volver a tu país de origen?</p> <p>¿Qué crees que te pasaría si volvieras a tu país de origen? ¿Tienes miedo de volver?</p>	<p>Dónde se encuentran los padres o cuidadores principales; si existen impedimentos para su reunión; con quién viaja el NNA y, si se trata de un familiar, ver si se puede acreditar o no el vínculo familiar; si el NNA se siente seguro con esta/s persona/s; si presenta cualquier signo de enfermedad, abandono o daño; si tiene cubiertas sus necesidades básicas (documentación, servicios sanitarios, vacunación, alojamiento, nutrición, etc.); si está escolarizado (matriculado y asistiendo a clases con normalidad).</p> <p>Ser consciente de indicadores de trauma: deterioro de la memoria, dificultades para concentrarse, incapacidad para confiar en los demás, tendencia a sobresaltarse con facilidad, presentar un carácter ansioso y evasivo, tener pesadillas o dificultades para dormir, dolor de cabeza, pérdida de apetito y problemas digestivos, etc.</p> <p>Los NNA también pueden estar necesitados de protección internacional. En este sentido es necesario tener en mente determinadas formas de persecución específicas que pueden sufrir los NNA como el reclutamiento forzoso, la trata, víctimas del crimen organizado internacional y violencia asociada a grupos no estatales etc.</p> <p>Indicadores de trata de NNA de la Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito-ONODC</p> <p>https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/HT_indicators_S_LOWRES.pdf; No tener acceso a sus padres o tutores, no tener acceso a educación, no tener tiempo para jugar, estar haciendo trabajos no adecuados a su edad, viajar sin acompañamiento de adultos o de adultos que no son familiares, entre otros.</p>
--	---	---

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA FACILITAR EL ACCESO A LA JUSTICIA A PERSONAS EN CONTEXTO DE MOVILIDAD HUMANA PARA DEFENSORAS Y DEFENSORES PÚBLICOS EN ARGENTINA

<p>Necesidades de protección</p>	<p>Solicitantes de asilo y refugiados en general</p>	<p>¿Por qué abandonó su país de origen?</p> <p>¿Cómo ha sido su viaje hasta llegar a Argentina? ¿Ha sufrido algún tipo de violencia durante el trayecto hacia Argentina?</p> <p>¿Puede tener problemas si regresa a su país de origen?</p> <p>¿Qué problemas?</p> <p>¿Conoce Ud. lo que es el derecho de asilo? Si dice que no, habrá que proporcionarle información al respecto.</p> <p>¿Desea Ud. solicitar asilo?</p>	<p>Prestar especial atención a persecuciones que son más difíciles de detectar como las persecuciones por pertenencia a un determinado grupo social entre las que se subsumen las persecuciones por motivos de género (todas las formas de violencia basadas en el género contra las mujeres, incluida la trata de seres humanos).</p> <p>Situación del país de origen en relación con la protección de derechos humanos (informes sobre derechos humanos, la información general del país de origen, los informes especializados sobre temas étnicos, religiosos, de género o de grupos políticos, y los artículos de prensa sobre eventos actuales).</p> <p>Identificar la definición de persona refugiada aplicable (CG de 1951 o Declaración de Cartagena de 1984).</p> <p>Tener presente que bajo los estándares del derecho internacional sobre las personas refugiadas, la carga de la prueba no recae solamente en el/la solicitante de refugio, puesto que es imposible que esta persona, cuya vida, seguridad, libertad o integridad corre peligro, prepare de manera exhaustiva las pruebas que apoyan su caso en el país de acogida, por lo tanto, sea aplicable a su favor el <i>principio de beneficio de la duda</i>.</p> <p>No olvidar que se puede tener derecho al reconocimiento de la condición de persona refugiada, incluso por hechos ocurridos en el país de origen o de residencia habitual posteriores a su salida (refugiados sur place), por lo que tener en cuenta la situación del país de origen o de residencia habitual de la persona migrante puede ser de utilidad.</p> <p>Ser consciente de indicadores de trauma: deterioro de la memoria, dificultades para concentrarse, incapacidad para confiar en los demás, tendencia a sobresaltarse con facilidad, presentar un carácter ansioso y evasivo, tener pesadillas o dificultades para dormir, dolor de cabeza, pérdida de apetito y problemas digestivos, u otros</p>
---	--	--	--

	<p>Victimas de trata</p>	<p>¿Cómo ha sido su viaje hasta llegar a Argentina? ¿Ha sufrido algún tipo de violencia durante el trayecto hacia Argentina?</p> <p>¿Puede tener problemas si regresa a su país de origen?</p> <p>¿Qué problemas?</p> <p>¿Ha recibido Ud. amenazas?</p> <p>¿Se siente Ud. engañada/o?</p> <p>¿Ha sentido miedo en alguna ocasión?</p> <p>¿Cómo es su estado de salud?</p> <p>¿Se siente Ud. a salvo?</p> <p>¿Qué necesitaría para sentirse segura?</p> <p>¿Tiene alguna necesidad médica o de otro tipo que requiera atención inmediata?</p> <p>¿Por qué abandonó su país de origen?</p> <p>¿Conoce Ud. lo que es el derecho de asilo? Si dice que no, habrá que proporcionarle información al respecto.</p> <p>¿Desea Ud. solicitar asilo?</p>	<p>Indicadores de trata de la Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito-ONODC</p> <p>https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/HT_indicators_S_LOWRES.pdf; ser incapaces de abandonar su lugar de trabajo; sufrir lesiones que parezcan derivadas de la aplicación de medidas de control; recibir amenazas de que serán entregadas a las autoridades migratorias; no estar en posesión de sus pasaportes; tener documentos de identidad falsos; no estar familiarizados/as con el idioma local; no conocer la dirección de su casa o de su trabajo; permitir que otros hablen por ellas; estar preocupadas por deudas; etc.</p> <p>Ser consciente de indicadores de trauma: deterioro de la memoria, dificultades para concentrarse, incapacidad para confiar en los demás, tendencia a sobresaltarse con facilidad, presentar un carácter ansioso y evasivo, tener pesadillas o dificultades para dormir, dolor de cabeza, pérdida de apetito y problemas digestivos, etc.</p>
	<p>Personas perseguidas por su orientación sexual /identidad de género</p>	<p>¿Por qué abandonó su país de origen?</p> <p>¿Cómo ha sido su viaje hasta llegar a Argentina? ¿Ha sufrido algún tipo de violencia durante el trayecto hacia Argentina?</p> <p>¿Puede tener problemas si regresa a su país de origen?</p> <p>¿Qué problemas?</p> <p>¿Ha recibido Ud. amenazas?</p> <p>¿Ha sentido miedo en alguna ocasión?</p> <p>¿Tiene una relación? (en lugar de está casado)</p> <p>¿Cómo se llama su pareja? (en lugar de como se llama su esposa/o?)</p> <p>Algunas personas LGTBI pueden correr riesgo. ¿Le afecta esto a Ud. o a algún miembro de su familia?</p> <p>¿Qué necesitaría para sentirse seguro/a?</p> <p>¿Tiene alguna necesidad médica o de otro tipo que requiera atención inmediata?</p>	<p>Prestar especial atención a persecuciones que son más difíciles de detectar como las persecuciones por pertenencia a un determinado grupo social entre las que se subsumen las persecuciones por motivos de género (persecuciones por motivos de identidad/orientación sexual).</p> <p>Ser consciente de indicadores de trauma: deterioro de la memoria, dificultades para concentrarse, incapacidad para confiar en los demás, tendencia a sobresaltarse con facilidad, presentar un carácter ansioso y evasivo, tener pesadillas o dificultades para dormir, dolor de cabeza, pérdida de apetito y problemas digestivos, u otros.</p> <p>Necesidad de dirigirse a la persona con el nombre que ella indique y no con el nombre asignado al nacer. No exija cambios en la expresión de género (voz, ademanes, ropa, accesorios, cabello, uñas), ni la realización del cambio de nombre o sexo en los documentos durante las actuaciones ante la justicia o como requisitos para acceder a los servicios que presta la entidad en la que se desempeña.</p>

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA FACILITAR EL ACCESO A LA JUSTICIA A PERSONAS EN CONTEXTO DE MOVILIDAD HUMANA PARA DEFENSORAS Y DEFENSORES PÚBLICOS EN ARGENTINA

	<p>Mujeres perseguidas con alguna forma de violencia de género</p>	<p>¿Ha recibido Ud. amenazas?</p> <p>¿Ha sufrido Ud. algún daño en su país de origen?</p> <p>¿Ha sentido miedo en alguna ocasión en su país de origen?</p> <p>¿Cómo es su estado de salud?</p> <p>¿Se siente Ud. a salvo aquí?</p> <p>¿Qué necesitaría para sentirse segura?</p> <p>¿Tiene alguna necesidad médica o de otro tipo que requiera atención inmediata?</p>	<p>Tener en cuenta que en caso de persecuciones por motivos de género puede que algunas mujeres no se sientan perseguidas o desconozcan que ser víctimas de violencia de género legitima para solicitar refugio, sobre todo si la violencia contra las mujeres está normalizada en el país de origen.</p> <p>Tener presente que en caso de persecuciones por motivos de género puede que la persona prefiera ser asistida por una defensora y no por un defensor.</p> <p>Ser conscientes de que algunas personas puede que se resistan a revelar determinadas experiencias de persecución en un primer contacto con la defensora o defensor, a causa de diversas razones como la capacidad de la persona para comunicarse, vergüenza, falta de confianza, miedo a ser expulsada, etc. En casos de violencia sexual muchas mujeres son reticentes a revelar dichos hechos por el temor a ser culpabilizadas y estigmatizadas y sufrir ostracismo por parte de su familia y/o comunidad.</p> <p>Ser consciente de indicadores de trauma: deterioro de la memoria, dificultades para concentrarse, incapacidad para confiar en los demás, tendencia a sobresaltarse con facilidad, presentar un carácter ansioso y evasivo, tener pesadillas o dificultades para dormir, dolor de cabeza, pérdida de apetito y problemas digestivos, etc.</p> <p>Obtener información sobre la situación de los derechos humanos de las mujeres en el país de origen (violencia contra las mujeres, posición de la mujer frente a la ley, incluyendo su capacidad legal en la corte, el derecho a presentar una demanda y a presentar evidencia, la cobertura de la ley de divorcio y custodia, el derecho a poseer propiedades, el derecho a hacerse o a rechazar un aborto; el goce de los derechos económicos, sociales y culturales; los derechos políticos de la mujer, incluyendo el derecho a votar, a desempeñar cargos políticos y a pertenecer a partidos políticos; etc.).</p>
--	--	--	---

HERRAMIENTAS EUROSOCIAL

Aprendizajes en **COHESIÓN SOCIAL**

Diagnóstico final Asistencia técnica para la implementación a nivel nacional del Modelo Regional de Defensa de Personas en contexto de Movilidad (Argentina)

DIEGO ACOSTA Y CARMEN MIGUEL

Diagnóstico Final

Asistencia técnica para la implementación a nivel nacional del Modelo Regional de Defensa de Personas en contexto de Movilidad (Argentina)

Contexto

Esta acción se enmarca en el acompañamiento del programa EUROsociAL de la Unión Europea a la Defensoría General de la Nación-DGN de Argentina. El objeto principal de la misma es brindar asistencia técnica para garantizar a las personas migrantes y refugiadas el acceso a la justicia en Argentina fortaleciendo y haciendo más eficiente el uso de los recursos y las capacidades de Defensoras y Defensores Públicos del país.

Esta acción deriva de una asistencia técnica anterior prestada a nivel regional a la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas-AIDEP.

En una primera fase la acción estuvo orientada a elaboración de un diagnóstico de salida elaborado por el equipo de expertos designado por el Programa EUROsociAL que fue revisado y debatido por las defensorías públicas de la región (*“Acceso a la Justicia de Personas en Contexto de Movilidad Humana Diagnóstico regional y buenas prácticas”*¹³¹). El diagnóstico fue elaborado durante el primer semestre del 2020 y abarca trece países: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras, Guatemala, México, Paraguay, Perú y Uruguay.

En una segunda fase fueron elaborados los siguientes productos: un *Modelo de Defensa Regional para la Defensa de Personas en Contexto de Movilidad*¹³² para mejora la defensa de personas migrantes y refugiadas en los países de la región que recoge y precisa los insumos necesarios para conocer los estándares de derechos humanos aplicables para satisfacer las demandas de defensa jurídica de las personas migrantes y refugiadas y para conocer los elementos que se deben incluir para asegurar su implementación práctica; y *Elementos para la constitución de la Red Interamericana de Defensa a Personas en Contexto de Movilidad*¹³³, elaborado a partir de la exploración del proceso de creación y funcionamiento de iniciativas similares existentes en la región y en la Unión Europea y que contiene una propuesta de Reglamento para regular su funcionamiento interno. La contraparte institucional de esta acción, el Ministerio Público de la Defensa de Argentina ha solicitado el apoyo y acompañamiento del Programa EUROsociAL + para la implementación del *Modelo de Defensa Regional para la Defensa de Personas en Contexto de Movilidad* en el plano nacional mediante el desarrollo de un Protocolo de Actuación para la Defensa de Personas Migrantes y Refugiadas.

Con carácter previo a la elaboración de dicho protocolo, se realizó, en primer lugar, un diagnóstico inicial que daba cuenta de la situación de las personas migrantes y refugiadas en Argentina y de su acceso a la justicia. Posteriormente, para completar este diagnóstico inicial y elaboración de este diagnóstico final, se realizaron entrevistas con actores y actoras clave en temas de migraciones y refugio con distintos perfiles como defensoras y defensores públicos, institucionalidad y organismos

131 Acceso a la Justicia de Personas en Contexto de Movilidad Humana Diagnóstico regional y buenas prácticas

132 Modelo de Defensa Regional para la Defensa de Personas en Contexto de Movilidad

133 Elementos para la constitución de la Red Interamericana de Defensa a Personas en Contexto de Movilidad

internacionales con competencias en migraciones y refugio, así como a organizaciones de sociedad civil que trabajan por los derechos de la población migrante y refugiada. Estas entrevistas (individuales y grupales) se llevaron a cabo entre el 23 de agosto al 3 de septiembre de 2021. En el Anexo I se acompaña un listado de todas las personas entrevistadas. Cuando aludimos a defensores/as federales nos referimos a aquellos y aquellas que han sido entrevistados/as y que son diferentes de los/as que integran las diferentes Comisiones de la DGN.

Introducción

Este documento parte del diagnóstico *Acceso a la Justicia de Personas en Contexto de Movilidad Humana Diagnóstico regional y buenas prácticas* arriba mencionado y su única finalidad es actualizarlo y complementarlo. Por este motivo, se da por reproducido la parte íntegra sobre Argentina incluida en dicha publicación.

A través de su historia, Argentina ha tenido siempre una relación muy estrecha con la movilidad humana, tanto como receptor de inmigrantes, cuanto como país origen de la emigración de nacionales. Entre 1856 y 1932, durante el gran periodo de la emigración europea, se estima que Argentina recibió 6.4 millones de personas extranjeras, colocándose en segundo lugar a nivel mundial tan sólo por detrás de los Estados Unidos.¹³⁴ Si bien la emigración a gran escala se redujo después de la crisis económica de 1929, Argentina siempre ha tenido un número relativamente importante de no nacionales residiendo en su territorio. Esto se ha complementado, a partir de la década de los 60 del siglo XX, con un importante número de nacionales argentinos que por diversos motivos políticos o económicos se veían obligados a emigrar del país.¹³⁵

En la actualidad, y según datos de Naciones Unidas de 2019, Argentina tendría una población extranjera en el país de un poco más de dos millones doscientas mil personas, provenientes en su inmensa mayoría de América del Sur.¹³⁶ Esto supone que es el primer país receptor en América Latina en términos nominales, aunque no en términos porcentuales respecto de su población total, con un porcentaje de personas extranjeras respecto del total de residentes inferior al 5%, que es menor que el de, por ejemplo, Chile. En cualquier caso, Argentina no se encuentra entre los grandes destinos de la emigración mundial como son Canadá y Estados Unidos, Australia, Rusia, determinados países de la Unión Europea o los países del Golfo Pérsico, por mencionar algunos ejemplos.

Respecto de su marco normativo, Argentina ha tenido a lo largo de su historia una sucesión de normas de carácter abierto frente a las migraciones, unidas a otras más restrictivas.¹³⁷ El marco legislativo actual se compone de diversos instrumentos (internacionales, regionales y domésticos) que han de ser tenidos en cuenta a la hora de determinar el estatus jurídico de una persona en concreto. En primer lugar, la Constitución argentina de 1994, que mantiene varios elementos que ya estaban incluidos en la Constitución de 1853, establece en su artículo 20 la igualdad de trato entre ciudadanos y extranjeros en el goce de determinados derechos civiles, así como la posibilidad de nacionalizarse tras dos años de residencia en el país. Por su parte, el artículo 25 señala que el Gobierno federal “fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes.”

En segundo lugar, se deben mencionar los tratados internacionales que hayan sido ratificados por el Estado argentino. No ha de olvidarse que Argentina es uno de los únicos cuatro países del mundo (junto con Bolivia, Ecuador y Uruguay) que ha ratificado todos los principales 18 tratados y proto-

134 Diego Acosta, *The National versus the Foreigner in South America. 200 Years of Migration and Citizenship Law*, Cambridge University Press, 2018, p. 10. Ver también: José Moya, *Primos y Extranjeros*, Emece Editores, 2004.

135 Calvelo, Laura - (UBA - Buenos Aires, Argentina) (2011). *Inmigración y emigración internacional en Argentina. Problemas de medición y estimación*. XI Jornadas Argentinas de Estudios de Población. Asociación de Estudios de Población de la Argentina, Neuquén. 136 Datos disponibles en: <https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/countryprofiles.asp>

137 Diego Acosta, op. cit, capítulo 4.

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA FACILITAR EL ACCESO A LA JUSTICIA A PERSONAS EN CONTEXTO DE MOVILIDAD HUMANA PARA DEFENSORAS Y DEFENSORES PÚBLICOS EN ARGENTINA

colos opcionales de derechos humanos de Naciones Unidas, incluyendo a la Convención sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias. En Argentina, los tratados internacionales son internalizados en el ordenamiento jurídico de cuatro maneras distintas. Un primer grupo se referiría al de todos los tratados internacionales en general los cuales, según el Artículo 75 (22) de la Constitución argentina, cuentan con jerarquía superior a las leyes. Un segundo grupo incluye a ciertos tratados que tienen jerarquía constitucional, establecida ya en la propia Constitución, entre los que se incluye, entre otros, a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; o la Convención sobre los Derechos del Niño. Un tercer grupo estaría conformado por otros tratados internacionales sobre derechos humanos que, una vez aprobados por el Congreso, hayan obtenido el voto de las dos terceras partes de cada Cámara para obtener así jerarquía constitucional. Ha de señalarse que la Convención de trabajadores migrantes de la ONU no cuenta con jerarquía constitucional, como si la han obtenido otros tratados internacionales recientes tales como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26378). Además, el Estado argentino no ha aceptado todavía la competencia del Comité de Trabajadores Migrantes de la ONU para recibir comunicaciones realizadas por otros Estados (artículo 76) o por individuos (artículo 77) en las que se aleguen que el Estado Parte haya podido violar derechos individuales reconocidos en la Convención. El Comité de Trabajadores Migrantes ha instado al Estado argentino en dos ocasiones para que acepte dicha competencia.¹³⁸ Un último grupo viene recogido en el Artículo 75(24) de la Constitución y se refiere a los tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción y que tienen jerarquía superior a las leyes.

Respecto de los principales convenios sobre la materia de la Organización Internacional de Trabajo, Argentina no ha ratificado ni el Convenio 97 de 1949, ni el Convenio 143 de 1975 sobre los trabajadores migrantes. Ha ratificado, sin embargo, el Convenio 189 de 2011 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos. Por último, a nivel internacional, ha de señalarse que Argentina ha adherido tanto el Pacto Global sobre Migración como el Pacto Global sobre los Refugiados los cuales, si bien no son jurídicamente vinculantes, suponen un importante compromiso político. En ese mismo sentido, Argentina ha sido un miembro activo de la Conferencia Sudamericana de Migraciones cuyas declaraciones finales no son tampoco vinculantes jurídicamente, pero expresan una voluntad política de aquellos Estados que las firman, de la cual Argentina tiene la presidencia pro tempore en este momento. También son relevantes para el Estado argentino tanto las sentencias, como las opiniones consultivas de las Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las recomendaciones de la Comisión Interamericana.

En tercer lugar, y centrándonos ahora en el derecho regional, han de señalarse de manera especial el Acuerdo sobre Residencia para nacionales de los Estados Partes Mercosur, y el Acuerdo sobre Residencia para nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile, ambos adoptado en Brasilia el 6 de diciembre de 2002. Los Acuerdos fueron aprobados en Argentina mediante la sanción de dos leyes el 9 de junio de 2004, en concreto las leyes 25.902 y 25.903. En vista del Artículo 75(24) de la Constitución previamente mencionado, estas dos leyes tendrían jerarquía superior a la ley de migraciones y, además, deberían tenerse en consideración de manera primordial a través de la aplicación del principio pro homine que reclama como criterio de interpretación usar siempre la norma vigente que otorgue derechos más favorables. Si bien es cierto que la Ley de Migraciones ha incorporado también la categoría de residencia MERCOSUR, no es menos cierto que gran parte de los restantes derechos recogidos en el Acuerdo no se aplican de manera correcta y, de ahí, la necesidad de tener muy presentes las Leyes 25.902 y 25.903 para los no-nacionales que vengan de Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay.

¹³⁸ Comité de Trabajadores Migrantes de Naciones Unidas: CMW/C/ARG/CO/, 2 de noviembre de 2011; CMW/C/ARG/CO/2, 4 de febrero de 2020.

Respecto de la residencia como tal, el artículo 23 (I) de la ley de Migraciones señala que los nacionales de un Estado del MERCOSUR, Bolivia o Chile pueden obtener una residencia temporal en el país basada en el criterio de la nacionalidad. Ya en septiembre de 2004, la Disposición 29929/2004 de la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) clarificó que el listado de países incluido en el artículo 23 (I) era meramente enunciativo. Esto fue confirmado en el Reglamento de la Ley de Migraciones (Artículo 23 (I) Decreto 616/2010). En la actualidad, cualquier nacional de los restantes once países de América del Sur puede obtener la residencia temporal, que puede ser transformada en permanente tras dos años de residencia, por esta vía del criterio de nacionalidad. Ha de resaltarse también que Argentina ratificó algunos tratados bilaterales de libre movilidad de personas con otros países de la región (por ejemplo, Brasil, Uruguay o Bolivia) entre finales de la década de 1990 e inicios del siglo XXI. Dichos tratados han perdido importancia a raíz de la propia ley de migraciones de 2004 y de la entrada en vigor para la región del Acuerdo de Residencia MERCOSUR en 2009, excepto el Acuerdo bilateral con Brasil al cual nos referiremos bajo la sección de MERCOSUR.

En cuarto lugar, debemos hacer mención al ordenamiento jurídico doméstico. En primer lugar, la ley de migraciones (Ley 25.871) fue promulgada el 20 de enero de 2004 y regula la admisión, el ingreso, la permanencia y el egreso de las personas inmigrantes, entendidas como aquellos extranjeros que quieran ingresar, transitar, residir o establecerse en el país (Artículos 1-2). La ley se encuentra reglamentada por el Decreto 616 de 2010. Es importante resaltar que el Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 70 adoptado el 27 de enero de 2017 modificó numerosos aspectos centrales de la ley de migraciones. Sin embargo, dicho Decreto ha sido derogado por el Decreto 138 de 4 de marzo de 2021, el cual restituye la vigencia de las normas que habían sido modificadas por el DNU. Por lo tanto, este diagnóstico inicial no hará más referencia a dicho DNU aunque conviene recordar que dado que la Corte Suprema aún no ha determinado su constitucionalidad, en un asunto que tiene pendiente, algunos tribunales continúan fallando conforme al DNU en casos que ocurrieron durante su período de vigencia.

Para concluir nuestra enumeración de las leyes relevantes en la materia han de mencionarse también la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado (Ley N.º 26165, noviembre 2006); la Ley 26.364 de Prevención y sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas de 2008; la Ley 27512, Ley General de Reconocimiento y Protección de las Personas Apátridas de 28 de agosto de 2019; y la Ley de Ciudadanía, Ley 346, Buenos Aires, 1 de octubre de 1869, así como su también Decreto Reglamentario sobre Ciudadanía y Naturalización, Decreto Nacional 3213/1984, 28 de septiembre de 1984. La Corte Suprema ha interpretado, como se verá, en distintos casos algunas de las anteriores normas.

Las interpretaciones que haga la Corte Suprema, si bien no son obligatorias, deben ser debidamente considerados por los tribunales inferiores. Es decir, es responsabilidad de los tribunales inferiores demostrar porqué se apartan de pronunciamientos previos o que argumentos novedosos incorporan para hacerlo. Al respecto, la Corte Suprema tiene dicho que “la autoridad institucional de sus precedentes, fundada en la condición del Tribunal de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, da lugar a que ante la oportunidad de emitir fallos sobre casos sustancialmente análogos sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas tanto por esta misma Corte como por los tribunales inferiores”.¹³⁹

Por último, ha de señalarse que el Reglamento de la Ley de Migraciones otorga competencia a la DNM (Artículo 107) para adoptar disposiciones, es decir normas procedimentales y aclaratorias, que sean necesarias para la obtención de los objetivos de la Ley y del propio Reglamento. Dicha competencia ha sido usada de manera habitual y en el contexto de la pandemia COVID-19 se han adoptado algunas disposiciones prorrogando los plazos de validez de determinados permisos de residencia (ver por ejemplo, entre otras, Disposición 1714/20 o 2434/20). Por tanto, nos encontramos, al igual que en otros ordenamientos jurídicos sobre la materia en el mundo, ante un complejo conjunto de normas de nivel internacional, regional y doméstico, que han de ser tenidas en cuenta en cada actuación jurídica que compete a una persona no-nacional.

139 Caso “Viñas” CSJN, Fallos 341:570. Ver: <https://publicaciones.unpaz.edu.ar/OJS/index.php/debatesddhh/article/view/628/579>

En las páginas que siguen nos referiremos a los siguientes aspectos: 1) regularización de personas migrantes en situación irregular; 2) el estatus jurídico de los ciudadanos y ciudadanas MERCOSUR ampliado; 3) derechos de las personas no-nacionales incluyendo a la reunificación familiar; 4) protección frente a la expulsión; 5) refugio; 6) fronteras; 7) el programa Siria; 8) trata de seres humanos; 9) acceso a la nacionalidad; 10) apatridia; 11) Niños y niñas migrantes; 12) transversalización del enfoque de género en la defensa; 13) impacto COVID; 14) desafíos más allá de la defensa.

1. Regularización de Personas Migrantes en Situación Irregular

Uno de los aspectos más interesantes de la ley de Migraciones de 2004 se refiere a la inclusión del derecho a la migración como un derecho “esencial e inalienable de la persona” que la República de Argentina ha de garantizar “sobre la base de los principios de igualdad y universalidad” (Artículo 4). Si bien dicho derecho ha sido después incorporado en otras leyes de migraciones en América del sur (ej. Artículo 1 de la Ley de Migraciones de Uruguay de 2008), su inclusión supuso una novedad, posiblemente, a nivel mundial. Sin embargo, las consecuencias jurídicas exactas de la inclusión de dicho derecho “esencial e inalienable” no han sido todavía definidas de manera clara ni por los órganos administrativos del Estado ni por la Corte Suprema. En derecho comparado se ha empezado de manera lenta a dotar de contenido al derecho a migrar. En concreto, la Corte Constitucional de Ecuador ha interpretado el artículo 40 de la Constitución de 2008, que también incorpora el derecho a migrar, como uno que requiere que cualquier restricción deba ser “necesaria y contar con la debida justificación por parte de la autoridad rectora de la política migratoria”. Además, señala la Corte Constitucional, “el derecho a migrar debe ser considerado en cada caso y resuelto con base en las circunstancias individuales de cada persona”.¹⁴⁰ Esta interpretación puede ser particularmente útil en casos de prohibición de entrada o de expulsión.

Otra forma de entender el derecho a la migración puede llevarse a cabo mediante la lectura conjunto del Artículo 4 junto con el Artículo 17 de la ley. Dicho Artículo 17 establece que el “Estado proveerá lo conducente a la adopción e implementación de medidas tendientes a regularizar la situación migratoria de los extranjeros”. Como bien puede verse, dicho artículo establece un mandato a las autoridades gubernamentales y no una mera posibilidad de acción. Por último, ha de señalarse que el Artículo 61 de la Ley de Migraciones sobre cancelación de la permanencia incorpora la obligación de la DNM de conminar a regularizarse a la persona que se encuentre en situación irregular en un plazo de 30 días que podrá ser prorrogado (Artículo 61 del Decreto 616/2010). Es decir, al igual que en otros ordenamientos jurídicos de la región tales como el brasileño, la constatación de la irregularidad de la situación administrativa de una persona no lleva como norma general a la expulsión. Al contrario, la norma general es la regularización y sólo cuando dicha regularización no se lleva a cabo en el plazo establecido se puede decretar la expulsión. Sin embargo, este artículo no se aplica cuando la persona ha “ingresado al Territorio Nacional eludiendo el control migratorio” (Artículo 29 (i) Ley 25.871) dado que el artículo 61 del Reglamento de la ley de migraciones (Decreto 616/2010) requiere que para que se pueda usar el procedimiento se hayan “desnaturalizado los motivos que autorizaron” el ingreso de la persona o la misma permanezca en territorio argentino cuando “esté vencido el plazo de permanencia acordado”. En el caso de los nacionales de Brasil, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay este artículo es contrario a las Leyes 25.902 y 25.903 antes mencionadas, y, por tanto, también contrario al Acuerdo de Residencia MERCOSUR y por tanto no aplicable también a nacionales del resto de países de América del Sur. De hecho, el Artículo 29 del Decreto 616/2010 señala que “se tendrá especialmente en cuenta la situación de los extranjeros nativos de los Estados Parte del MERCADO COMÚN DEL SUR (MERCOSUR) y Estados Asociados que puedan hallarse incurso en el impedimento previsto en el inciso i”. Varios actores entrevistados han señalado que este requisito parece no tenerse en consideración en la práctica.

En lo que tiene que ver con la regularización, el Estado argentino ha venido cumpliendo el mandato

¹⁴⁰ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 639-19-JP/20 y acumulados (Expulsión colectiva de migrantes), Quito, 21 de octubre de 2020, párrafos 47 y 48.

legal del artículo 17 de la Ley 25.871 de dos maneras distintas. En primer lugar, ha adoptado, a través de disposiciones de la DNM, distintos procesos de regularización extraordinarios para personas nacionales de distintos países tales como aquellas que no venían de países MERCOSUR,¹⁴¹ y más tarde para aquellas de Senegal,¹⁴² República Dominicana,¹⁴³ Corea del Sur,¹⁴⁴ o Haití,¹⁴⁵ y más recientemente para niños, niñas y adolescentes (NNA) migrantes venezolanos,¹⁴⁶ mediante los cuales la persona obtenía una residencia temporal de uno o dos años que podía después ser transformada, eventualmente y cumpliendo los requisitos, en permanente. Estos procesos de regularización extraordinarios, si bien son absolutamente comunes en perspectiva comparada y, por tanto, no son novedosos, han beneficiado a un importante número de personas de dichas nacionalidades. Sin embargo, los procesos extraordinarios de regularización son limitados no solo por el criterio de la nacionalidad sino también porque tienen una fecha límite de vigencia, normalmente seis meses, y, por consiguiente, dejan fuera a todas aquellas personas que no puedan cumplir con dichas condiciones o que lleguen después al país. Además no resuelven el asunto de manera permanente dado que algunos no-nacionales no consiguen después renovar el permiso de residencia que obtuvieron a través de la regularización y, por tanto, caen de nuevo en la irregularidad.

En segundo lugar, la legislación argentina establece a través de los Artículos 61 de la Ley y el Reglamento de Migraciones lo que se puede denominar un proceso de regularización ordinario o de carácter permanente. Este proceso tiene la ventaja de no estar limitado en el tiempo ni por motivos de nacionalidad. Es decir, el Estado argentino tiene la obligación legal de informar por escrito a la persona, de manera comprensible, de la posibilidad de regularizarse y de las consecuencias en caso de no hacerlo, a no ser que la persona haya entrado de manera irregular al país, en cuyo caso no se le intima a regularizarse. Este procedimiento es extremadamente importante, pero, desafortunadamente, no se cuentan con datos estadísticos del número de personas que son conminadas a llevarlo a cabo cada año, su nacionalidad, y el resultado positivo o negativo de su solicitud de regularización, así como los motivos que hayan llevado a dicha decisión. Esta información es esencial no sólo para facilitar la seguridad jurídica de la persona que inicie un proceso, sino también para poder medir la utilidad, o no, del Artículo 61. Por otra parte, una vez vencido el plazo sin que el migrante regularice su situación la DNM no da traslado a un juez para que revise la decisión. Además, el Pacto Mundial sobre Migración establece claramente como su primer objetivo el “recopilar y utilizar datos exactos y desglosados para formular políticas con base empírica”. La Comisión del migrante, aunque no participa en trámites de regularización, sí asesora a la persona migrante en función de su vulnerabilidad, a fin de que logre regularizar su situación. De igual modo, los magistrados del Ministerio Público de Defensa que intervienen en interés de niños, niñas y adolescentes sí asesoran en la regularización. Por último, el Programa de Asesoramiento y Promoción de los Derechos de las Víctimas del delito de trata de personas tampoco lleva a cabo los trámites para regularizar a la víctima. A nivel de la Ciudad de Buenos Aires, la Defensoría del Pueblo de CABA sí asesora en temas de regularización.

Por último, cabe señalar que una manera en la cual la persona podría regularizarse sería a través de la naturalización. Sin embargo, la DNM confirma que no informan a las personas de dicha posibilidad.

2. El Estatus Jurídico de los ciudadanos MERCOSUR Ampliado

Como bien se ha señalado anteriormente, Argentina ratificó con fuerza de ley el Acuerdo de Residencia MERCOSUR en el año 2004,¹⁴⁷ así como el Acuerdo de Residencia MERCOSUR, Bolivia y

141 Decreto 1169/2004.

142 Disposición DNM 2, 4 de enero de 2013.

143 Disposición DNM 1, 4 de enero de 2013.

144 Disposición DNM 979, 24 de abril de 2014.

145 Disposición DNM 1143, 15 de marzo de 2017.

146 Disposición DNM 1891, 8 de julio de 2021.

147 Ley 25.903, Apruébese el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del Mercosur, suscripto en Brasilia el 6 de diciembre de 2002, 9 de junio de 2004.

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA FACILITAR EL ACCESO A LA JUSTICIA A PERSONAS EN CONTEXTO DE MOVILIDAD HUMANA PARA DEFENSORAS Y DEFENSORES PÚBLICOS EN ARGENTINA

Chile,¹⁴⁸ e incorporó también el criterio de nacionalidad para obtener la residencia en el Artículo 23 de su propia Ley de Migraciones. El criterio de nacionalidad se aplica en Argentina a aquellos ciudadanos y ciudadanas de cualquiera de los restantes 11 países de América del Sur, con independencia de que dichos países (como es el caso de Guyana, Surinam y Venezuela) no hayan ratificado el Acuerdo de Residencia, o estén suspendidos en su membresía del MERCOSUR, como es el caso de Venezuela (Artículo 23 (l) Decreto 616/2010). Esta opción es también usada por Brasil y Uruguay.

Los/as nacionales de los países que se encuentran bajo este criterio tienen el derecho a obtener un permiso de residencia temporal en Argentina por dos años. Para ello sólo deben demostrar la carencia de antecedentes penales en los últimos cinco años y su nacionalidad. Dicho permiso de residencia puede pedirse en Argentina ante la DNM o ante una representación consular argentina en el exterior. La persona que obtiene la residencia temporal puede transformarla en permanente tras dos años de residencia si acredita medios de vida lícitos que permitan su subsistencia y la de su grupo familiar con el que convive (Artículo 5 Ley 25.903). En el caso argentino, no se piden medios de vida en la práctica para obtener la residencia permanente. Ha de señalarse, sin embargo, que la Disposición 1488/2010 de la DNM establece que la persona ha de suscribir una declaración jurada en la cual manifiesta que cuenta con medios suficientes para su subsistencia en la República Argentina. Al mismo tiempo, hay personas con antecedentes penales anteriores a los últimos cinco años que encuentran problemas para obtener la residencia. Las personas que obtienen residencia tienen derecho a entrar, salir, circular y permanecer en el territorio, así como igualdad de trato en cuanto a derechos civiles, sociales, culturales y económicos con los nacionales, así como el derecho a trabajar, reunión familiar y otros derechos (Artículo 9 Ley 25.903 y Ley 25.902).

Respecto de las personas nacionales de Venezuela, el Estado argentino ha adoptado una serie de normas de rango inferior para permitir su acceso a la residencia. Dichas normas tienen en cuenta la especial dificultad que dichas personas enfrentan a la hora de obtener determinados documentos. En concreto, la Disposición DNM 594/2018 habilita a las autoridades a hacer un análisis caso por caso “que permitan dar continuidad a los trámites migratorios de residencia iniciados por nacionales venezolanos cuando razones ajenas a su voluntad impidan o dificulten la obtención o el cumplimiento de presentación de recaudos documentales exigibles para la adquisición de la radicación, en la medida en que ello no redunde en un riesgo a la seguridad pública.” (Artículo 1). Por su parte, la Disposición DNM 520/2019 se apoya en el Artículo 34 de la Ley de Migraciones¹⁴⁹ para facilitar el ingreso de nacionales venezolanos/as así como obtener la residencia temporal para aquéllos/as que solo cuenten con una cédula de identidad o pasaporte vencidos emitidos por la República Bolivariana de Venezuela, siempre y cuando el plazo de vencimiento no exceda de los dos años (Artículos 1 y 4 Disposición DNM 520/2019). Con arreglo a los artículos 3 y 4, la DNM conservó la facultad de solicitar la documentación antes de resolver cada solicitud, que es lo que ha sucedido en algunos casos en la práctica. Para el caso de menores de nueve años se puede usar la partida de nacimiento si no cuentan con ningún otro documento (Artículo 1 Disposición DNM 520/2019). Por su parte, el Artículo 5 facilita la demostración de carencia de antecedentes penales sin necesidad de legalizar los documentos correspondientes.

Si bien Argentina ha sido, según datos de la OIM, el país que más residencias MERCOSUR ha otorgado entre 2009 y 2016,¹⁵⁰ existen algunos elementos sobre los cuales conviene profundizar para evaluar mejor los posibles impedimentos en el acceso a derechos que subsisten. En primer lugar, hay muchos ciudadanos de Sudamérica que tienen dificultades para acceder a ciertos documentos y obtener la residencia temporal o que no pueden acreditar con un documento su fecha de ingreso al país dado que entraron hace mucho tiempo. El requisito de entrada legal es contrario al propio

148 Ley 25.902. Apruébese el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del Mercosur, Bolivia y Chile, suscripto en Brasilia el 6 de diciembre de 2002, 9 de junio de 2004.

149 Dicho Artículo señala que “se podrá autorizar la entrada al país de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en la ley y su reglamentación, cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por la Argentina”.

150 Organización Internacional para las Migraciones, Evaluación del Acuerdo de Residencia del MERCOSUR y su Incidencia en el Acceso a Derechos de los Migrantes, OIM, Buenos Aires, 2018, p. 61.

Acuerdo de Residencia MERCOSUR y a las leyes 25.902 y 25.903 como ya ha sido señalado. En segundo lugar, la página de la DNM establece que bien las personas naturalizadas (con cinco años de antigüedad) de Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay pueden acogerse al acuerdo y, por tanto, obtener la residencia temporal por el criterio de nacionalidad, lo mismo no se aplica a las personas naturalizadas en Colombia, Ecuador, Guyana, Perú, Surinam y Venezuela.¹⁵¹ Esta discriminación debería ser reconsiderada dado su difícil encaje también con el Artículo 3 inc. f) relativo a los objetivos de la Ley de Migraciones, que indica que uno de ellos es “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 segundo lugar, sería importante obtener estadísticas claras sobre las denegaciones de entrada, residencia temporal y residencia permanente de ciudadanos/as MERCOSUR ampliado, así como los motivos para dichas denegaciones. En tercer lugar, se han señalado casos de discriminación en el acceso a ciertos derechos por parte de ciudadanos/as MERCOSUR ampliado, tales como determinadas pensiones no contributivas.¹⁵² Esta discriminación también afecta a migrantes y refugiados en general y no sólo a los MERCOSUR ampliado. Esta discriminación es contraria a las Leyes 25.902 y 25.903. Por último, un Acuerdo bilateral de 2005 permite a las personas nacionales de Brasil acceder directamente a una residencia permanente sin necesitar primero la temporal.¹⁵³ Sería por tanto importante establecer el número de personas que se benefician de este acuerdo y ver si esta información es ofrecida por parte de la DNM cada vez que una persona nacional de Brasil quiere obtener una residencia. De acuerdo a la DNM, el procedimiento previsto en la Ley 26.240 rige plenamente. A la persona nacional brasileña que se presenta a hacer su trámite se le pone en conocimiento de este beneficio, en ventanilla, y opta entre avenirse a él o no. Se resuelve conforme a la mencionada norma y se expide un acto dispositivo que hacer referencia a ella. Según la DNM, este es un mecanismo de uso habitual.

3. Derechos de las personas no nacionales incluyendo a la reunificación familiar

Partiendo de la base de la igualdad de trato entre personas extranjeras y nacionales establecida en el Artículo 20 de la Constitución, la Ley de Migraciones de 2004 señala en su Artículo 5 que el Estado asegurará las condiciones para que dicha igualdad de trato sea efectiva. El Artículo 6 señala el acceso igualitario a servicios sociales, bienes públicos, justicia, trabajo y seguridad social, así como educación (Artículo 7) y salud (Artículo 8). Estos artículos no indican la necesidad de tener un permiso de residencia para gozar de dichos derechos, y los Artículos 7 y 8 indican de manera expresa que se aplican a personas en situación administrativa irregular, lo cual tiene que ver con una cuestión histórica vinculada a la otrora obligación de instituciones educativas y sanitarias de denunciar a aquella persona migrante que se acercase en busca de servicios y estuviera de manera irregular en el país. Sin embargo, el Comité de Trabajadores Migrantes de Naciones Unidas ha identificado problemas en el acceso a la educación y la salud de personas en situación irregular en su último informe sobre Argentina.¹⁵⁴ Respecto del derecho a la reunificación familiar para los ciudadanos MERCOSUR ampliado, el mismo se encuentra recogido en el Artículo 9(2) del Acuerdo de Residencia que establece que a los miembros de la familia se les otorgará una residencia de idéntica vigencia de aquella que posea la persona de la que dependan, siempre y cuando no haya impedimentos. La Comisión del Migrante ha intervenido en casos de niños, niñas y adolescentes migrantes que se han visto impedidos de regularizar su situación migratoria, como consecuencia de que su progenitor se encuentra recurriendo su orden de expulsión del país, e, incluso, se han dictado órdenes de expulsión del territorio argentino contra personas menores de edad. La DNM adopta criterios diferentes y no siempre

151 Ver <https://www.argentina.gob.ar/obtener-una-residencia-temporaria-por-nacionalidad>

152 Ceriani, Pablo and Morales, Diego. Argentina: Avances y Asignaturas Pendientes en la Consolidación de una Política Migratoria basada en Los Derechos Humanos. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, 2011, p. 21.

153 Acuerdo entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil para la concesión de residencia permanente a titulares de residencias transitorias o temporarias, 30 de noviembre de 2005, aprobado en Argentina por la Ley 26.240 de 11 de abril de 2007.

154 CMW/C/ARG/CO/2, 4 de febrero de 2020, párrafos 42-45.

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA FACILITAR EL ACCESO A LA JUSTICIA A PERSONAS EN CONTEXTO DE MOVILIDAD HUMANA PARA DEFENSORAS Y DEFENSORES PÚBLICOS EN ARGENTINA

consistentes en estos casos. El Acuerdo de Residencia no establece sin embargo quiénes son los miembros de la familia que pueden beneficiarse de este derecho. Para ello ha de consultarse la Ley de Migraciones de Argentina. La misma es taxativa en su Artículo 3 en “garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar”. Esto se aplica no sólo a los ciudadanos del MERCOSUR ampliado sino también a cualquier otro que cumpla las condiciones. En su artículo 10, la Ley establece que dicho derecho puede ejercerse para reunificarse con los padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes. La Disposición 4880/2015 extendió este derecho a los extranjeros que acrediten unión convivencial con nacional argentino o ciudadano extranjero con residencia temporal o permanente en el país, siempre y cuando dicha unión esté inscrita en el registro (ver también Disposición 6206/2017).

Por otra parte, los refugiados tienen un régimen propio con un alcance más amplio. En concreto, el artículo 6 de la Ley 26.165 de reconocimiento y protección al refugiado establece que la familia comprende al “cónyuge o a la persona con la cual el refugiado se halle ligado en razón de afectividad y de convivencia, ascendientes, descendientes y colaterales en primer grado que de él dependan económicamente.”

Finalmente cabe decir que, como ha sido mencionado por la Corte Suprema, la unidad familiar tiene enorme importancia en la Ley de Migraciones argentina como queda evidenciado “por la competencia que se le otorga a la autoridad de aplicación para admitir, excepcionalmente, por razones humanitarias o de reunificación familiar, a extranjeros que se encuentren comprendidos en algunas de las causales que obsten a su ingreso (art. 29, último párrafo).”¹⁵⁵ También ha de mencionarse que el art. 62 establece que se dispensará el cumplimiento de la cancelación de una residencia cuando la persona extranjera sea padre, hija o cónyuge de argentino.

Sería importante en este sentido que, al igual que en otras categorías, haya estadísticas actualizadas sobre el número de residencias otorgadas bajo esta categoría y también información sobre los costes de obtener un permiso bajo esta vía. También sería importante ver si hay planes de ampliar el concepto de familia en línea con estándares internacionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En su Opinión Consultiva 21/14, la Corte requiere un análisis caso por caso de quien constituye la familia en los casos en que haya menores afectados, dado que no existe un modelo único de familia (apartado 272).

Respecto del acceso a la justicia, el Acuerdo de Residencia no lo contempla de manera expresa. Por el contrario, lo incorpora implícitamente en el artículo 9(1) al referirse a la igualdad de derechos civiles entre nacionales de un Estado Parte “que hubieren obtenido residencia en los términos del presente Acuerdo” y los nacionales del país de recepción. Es posible advertir que, bajo este régimen, el ejercicio igualitario de este derecho queda supeditado al otorgamiento de una residencia, condición no prevista por el ordenamiento jurídico argentino y razón por la cual corresponde acudir a él. Al respecto, la Constitución Nacional, en su artículo 18, garantiza el acceso a la justicia a las/os “habitante[s] de la Nación”, sin distinciones, y refuerza o complementa este dispositivo a través de los instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Por su parte, la Ley de Migraciones, hace referencia al acceso igualitario a la justicia en el mencionado artículo 6 y, puntualmente, al referirse a aquellas disposiciones de la DNM que “revistan carácter de definitivas o que impidan totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del interesado y contra los interlocutorios de mero trámite que lesionen derechos subjetivos o un interés legítimo” (artículo 74 de la Ley de Migraciones). En este sentido, la norma refiere que procederá la revisión en sede administrativa o judicial de aquellas decisiones en que a) se deniegue la admisión o la permanencia de un extranjero; b) se cancele la autorización de residencia permanente, temporaria o transitoria; c) se conmine a un extranjero a hacer abandono del país o se decrete su expulsión; d) se resuelva la aplicación de multas y cauciones o su ejecución (artículo 74 de la Ley de Migraciones).

¹⁵⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Zhang, Hang c. Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, 23/10/2007, considerando 8.

A los efectos de revisar estas decisiones, la Ley de Migraciones asegura a la persona migrante diversos remedios judiciales a interponer ante la DNM o ante la jurisdicción competente. En primer lugar, garantiza la deducción de un recurso de reconsideración en el plazo de diez (10) días hábiles desde notificada la decisión (artículo 75 de la Ley de Migraciones) o un recurso jerárquico a interponerse ante la autoridad emisora del acto recurrido dentro de los quince (15) días desde su notificación (artículo 78 de la Ley de Migraciones). Asimismo, ante el rechazo de estos recursos por parte de la DNM o a conveniencia de la persona migrante ante el dictado de una de las disposiciones del artículo 74, puede interponerse un recurso de alzada en el plazo de quince días hábiles a contar desde la notificación (artículo 79 de la Ley de Migraciones) cuya competencia para resolverlo recaerá sobre el Ministro del Interior (artículo 81 de la Ley de Migraciones). No obstante, la persona interesada puede optar directamente por la vía judicial, elección que implicará tácitamente la pérdida de la vía administrativa (artículo 80 de la Ley de Migraciones). Para la deducción del respectivo recurso judicial, contará con treinta (30) días hábiles desde notificada (artículo 84 de la Ley de Migraciones). Sin importar qué recurso decida interponer la persona migrante, resalta de la normativa migratoria que el plazo para hacerlo comenzará a correr desde la “fehaciente” notificación de la disposición que se recurra. Además, el artículo 82 de la Ley de Migraciones deja en claro que la interposición de un recurso en sede administrativa o judicial, suspende la ejecución de la medida dictada hasta tanto ésta quede firme. Ninguno de estos artículos está reglamentado en el Decreto 616/10. Por último, el artículo 90 de la Ley 25.871 establece que el Ministerio del Interior y la DNM podrán revisar de oficio o a petición de parte decisiones en las que haya habido error, omisión o arbitrariedad manifiesta, violaciones al debido proceso, o cuando concurran nuevos hechos que justifiquen esta medida.

Las personas migrantes que deseen acceder a la justicia en virtud de las disposiciones antes detalladas pueden contar, a su elección, siempre que se encuentren en territorio nacional y que carezcan de medios económicos, con asistencia jurídica gratuita (artículo 86 de la Ley de Migraciones). Sobre este punto, el artículo 86 del Decreto 616/10 indica que la DNM debe dar inmediata intervención al Ministerio Público de la Defensa,¹⁵⁶ cuando la persona extranjera realice un planteo. A tal fin, se creó bajo la órbita de la Defensoría General de la Nación, la Comisión del Migrante,¹⁵⁷ con la misión de garantizar el acceso a la justicia y proteger los derechos humanos de las personas migrantes.¹⁵⁸ En muchos casos el acceso a la justicia se ve obstaculizado por una deficiente notificación al migrante, lo cual conlleva la presentación de un recurso de manera extemporánea.

Por lo demás, la Ley de Migraciones cuenta con la singularidad de establecer un régimen de acceso a la justicia “extraterritorial” para los supuestos en que una persona migrante es rechazada en la frontera al intentar ingresar a la Argentina (artículo 35 de la Ley de Migraciones). En aquellos casos en que el rechazo se fundamenta en la presentación de documentación apócrifa, la normativa establece que la persona interesada podrá realizar “una presentación [...] ante las delegaciones diplomáticas argentinas o las oficinas en el extranjero de la Dirección Nacional de Migraciones” en el plazo de quince (15) días a contar desde la materialización del rechazo. La “presentación” debe ser resuelta por la sede central de la DNM y, en estos casos, la norma no garantiza normativamente el acceso a una asistencia jurídica gratuita. No existen estadísticas que den cuenta de si el artículo 35 se aplica en la práctica y cómo.

Cabe destacar que las personas migrantes recibieron especial consideración en las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condiciones de vulnerabilidad”, actualizadas en la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana (2018). La Corte Suprema de Justicia de la Nación, adhirió a ellas mediante la Acordada N° 5/2009 del 24 de febrero de 2009 por entender que resultan una valiosa herramienta que debe servir de guía a los asuntos que allí se refieren¹⁵⁹.

156 El Ministerio Público de la Defensa, a partir de la reforma constitucional de 1994, es un órgano independiente del resto de los poderes del Estado, gozando de autonomía funcional y autarquía financiera (artículo 120 de la Constitución Nacional).

157 Defensoría General de la Nación, Resolución DGN N° 1858/08 https://www.mpd.gov.ar/pdf/migrante/res%20DGN%201858_2008.PDF

158 <https://www.mpd.gov.ar/index.php/programas-y-comisiones-n/56-comision-del-migrante>

159 CSJN, Acordada N° 5/2009 https://www.cpacf.org.ar/files/acordadas/ac_csjn_0509.pdf

4. Protección frente a la expulsión

En lo que se refiere a la materia de expulsiones, el MPD brinda asistencia jurídica gratuita a través de la Comisión del Migrante y de las Defensorías Federales¹⁶⁰ con asiento en el interior del país”. La Comisión del Migrante, ejerce la defensa técnica de personas migrantes, en sede administrativa y judicial, en los siguientes casos:

- a) detenidos a disposición de la justicia federal en procesos de expulsión, que no posean voluntad recursiva, es decir, casos de personas migrantes que optaron por volver a su país en función de la posibilidad de ser expulsadas a la mitad de la condena impuesta y cumplida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 a) de la Ley 25.871 de Migraciones¹⁶¹;
- b) detenidos a disposición de la justicia federal que se opongan a la expulsión;
- c) detenidos cuyo trámite de expulsión devenga de una condena dictada por un tribunal provincial¹⁶² y se opongan a su salida del país;
- d) en los casos de personas cuya expulsión sea consecuencia de una irregularidad administrativa; y
- e) personas en libertad cuya expulsión provenga de una condena penal, y su legajo trámite ante la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) –delegación Ciudad Autónoma de Buenos Aires¹⁶³.

En el caso a), la Comisión ejerce la defensa ante las delegaciones de la DNM en todo el país; en tanto que en los casos b), c), d) y e), la intervención en sede administrativa y judicial se circunscribe a los expedientes que tramiten ante la DNM-delegación Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA).

Cuando la Comisión del Migrante asume la defensa de un caso, el primer paso consiste en entrevistarse con la persona que va a ser expulsada dado que se necesita que ésta le otorgue poderes de representación por medio de la firma de una carta poder, diseño de la estrategia del caso, así como reunir la prueba necesaria. Se analiza si el caso entra dentro de los supuestos de intervención de la defensa pública.

En el marco de procesos de expulsión en Argentina tiene una gran importancia la posibilidad de reagrupación familiar (principio de unidad familiar) como una dispensa para la expulsión.

Esta posibilidad de dispensar de la expulsión se produce tanto en relación con personas migrantes o refugiadas que van a ser expulsadas por encontrarse en situación administrativa irregular como en casos en los que se va expulsar a la persona previa cancelación de la residencia permanente ante determinadas circunstancias.

En el primer caso, cuando la DNM identifica a una persona migrante o refugiada en situación administrativa irregular le conmina a regularizar su situación bajo apercibimiento de decretar su expulsión, salvo en aquellos supuestos en los que se ha ingresado al país por paso no habilitado o se ha cometido un delito. Si la persona no puede regularizar su situación dentro de plazo concedido por la DNM, ésta decreta la expulsión teniendo en cuenta: su parentesco con nacionales argentinos. Otras circunstancias que, según el articulado de la Ley de Migraciones, deben ser tenidas en cuenta son:

¹⁶⁰ <https://www.mpd.gov.ar/index.php/mapa-de-defensorias>.

¹⁶¹ La labor de la Comisión del Migrante en estos casos consiste en el monitoreo y agilización del trámite administrativo de expulsión.

¹⁶² En estos supuestos, el caso puede ser derivado a la Comisión del Migrante por un defensor/a penal o ser la propia persona migrante que va a ser expulsada o sus familiares quienes contacten dicha Comisión.

¹⁶³ Competencias atribuidas por Resolución de la DGN 390/17.

- las circunstancias de profesión de la persona extranjera,
- el plazo de permanencia acreditado,
- demás condiciones personales y sociales¹⁶⁴.

En el segundo lugar, la DNM también puede expulsar en determinados casos cancelando con anterioridad la residencia cuando se den determinadas circunstancias como haber obtenido un beneficio migratorio o la ciudadanía argentina en fraude a la ley o con vicio del consentimiento o se hubiere presentado documentación falsa o adulterada; la permanencia de una persona residente permanente fuera de Argentina por un período superior a los dos años o la mitad del plazo acordado, si se tratara de residencia temporaria, con algunas excepciones; cuando se realizara cualquier actividad prevista en el artículo 29 d) (“Haber incurrido o participado en actos de gobierno o de otro tipo, que constituyan genocidio, crímenes de guerra, actos de terrorismo o delitos de lesa humanidad y de todo otro acto susceptible de ser juzgado por el Tribunal Penal Internacional”) y e) (Tener antecedentes por actividades terroristas o por pertenecer a organizaciones nacional o internacionalmente reconocidas como imputadas de acciones susceptibles de ser juzgadas por el Tribunal Penal Internacional o por la ley 23.077, de Defensa de la Democracia) (Artículo 62 de la ley 25.871).

En estos supuestos, el Ministerio del Interior dispensará el cumplimiento de la cancelación cuando la persona extranjera fuesa padre/madre, hijo/hija o cónyuge de argentino/a, salvo decisión debidamente fundada por parte de la autoridad migratoria. También deberá tenerse en cuenta el plazo de permanencia (si es superior a dos años) y las circunstancias personales y sociales del beneficiario/a, al igual que sucede en los casos de expulsión por no regularizar la situación administrativa.

La importancia de la reagrupación familiar también se evidencia en el artículo 29 de la ley 25.871, en relación con la competencia que se otorga a la autoridad migratoria de aplicación para admitir, excepcionalmente, por razones humanitarias o de reunificación familiar, a extranjeros/as que se encuentren comprendidos en alguna de las causales que obstan a su ingreso (entre otras, 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 años o más).¹⁶⁵

El **principio de razones humanitarias** está también previsto como una categoría migratoria (art. 23 m) y no solo como una dispensa para evitar una expulsión en el art. 29 in fine. El art. 23 m), indica que puede otorgarse radicación temporaria por razones humanitarias si la DNM estima que la persona requiere un tratamiento especial.¹⁶⁶ No obstante, no existe un mecanismo efectivo que garantice el respeto de la no devolución para quienes tengan ese derecho sin ser reconocidos como personas refugiadas. Por ejemplo, en las extradiciones, es el órgano judicial quien evalúa si se puede producir o no la violación del principio de *non-refoulement*, pero no existe en Argentina normas claras que lo implementen en base a la Convención de Refugiados y la Convención contra la tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes.

En la interposición de los recursos contra órdenes de expulsión se alega por parte de la defensa la existencia de hijos/as argentinos/as y la necesidad de reagrupación familiar así como el interés

¹⁶⁴ Artículo 61 de la ley 25.871.

¹⁶⁵ Artículo 29 inciso c) Ley de Migraciones N°. 25.871. CSJN, “Apaza León, Pedro Roberto c/EN-DNM Disp. 2560/11 (Exp. 39.845/09) s/recurso directo para juzgados.

¹⁶⁶ El Reglamento de la Ley de Migraciones considera situaciones en las que aplica razones humanitarias: 1. Personas necesitadas de protección internacional que, no siendo refugiadas o asiladas en los términos de la legislación aplicable en la materia, se encuentran amparadas por el Principio de No Devolución y no pueden regularizar su situación migratoria a través de los restantes criterios previstos en la legislación migratoria. 2. Personas respecto de las cuales se presume verosímelmente, que de ser obligadas a regresar a su país de origen quedarían sometidas a violaciones de los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales con jerarquía constitucional. 3. Personas que hayan sido víctimas de la trata de personas u otras modalidades de explotación esclava y/o víctimas del tráfico ilícito de migrantes. 4. Personas que invoquen razones de salud que hagan presumir riesgo de muerte en caso de que fueren obligadas a regresar a su país de origen por falta de tratamiento médico. 5. Apátridas y refugiados que hubieran residido en el país por un plazo superior a tres años y su condición hubiese cesado.

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA FACILITAR EL ACCESO A LA JUSTICIA A PERSONAS EN CONTEXTO DE MOVILIDAD HUMANA PARA DEFENSORAS Y DEFENSORES PÚBLICOS EN ARGENTINA

superior del menor; en el caso de expulsiones por condenas penales, los defensores/as tienen en cuenta que se haya acordado la expulsión por un delito de los expresamente señalados por ley¹⁶⁷ y no en caso de otros delitos. Normalmente no se alega “arraigo” pues no suele ser estimado por los órganos judiciales pese a que la Ley de Migraciones, en los casos de expulsión, establece la obligación de tener en cuenta no solo si la persona extranjera es padre/madre, hijo/a o cónyuge de argentino/a, sino también el plazo de permanencia en Argentina así como y las circunstancias personales y sociales del beneficiario/a.

En la mayoría de los casos de expulsiones, los órganos judiciales (con alguna salvedad como por ejemplo la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza) no aplican un test de razonabilidad¹⁶⁸ que permita evaluar si la denegatoria de dispensa por parte de la administración, y la correspondiente expulsión, resultan razonables a la luz de las circunstancias específicas de la persona migrante. En la mayoría de los casos, los órganos judiciales rechazan también las pretensiones de la defensa manifestando que tales circunstancias no pueden ser analizadas por el Poder Judicial sino únicamente por la DNM¹⁶⁹.

Para la defensa en casos de expulsión fuera del radio de CABA interviene la Defensoría Federal. Los defensores y defensoras federales no son especialistas en migraciones ni refugio pero reciben el apoyo de la Comisión Migrante cuando asumen la defensa de un caso en estas materias, y el diálogo entre la Comisión y las Defensorías Federales es constante. “La Comisión del Migrante, en el marco de los cursos organizados por la Secretaría de Capacitación de la DGN, participa activamente en la capacitación de los defensores y defensoras federales.

La persona que va a ser expulsada puede ser retenida¹⁷⁰ mientras se toman todas las medidas necesarias para ejecutar la expulsión. La Comisión del Migrante puede tener conocimiento de la expulsión por familiares, la propia persona retenida, etc. En cuanto al lugar en el que puede tener lugar, ha de ser un espacio adecuado para personas migrantes pero, a veces, se les retiene en comisarías en donde se dan malas condiciones que afectan a su salud psíquica y física. En todos los casos el tiempo de retención no podrá exceder el estrictamente indispensable para hacer efectiva la expulsión del extranjero (artículo 70 Ley 25871).

El plazo (aproximadamente una semana¹⁷¹) puede prolongarse. En todos los casos el tiempo de retención no podrá exceder el estrictamente indispensable para hacer efectiva la expulsión del extranjero, a tenor del artículo 70 de la Ley 25.871. En algunos casos en que la persona retenida interpone un recurso, la situación de retención perdura mientras se resuelve el mismo. En algunos casos, a fin de no sufrir la dilación en la situación de retención, la persona desiste del recurso para que se efectivice la expulsión y así recuperar su libertad.

Se han identificado también expulsiones de menores basadas en los antecedentes penales de la madre, de migrantes con parejas embarazadas y que dependían económicamente de ellos, de migrantes que tenían un recurso interpuesto contra una orden de expulsión¹⁷², de un refugiado reconocido con su esposa y cuatro hijos argentinos que había cumplido condena por delitos de poca gravedad¹⁷³ y de mujeres con condenas penales por delitos vinculados con estupefacientes, incluida la simple tenencia, con hijos/as o nietos/as menores argentinos/as o que se encuentran arraigados en el país, en algunos casos con antecedentes penales caducados y sin tener en cuenta su situación de vulnerabilidad y el vínculo existente entre esta modalidad delictiva y la trata para la explotación

167 Delitos con pena superior a tres años para personas migrantes con precaria o situación administrativa irregular y 5 años en el caso de residentes permanentes. Apaza León, Pedro Roberto, c/EN-DNM disp. 2562/11 (exp. 39.845/09 s/ recurso directo para juzgados.

168 Barrios Rojas, Zoila Cristina c/ EN-DNM resol. 561/11- (exp. 2091169/06 (805462/95)) y otro recurso directo para juzgados.

169 Ministerio Público de la Defensa. Defensoría General de la Nación. Informe al Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares. Buenos Aires, 12 de agosto de 2019, p. 4.

170 Artículos 70 a 73 Ley 25.871.

171 Ministerio Público de la Defensa. Defensoría General de la Nación. Informe al Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares. Buenos Aires, 12 de agosto de 2019, p. 5.

172 *Ibidem*, p. 11 y 4.

173 *Ibidem*, p. 6.

laboral. Algunas madres fueron víctimas de violencia doméstica en el país de origen y, pese a ello, sus órdenes de expulsión fueron confirmadas¹⁷⁴. También se ha identificado la expulsión de personas trans sin tener en cuenta la violencia estructural que enfrentan y su situación de vulnerabilidad¹⁷⁵.

Lo expuesto anteriormente acontece pese a que la legislación migratoria argentina configura la migración como un derecho humano e inalienable (artículo 4 Ley 25.871) y del mandato al Estado para proveer “lo conducente a la adopción e implementación de medidas tendientes a regularizar la situación migratoria de los extranjeros” (artículo 17 Ley 25.871). Por tanto, la expulsión es una medida de ultima ratio.

La regularización migratoria no entra dentro del ámbito competencial de la Comisión del Migrante. En CABA, los Centros de Acceso a la Justicia “Acceder”, los cuales forman parte también del Ministerio Público de la Defensa,¹⁷⁶ contribuyen a asesorar durante el proceso de regularización así como la Defensoría del Pueblo. No se ha identificado ningún mecanismo de orientación y asistencia jurídica para la regularización migratoria en las provincias.

5. Refugio

La institución del asilo o refugio en Argentina se encuentra regulada en la *Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado* (Ley N.º 26165, noviembre 2006). La definición de personas refugiadas de dicha norma (artículo 4) recoge tanto la definición de la Convención de Ginebra (CG) de 1951 como la de la Declaración de Cartagena (1984), por lo tanto, se trata de una definición amplia de persona refugiada.

Por otro lado, el artículo 55 de dicha ley determina que “en caso de producirse un incremento sustancial de solicitudes de condición de refugiado a causa de un ingreso masivo, se adoptará el criterio de determinación por grupo, según el cual, una persona es refugiado por su pertenencia a un conjunto determinado de individuos afectados”.

Sin embargo, no parece que la definición de persona refugiada de la Declaración de Cartagena y lo previsto en este artículo se esté aplicando a personas nacionales de Venezuela pese a que, durante 2018, 2019 y 2020, las solicitudes de refugio de nacionales de dicho país fueron las mayoritarias¹⁷⁷ y se fueron incrementando como puede verse en la siguiente tabla.

Personas nacionales de Venezuela que solicitaron refugio en Argentina	2018	2019	2020
	883 De un total de 2661, esto es el 33,1%	2157 De un total de 3184, esto es el 67,7%	1159 De un total de 1509, esto es el 76,80%
Personas nacionales de Venezuela que fueron reconocidas como	2018	2019	2020
	14	294	3

En cuanto a las personas venezolanas reconocidas como refugiadas vemos que son pocas en relación con el número de peticiones realizadas. Es decir, no se les aplica la definición de persona

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 6 y 7.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 7.

¹⁷⁶ Estos centros se encuentran en casi todos los barrios populares. Desde allí se canalizan las demandas de la ciudadanía hacia las instituciones. Están integrados por un/a abogado/a, un profesional de trabajo social y otro de psicología. Básicamente atienden a través de un mecanismo de derivación responsable (se averigua quién es competente, se pone en contacto a esta persona con la institución y posteriormente se hace un seguimiento de qué pasó con el caso).

¹⁷⁷ Los datos numéricos de este epígrafe han sido extraídos directamente de las estadísticas de la CONARE. Disponible en http://www.migraciones.gob.ar/pdf/conare/estadisticas_conare_2020.pdf [Acceso 24 junio 2021].

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA FACILITAR EL ACCESO A LA JUSTICIA A PERSONAS EN CONTEXTO DE MOVILIDAD HUMANA PARA DEFENSORAS Y DEFENSORES PÚBLICOS EN ARGENTINA

refugiada ampliada de la Declaración de Cartagena. Desde las instituciones de refugio se prefiere canalizar estas peticiones a través de la Ley Migratoria¹⁷⁸. Sin embargo, desde la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio, se ha encuadrado dentro de esta definición, por ejemplo a otros casos como a nacionales de Haití al considerar que se dan “circunstancias que afectan gravemente el orden público”, como la debilidad de las instituciones estatales —parcialmente ligada a la experiencia colonial— y las resultantes de desastres naturales; Ucrania por la existencia de un conflicto armado “internacionalizado”, entre el ejército ucraniano, los separatistas pro rusos y Rusia; Nigeria por perturbación grave del orden público en la zona del Delta del Níger; Colombia por el conflicto armado interno entre el ejército colombiano, las guerrillas —FARC, ELN y EPL— y las AUC; Bangladesh por disturbios internos y violencia política generalizada; y Senegal por el conflicto armado interno entre el Estado y el Movimiento de Fuerza Democrática de Casamance¹⁷⁹.

Las cuatro principales nacionalidades de las personas que solicitaron asilo durante 2020 fueron: venezolana (1159), boliviana (65), cubana (56) y colombiana (44). Otras nacionalidades son República Dominicana (31), Haití (19), Siria (17) y Senegal (17), entre otras¹⁸⁰.

En la Ley N.º 26165 también se regula el procedimiento para la determinación de la condición de persona refugiada. Existe un solo procedimiento que se aplica a todas las peticiones de refugio ya se realicen en frontera o dentro del territorio argentino, y se consagra el derecho a ser asistido/a por un/a defensor/a en todas las instancias del procedimiento de forma gratuita. En caso de denegación existe la posibilidad de un recurso jerárquico (administrativo) y, en caso de desestimación, recursos ante dos instancias judiciales. El órgano judicial competente es el del lugar en donde se dictó la resolución administrativa o el del lugar de residencia.

Argentina es uno de los pocos países de la región que presta asistencia jurídica a personas refugiadas, peticionarias de refugio y apátridas por parte de la DGN.¹⁸¹ Dentro de la DGN de Argentina, esta asistencia jurídica es prestada por la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio así como por las defensorías federales en otras jurisdicciones, especialmente en sede judicial ya que, pese a que la Ley del Ministerio Público de la Defensa habilita a las defensorías federales a intervenir en sede administrativa, en la práctica puede haber dificultades a intervenir en la etapa administrativa del proceso de asilo. En esta actuación por parte de las Defensorías Federales siempre cuentan con el apoyo de la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio si es necesario.

Esta asistencia se da de manera amplia en sede administrativa (orientación desde el inicio del procedimiento de refugio, acompañamiento a entrevistas, elaboración del recurso jerárquico-administrativo en caso de denegación) y con criterios más estratégicos en sede judicial, y priorizando una mirada interdisciplinaria y un abordaje integral. Estos criterios estratégicos son los previstos en el acuerdo de cooperación recíproca suscrito entre el ACNUR, CONARE y MPD¹⁸², esto es la defensa de aquellos casos cuya decisión implique la determinación de un estándar de protección y que, por tal motivo, pueda suponer el establecimiento de un precedente significativo.

La asistencia integral se complementa con el asesoramiento en materia migratoria y en el trámite de ciudadanía (intervención en los expedientes judiciales de carta de ciudadanía) teniendo presentes la obligación del Estado de garantizar la regularidad migratoria por un lado, y facilitar la naturalización

178 Entrevista con Presidente de la CONARE y Director General de Inmigración.

179 Información proporcionada por correo electrónico por la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio tras entrevista.

180 Estadísticas de la CONARE. Disponible en http://www.migraciones.gob.ar/pdf/conare/estadisticas_conare_2020.pdf [Acceso 24 junio 2021].

181 <https://www.mpd.gov.ar/index.php/noticias-feed/5580-argentina-es-uno-de-los-pocos-paises-que-garantiza-la-asistencia-juridica-publica-y-gratuita-a-las-personas-que-solicitan-refugio-2>. Argentina es uno de los pocos países que garantiza la asistencia jurídica pública y gratuita a las personas que solicitan refugio. Ministerio Público de la Defensa República Argentina. [Acceso 5 julio 2021].

182 De 5 de febrero de 2021.

de las personas refugiadas por el otro. El ACNUR reconoció como buena práctica¹⁸³ al servicio de representación legal y asistencia que brinda la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio de la DGN.¹⁸⁴

Durante la pandemia y el período de distanciamiento social, la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio se adaptó para poder continuar prestando el servicio priorizando la atención por canales no presenciales: teléfono, mail, WhatsApp. En relación con el refugio se prestó asistencia a casos todavía no iniciados (497), iniciados sin resolver (98), y denegados para recurso jerárquico (98).¹⁸⁵

De otro lado, la Ley N.º 26165, entre los motivos de persecución de la CG, no prevé expresamente la persecución por motivos de género pero indica (Artículo 53) que cuando se tratare de mujeres o menores, en especial si no están acompañados/as, que hubieren sido víctimas de violencia, se les procurará atención psicológica especializada y se observará las recomendaciones del ACNUR formuladas en las Guías para la protección de mujeres refugiadas y las directrices sobre persecución por motivos de género y sobre niños, niñas y adolescentes (NNA).

Durante el período 1985-2020 del total de solicitudes de refugio realizadas, el 67% fueron presentadas por hombres y solo el 33% por mujeres. Sin embargo, del total de peticiones de refugio realizadas en 2020 (1509), 726, o sea el 48,11%, fueron hechas por mujeres y 783 por hombres. Estos datos muestran que, con el paso de los años, se ha ido incrementando el número de mujeres que solicitan refugio y aunque las estadísticas de la CONARE no distinguen por motivo de solicitud y, por lo tanto, no es posible saber si solicitan refugio por motivos de género, es necesario que las defensoras/es públicos estén capacitados/as en asilo y perspectiva de género, máxime dado que en Argentina la capacitación en género y violencia contra las mujeres es obligatoria para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación (*Ley 27499, Ley Micaela de Capacitación Obligatoria en Género para todas las Personas que integran los tres poderes del Estado*).

Los defensores y defensoras solicitan refugio en los casos de persecución por motivos de género. En el diagnóstico inicial se identificó un caso¹⁸⁶ de una mujer y sus dos hijas reconocidas como refugiadas por la CONARE con motivo de la persecución por violencia de género sufrida en su país de origen. El reconocimiento fue obtenido luego de que al agente de persecución y perpetrador de la violencia le fuera concedida judicialmente la restitución internacional de una de las niñas. Este caso evidencia la necesidad de profundizar en las implicancias que la necesidad de protección internacional puede llegar a tener en el marco de procesos de restitución internacional de NNA dado que existen más casos además del nombrado.

Otros casos en los que se ha reconocido como refugiadas a mujeres por sufrir persecución por motivos de género que han sido facilitados por la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio tras la realización de entrevistas son: a) En sede administrativa: Mujer de nacionalidad paraguaya que fue reconocida como refugiada porque, de ser extraditada por el homicidio de su ex pareja, cometido en legítima defensa — para repeler una agresión grave, en un contexto de violencia de género en el ámbito doméstico—, no hubiese sido juzgada con perspectiva

183 <https://www.mpd.gov.ar/index.php/noticias-feed/5562-la-onu-reconocio-como-buena-practica-al-servicio-de-representacion-legal-de-la-dgn-para-refugiados-peticionantes-de-asilo-y-apatridas>. La ONU reconoció como buena práctica al servicio de representación legal de la DGN para refugiados, peticionarios de asilo y apátridas. Ministerio Público de la Defensa República Argentina. [Acceso 24 junio 2021].

184 Además de prestar asistencia a solicitantes de asilo y personas refugiadas también la presta a apátridas. Finalmente, la Comisión colabora con el defensor público tutor -titular de la Defensoría N° 1- en el ejercicio de la tutela, representación legal y acompañamiento de niñas, niños y adolescentes no acompañados o separados de sus familias que solicitan el reconocimiento de la condición de refugiado/a en la Argentina.

185 Ministerio Público de la Defensa, Defensoría General de la Nación (2020). Informe Anual 2020. Buenos Aires, Argentina: Defensa, Defensoría General de la Nación, p. 34.

186 *Ibidem*, p. 35.

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA FACILITAR EL ACCESO A LA JUSTICIA A PERSONAS EN CONTEXTO DE MOVILIDAD HUMANA PARA DEFENSORAS Y DEFENSORES PÚBLICOS EN ARGENTINA

de género. En particular se probó que, en casos similares, el análisis de esa causa de justificación era invariablemente omitido en las sentencias. A raíz de este caso y del trabajo conjunto realizado por Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio y la Comisión de Género de la DGN con el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI-OEA), éste sacó la *Recomendación General N° 1 Legítima Defensa y Violencia contra las mujeres*¹⁸⁷.

b) En sede judicial se puede destacar el caso de una mujer de nacionalidad filipina, condenada en Argentina por tráfico de estupefacientes en 2012, al ingresar al país como “mula”. En el recurso la estrategia de defensa se basó en: un análisis interseccional de las condiciones de violencia estructural limitantes de la agencia de la solicitante para acceder al mercado laboral por ser mujer y haberse encontrado en situación de pobreza; se solicitó pericia antropológica para dar cuenta de la hipermasculinidad que caracteriza a las prácticas de organizaciones dedicadas al narcotráfico y la posición subalterna de las mujeres a su interior; y se realizó un análisis del riesgo diferenciado que enfrentaría por su condición de mujer y su supuesta vinculación con una organización dedicada al narcotráfico; el caso de una mujer nigeriana víctima de trata para la explotación sexual; el caso de un solicitante de nacionalidad senegalesa que enfrentaba prácticas discriminatorias intolerables en las esferas íntima familiar y pública por ser homosexual. De hecho, por parte de alguna actora entrevistada se ha manifestado que los estándares de protección de la CONARE en casos de población LGTBIQ+ son muy garantistas. Sin embargo, la CONARE tiene una visión mucho más restrictiva y reticencias a reconocer como refugiadas a mujeres víctimas de violencia doméstica, muchas de ellas procedentes de la República Dominicana.

También cabe destacar el reconocimiento como refugiados de personas procedentes de El Salvador perseguidas por agentes no estatales como pandillas o maras, aunque la decisión judicial que lo reconoce no es firme a la fecha de realización de este diagnóstico.

Para la tramitación de peticiones de asilo por parte de NNA existe un *Protocolo para la protección, asistencia y búsqueda de soluciones duraderas para los niños no acompañados o separados de sus familias en busca de asilo*¹⁸⁸ cuyo objetivo es garantizar un mecanismo coordinado de intervención y respuesta frente a los casos de NNA no acompañados o separados de sus familias en busca de asilo, definiendo, a partir de un enfoque de protección de derechos de la niñez, los roles y responsabilidades de los diferentes actores involucrados en su atención. Este trabajo conjunto representa sin duda, un avance muy significativo, no obstante lo cual, parecería en principio estar solamente destinado a aquellos NNA que buscan protección internacional o asilo¹⁸⁹.

En estos casos se ha de nombrar un tutor a los NNA no acompañados o separados. Hay algunos casos de nacionales de Venezuela en los que se debe nombrar un tutor pese a estar los menores acompañados de sus padres ya que éstos no pueden acreditar ser sus representantes legales porque Venezuela no expide cédula de identidad ni pasaporte a menores de 9 años. En estos casos sólo les expide la partida de nacimiento pero, en Argentina, este documento no acredita la identidad del/de la menor.

A los NNA, en caso de denegación de la condición de persona refugiada, se les regulariza por razones humanitarias en los términos previstos en la Ley 25.871.

Por último, destacar que existe una resolución de la DGN¹⁹⁰ dictada a propuesta de la Comisión de Refugiados sobre la necesidad de que los defensores penales utilicen el artículo 40 de la Ley 26.165 que consagra el principio de no sanción por ingreso ilegal como estrategia de defensa.

187 Disponible en <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/RecomendacionLegitimaDefensa-ES.pdf>.

188 Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/12/Anexol.pdf>

189 Centro de Derechos Humanos Universidad Nacional de Lanús (2010). Síntesis del Proyecto de investigación “Niñez, Migración y Derechos Humanos en la Argentina”. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/25/Anexoll.pdf>.

190 Resolución 957/15, de 9 de junio de 2015.

6. Fronteras

La labor de defensa de personas migrantes y refugiadas en fronteras terrestres y aéreas está a cargo de los defensores y defensoras federales, quienes pueden contar con el apoyo de la Comisión del Migrante, Comisión del Refugiado, Peticionario de Refugio y Apátridas, u otros.

Desde que empezó la pandemia en marzo de 2020, las fronteras terrestres están cerradas y, una de las principales violaciones de derechos humanos de las personas migrantes y refugiadas que se produce es la denegación de entrada ante la promulgación específica de legislación que prohíbe la entrada en el país a personas extranjeras no residentes en el país¹⁹¹. Entre estas personas puede haber aquellas que necesitan protección internacional pero se les impide el acceso al refugio con lo que se estaría vulnerando el derecho a solicitar asilo¹⁹² y el principio de no devolución.

Según algunos actores entrevistados, dichas violaciones de derechos no se producían antes de la pandemia.

Actualmente la única frontera abierta es la aérea, lo que es discriminatorio para las personas migrantes y refugiadas con escasos recursos que no pueden costearse un billete de avión. Pese a que esta frontera está abierta, al igual que sucede con la frontera terrestre, la principal violación de derechos humanos de personas migrantes y refugiadas que se produce es la denegación de entrada. En estos casos, las personas a las que se les deniega la entrada solo acceden a la asistencia jurídica en el caso de que ellas mismas se pongan en contacto con el MPD. Por parte de las autoridades migratorias no se les facilita información sobre este derecho y sobre ningún otro, incluido el derecho a la asistencia consular. Se trata de una realidad muy invisibilizada puesto que no hay datos ni registros.

Contra estas violaciones, la estrategia jurídica utilizada tanto por defensoras y defensores en frontera como en el aeropuerto de Ezeiza es la interposición de un habeas corpus junto con la solicitud de medidas cautelares para suspender el rechazo en frontera y la devolución de la persona migrante y refugiada. En ocasiones, los órganos judiciales han acordado la entrada en el país.

No se han identificado por parte de defensores y defensoras federales la existencia de denegaciones de entrada colectivas ni expulsiones colectivas.

En el caso de personas necesitadas de protección internacional, desde marzo 2020 no es posible acceder al procedimiento de refugio solicitando protección en las fronteras terrestres. Antes de la pandemia, la persona manifestaba que quería pedir refugio, se comunicaba a la CONARE y se le autorizaba el ingreso por 48 horas durante las cuales debía formalizar la petición de refugio. Se le debía indicar que tenía derecho a la asistencia letrada. Actualmente, los defensores y defensoras federales no intervienen en el proceso administrativo de refugio instado por personas solicitantes de refugio en frontera, aunque podrían hacerlo. Únicamente intervienen en el proceso si se dicta una resolución en la que se deniega la condición de refugiada y se interpone recurso judicial tras agotar la vía administrativa. Cuando es necesario solicitan apoyo a la Comisión del Refugiado, Peticionario de Refugio y Apátridas. Esta Comisión también imparte formaciones.

En cambio, en relación con el acceso al procedimiento de refugio en el aeropuerto, la Defensoría Federal dentro cuya jurisdicción se incluye el aeropuerto internacional de Ezeiza tiene constancia de muy pocos casos, solo relacionados con personas no nacionales que son detenidas al entrar al país por el aeropuerto por existir una solicitud de extradición. Ello no obstante, se constata la percepción de que debe haber más casos de personas necesitadas de protección internacional en el aeropuerto que no acceden al procedimiento de refugio.

¹⁹¹ Decreto N° 274/20 y sus modificatorios y complementarios, prorrogado por diferentes decretos el último de ellos el Decretos N° 67/21.

¹⁹² Artículo 22.7 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Algunos actores han manifestado que las autoridades competentes ponen todo tipo de trabas para acceder al procedimiento de refugio en frontera a las personas que lo solicitan.

No se ha obtenido información sobre casos de acceso a territorio argentino por medio de la vía marítima, aunque algún actor se ha referido a casos de polizones que llegan en barco a puertos argentinos.

7. Programa Siria

El “Programa Especial de Visado Humanitario para Extranjeros afectados por el conflicto de la República Árabe de Siria”, más conocido como “Programa Siria” supuso el desarrollo de una vía complementaria de admisión, reasentamiento y patrocinio comunitario de personas con necesidad de protección internacional.

Fue creado mediante la Disposición de la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) N°. 3915/2014 y facilitaba el ingreso a Argentina, la tramitación de permisos de ingreso y visados por razones humanitarias a **personas de nacionalidad siria y sus familiares**, independiente de su nacionalidad, y a **personas de nacionalidad palestina**, siempre que fueran residentes habituales o que hubieran residido en Siria y recibida asistencia por parte de la Agencia de ONU para los refugiados de Palestina “UNRWA”.

Las personas que ingresan a la Argentina en el marco de este Programa cuentan con el apoyo de una persona “llamante” (patrocinador) o de una “institución requirente”, que se compromete a acompañarlas en el proceso de integración durante sus primeros doce meses en el país. Es decir, que el llamante o requirente asume la responsabilidad de cubrir las necesidades básicas de vivienda, alimentación y manutención y acompañarlo en el proceso de aprendizaje del español, en la búsqueda laboral y/o ingreso al sistema educativo.

Desde que se inició el programa en 2014 hasta 2019 se realizaron 961 solicitudes de ingresos de las cuales se concretaron 443 ingresos en el país. No se han encontrado datos actualizados a 2021¹⁹³.

Las defensoras/es públicos no tienen ningún rol de orientación, representación o defensa de las personas beneficiarias de este programa. Estas personas, una vez en Argentina, si lo desean pueden acceder al proceso de refugio y se les puede reconocer como refugiadas, pero no suelen hacerlo dado que ya están documentados en el marco de dicho programa.

8. Trata de Seres Humanos

En relación con la trata de seres humanos, los tipos de trata más comunes en Argentina son la trata para la explotación sexual (el 69%) y la trata con fines de explotación laboral (el 31%¹⁹⁴, incluido el trabajo de familias con NNA que trabajan en fincas agropecuarias en condiciones de trabajo esclavo. También en explotaciones textiles). Del 69% de casos investigados de trata para la explotación sexual, el 73% son mujeres principalmente de Brasil, Paraguay, Bolivia y otros países latinoamericanos, como la República Dominicana o Colombia (aunque también existe trata interna de zonas rurales a urbanas)¹⁹⁵. En relación con la trata para la explotación laboral, muchas personas migrantes son hombres procedentes de Bolivia y Perú que son transportados a Argentina para el trabajo forzado en talleres textiles y en la agricultura¹⁹⁶.

193 Presidencia de la Nación, Dirección Nacional de Migraciones, ACNUR y OIM (2019). *Memoria Institucional Programa Siria 2014-2019*. Buenos Aires, Argentina: OIM.

194 Sommer, Christian G. (2017). Trata de personas en Argentina. Sus implicancias de persecución y asistencia a víctimas. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 50 (140), 393-425, p. 398.

195 *Ibidem*, p. 396.

196 *Ibidem*, p. 397.

Esta violación de los derechos humanos se regula en la Ley 26.364 *Prevención y sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas* (abril 2008). La asistencia jurídica a estas víctimas se realiza por el Programa de Asesoramiento y Patrocinio para las víctimas del delito de trata de personas de la DGN en CABA. Desde este programa se proporciona patrocinio a la víctima de trata en el proceso penal aunque es importante destacar que las víctimas de trata en muy pocos casos quieren denunciar por el miedo a las represalias que se puedan tomar en su contra por los tratantes y porque tras la denuncia tienen poco apoyo por parte del Estado.

Desde el Programa de Asesoramiento y Patrocinio para las víctimas del delito de trata de personas no se llevan a cabo actuaciones para regularizar a la víctima y obtener su residencia por razones humanitarias¹⁹⁷. También trabajan en litigio de impacto y en temas de reparación de las víctimas (decomiso de bienes de tratantes e indemnización de víctimas). En caso de que la persona quiera solicitar asilo, derivan el caso a la Comisión del Refugiado, Peticionario de Refugio y Apátridas. Se han detectado casos de mujeres procedentes de República Dominicana víctimas de trata para la explotación sexual.

Las defensoras y defensores federales, en cuanto a las víctimas de trata solo toman contacto con ellas si existe un proceso penal. La ley de trata en su artículo 40 prevé el principio de no penalización por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata pero no siempre se acoge por parte de los órganos judiciales. Por este motivo se está trabajando desde el MPD sobre este tema.

Varios actores y actrices entrevistadas hacen referencia a la necesidad de analizar el vínculo existente entre el tráfico de drogas por parte de mujeres migrantes y la trata para la explotación laboral. Desde la Comisión de Género de la DGN se está trabajando en este tema para que sea utilizado como estrategia de defensa en procesos penales tanto por trata interna como por trata internacional.

9. Acceso a la Nacionalidad

Sobre el papel, Argentina tiene una de las leyes de nacionalidad más favorables a nivel mundial en lo que se refiere al procedimiento de naturalización.¹⁹⁸ Como regla general, la persona ha de haber residido dos años continuos en territorio argentino, aunque existen excepciones más favorables para determinadas categorías de personas no nacionales.¹⁹⁹ De acuerdo a la Sentencia de la Corte Suprema en el caso Ni I-Hsing de 2009, dicha residencia no ha de ser necesariamente contando con un permiso de estadía dado que lo importante es la residencia en el país en sí, y no el estatus migratorio. El Decreto 70 de 2017 modificó con su artículo 27 la ley 346 de nacionalidad al requerir residencia temporal o permanente antes de poder pedir la naturalización. Sin embargo el Decreto 70 ha sido derogado por el Decreto 138 de 4 de marzo de 2021 con lo cual se vuelve a aplicar la legislación anterior. Además, de acuerdo al Artículo 6 de la Ley, el acceso a la nacionalidad argentina representa un derecho subjetivo, y no un poder discrecional del Estado, y debe ser otorgada a aquéllos/as que cumplan los requisitos. Respecto de los mismos, éstos incluyen manifestar ante un juez federal la voluntad de ser argentino/a, tener 18 años de edad cumplidos, y no caer dentro de alguno de los impedimentos recogidos en el Artículo 3 del Decreto Reglamentario tales como no tener ocupación o medios de subsistencia honesto, estar procesado/a por un delito, o haber sido condenado/a por delito doloso a pena privativa mayor de tres años, excepto si la misma ha sido cumplida y han pasado cinco años desde su vencimiento. Además, en su reciente caso Liu Cairong de 2020, la Corte Suprema señala que el conocimiento del idioma castellano no es una exigencia para tramitar la ciudadanía argentina.

197 Artículo 23 m Ley de Migraciones.

198 Ley de Ciudadanía, Ley 346, Buenos Aires, 1 de octubre de 1869. Ver también Decreto Reglamentario sobre Ciudadanía y Naturalización, Decreto Nacional 3213/1984, 28 de septiembre de 1984.

199 Artículo 2(2) Ley de Ciudadanía.

A pesar de estos requisitos, en teoría sencillos de cumplir, el número de naturalizaciones en Argentina es muy modesto. Según datos oficiales obtenidos a través de un pedido de información, entre los años 2015 y 2018 se naturalizaron una media de 5000 personas por año lo cual supone un porcentaje muy bajo respecto de los más de 2 millones de personas no nacionales que residen en el país. Es necesario por tanto indagar sobre los posibles obstáculos de falta de información o procedimentales que llevan a que este número sea tan escaso.²⁰⁰ Por parte de algunos actores se señala que el requisito del DNI es difícil de conseguir y que además hay que acreditar medios de vida. También la necesidad de mostrar ausencia de antecedentes penales es difícil en casos en los que el país de origen no los facilite o si se demoran mucho tiempo. Durante la pandemia ha habido en cualquier caso un aumento en el número de solicitudes de naturalización.

Por último, mencionar que la Comisión de Refugiados patrocina los trámites de ciudadanía correspondientes y las defensorías federales, con competencia ante el fuero civil y comercial federal o aquel que le dé trámite en cada jurisdicción, lo hacen en el resto de casos cuando la persona no es refugiada. La Comisión del migrante no participa en trámites de nacionalidad dado que no tiene competencia para ella. A nivel de la Ciudad de Buenos Aires, la Defensoría del Pueblo de CABA si asesora en temas de nacionalidad.

10. Apatridia

La apatridia está regulada por la Ley 27512, Ley General de Reconocimiento y Protección de las Personas Apátridas de 28 de agosto de 2019. Dicha norma establece un procedimiento para determinar el estatuto de persona apátrida y facilidades para su naturalización.

La Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio también presta asistencia jurídica a apátridas aunque los casos son muy pocos.

11. Niños y niñas migrantes

La ley de migraciones No. 25.871 significó un cambio muy positivo en materia de derechos humanos de las personas migrantes. Ello supuso, directa e indirectamente, un avance sustantivo respecto de los derechos de NNA migrantes, así como en los hijos e hijas de inmigrantes que habitan en el país. Junto con la ley de protección de la infancia (No. 26.061, de 2005), se conformó una nueva perspectiva basada en el enfoque de derechos, tanto en materia de niñez como de políticas migratorias.

La Ley 25.871 ofrece además un marco jurídico protector de la infancia migrante o los hijos de migrantes, tanto para permitir su ingreso y residencia al país como para evitar que algunas decisiones (por ejemplo, la expulsión) impliquen la separación de la familia. El criterio de radicación por familia facilita el acceso a la residencia de la niñez migrante y/o de sus padres (art. 22 de la ley y el reglamento) y constituye también un aspecto verdaderamente favorable en la protección de los derechos de niños/as migrantes y los hijos e hijas de las personas migrantes.

En cuanto a elementos no contemplados en la legislación (desde un enfoque de la niñez) llama la atención que, entre los principios de derechos humanos que han sido incorporados a la ley migratoria (como el principio *pro homine* –artículo 28– y el principio de no discriminación –artículo 13–), no haya sido incluido el principio de interés superior del niño/a. De hecho, las sentencias que se han identificado en las que los órganos judiciales se basan en el **principio del interés superior del/ de la menor** no son muchas²⁰¹, lo que pone de manifiesto, en general, la escasa utilización por parte

200 Ignacio Odriozola, 'Naturalización desnaturalizada', Bordes, 14, pp. 111-118, disponible en <https://publicaciones.unpaz.edu.ar/OJS/index.php/bordes/article/view/562>

201 Ministerio Público de la Defensa Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia (2017) *Boletín de Jurisprudencia* Marzo 2017. Derechos de las Personas Migrantes en el Procedimiento de Expulsión. Disponible en <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Bole->

de los jueces y tribunales argentinos de instrumentos internacionales de derechos humanos en la fundamentación de sus sentencias, tal y como ha destacado alguno de los actores entrevistados²⁰².

Tampoco el principio de todo NNA a ser oído se ha tenido en cuenta al momento de diseñar los procedimientos migratorios (admisión, residencia, expulsión), de modo de asegurar la participación de NNA en los procesos que los afecten, como podría ser procedimientos donde se decidan su propia situación e incluso la eventual expulsión de sus padres o de toda la familia.

Al tiempo que se observan avances en relación a la protección de los derechos de la niñez migrante en la Argentina, se identifican dificultades y cuestiones pendientes como la ausencia de principios específicos respecto a los derechos de la niñez en la propia ley migratoria. Igualmente se siguen produciendo expulsiones de personas migrantes con condenas penales que tienen hijos/as argentinos/as. En 2019, el Comité de los Derechos del Niño emitió una decisión²⁰³ por la que solicitaba al Estado argentino medidas provisionales consistentes en la suspensión de la expulsión de una migrante peruana con tres hijos nacidos en Argentina. Ésta había sido condenada por posesión de drogas para su comercialización. La madre recurrió la orden de expulsión y, mientras se tramitaron los recursos conoció a su pareja y tuvo los tres hijos. El Estado llegó a un acuerdo amistoso con la parte actora, suspendió la expulsión y concedió a la madre residencia permanente. Esta decisión evidencia la vulneración de los derechos de los NNA en procesos de expulsión de sus padres: no intervención de la Defensoría Pública de la Niñez²⁰⁴, falta de oportunidad de expresarse para escuchar su opinión por parte de los niños/as, y falta de consideración del interés superior del/de la menor. Este litigio se promovió por parte de Programa para la Aplicación de Tratados de Derechos Humanos.

Es por ello que, a pesar de los importantes avances normativos en relación al reconocimiento de derechos, se debe destacar la ausencia de enfoques que de manera expresa atiendan las circunstancias específicas de la niñez migrante. Puede hablarse de una mirada “adultocéntrica” en todos los procesos que implican a NNA migrantes. Y en el mismo sentido, se constató que la nueva ley de protección integral de la infancia, no hace alusión alguna a la niñez migrante, lo cual refuerza la invisibilidad y contribuye a la falta de adecuación de las políticas y las prácticas que afectan a NNA migrantes debido a la ausencia de un enfoque interseccional que tenga en cuenta como confluyen e interactúan diferentes factores de exclusión como la edad y el estatuto migratorio.

Se identifica la gravedad sobre algunas prácticas de denegación de entrada a grupos de personas en puestos fronterizos con menores y de menores no acompañados o separados²⁰⁵. En este sentido, resulta oportuno mencionar que durante más de 25 años, la Resolución 2895/1985 de la Dirección Nacional de Migraciones avalaba la denegación de ingreso en frontera y en controles portuarios de NNA migrantes no acompañados.

Sin embargo en diciembre de 2011, ocho años después de la sanción de la nueva ley migratoria, entró en vigencia la Disposición 2656/2011 que prevé que a los niños y niñas extranjeros menores de 14 años que no cuenten con autorización para el ingreso al país, se les otorgará una autorización provisoria de permanencia y deberán ser puestos a disposición de la autoridad con competencia en materia de niñez a los fines de su guarda provisoria. Sin embargo, aún no se cuenta con información sobre la eficacia en la implementación de esta norma. La nueva disposición de la DNM fue conse-

tines/2017.03.%20Migrantes%20(nacional).pdf [Acceso 5 julio 2021]. Sentencia 14. Juzgado Contencioso Administrativo Federal N.º 11, “TH,S”. Causa N.º 35.325/2012. 23/2/2017; Sentencia 16. Juzgado Contencioso Administrativo Federal N.º 8. “BA, ML”. Causa N.º 2.728/2012; Sentencia 18. Juzgado Contencioso Administrativo Federal N.º 5. “CC, R”. Causa N.º 43.011/2013.

202 Entrevista realizada a Pablo Ceriani.

203 CDC/C/85/D/90/2019 de 5 de julio de 2019. Esta decisión obedece a una comunicación individual interpuesta por la Defensoría General de la Nación de Argentina a través del Programa de Aplicación de Instrumentos de Derechos Humanos.

204 Algunas jurisdicciones que sí admiten esta intervención son: Juzgado Contencioso Administrativo Federal 1, por ejemplo en Nicasio González, Genaro José c/EN-M INTERIOR OP Y V-DNM S/RECURSO DIRECTO DNM, abril 2021. Otros tribunales que sí admiten la intervención de defensores de menores son los Juzgados Contenciosos Administrativos Federales 4, 5, 6, 10 y 12 así como las Cámaras Contencioso Administrativas Federales, Sala I y V.

205 UNICEF (2010). *Estudio sobre los derechos de niños y niñas migrantes a 5 años de la nueva ley de migraciones*. Buenos Aires, Argentina: Universidad Nacional Lanús- UNICEF. Pp. 54-55.

cuencia de la elaboración, por parte de distintos organismos gubernamentales, organizaciones de la sociedad civil y organismos internacionales, a fines de 2011, del *“Protocolo para la protección, asistencia y búsqueda de soluciones duraderas para los niños no acompañados o separados de sus familias en busca de asilo”*²⁰⁶.

12. Transversalización del enfoque de género en la defensa

La Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio cuenta con un equipo interdisciplinario integrado por abogados/as, una persona licenciada en Trabajo Social y otra en Antropología. Ésta ha realizado pericias antropológicas a fin de ser aportadas a procesos de asilo o de extradición que involucran a personas solicitantes de asilo. Algunas de los temas destacados de estas pericias son: 1. Situaciones de violencia y persecución que padece la comunidad LGTBIQ+, dando cuenta de los estereotipos que se construyen en torno a la homosexualidad y el VIH en los países de origen para comprender la marginación social, política y económica que sufren; 2. Situaciones de persecución por parte de mujeres víctimas de violencia de género en sus países de origen, incluyendo a mujeres que paralelamente se enfrentaban a un proceso de restitución internacional de menores por parte del agente de persecución; y 3. La violencia estructural y la vulnerabilidad que padecen las mujeres que son cooptadas por redes de narcotráfico, entre otros temas.

Por otro lado, la Comisión de Género de la DGN se creó en 2007 con la finalidad de elaborar herramientas para poder integrar la perspectiva de género en la defensa. Llevan a cabo investigaciones y publicaciones sobre temas poco explorados y trabajan en estrecha colaboración con otras Comisiones con competencias en temas de migraciones y refugio.

Además de trabajar en la vinculación que existe entre mujeres imputadas o condenadas (nacionales y migrantes) por tráfico de drogas como posibles víctimas de trata laboral como estrategia de defensa, con anterioridad realizaron un trabajo importante en relación con el arresto domiciliario al considerarlo discriminatorio para las mujeres migrantes involucradas en un proceso penal porque muchas de ellas no tenían un domicilio fijo.

Antes de la pandemia identificaron muchas mujeres detenidas en comisarías de policía víctimas de violencia sexual, siendo muchas de ellas migrantes en situación administrativa irregular que no denuncian esta violencia por miedo a ser expulsadas. Es decir, que se trata de mujeres en una situación de mayor vulnerabilidad frente a la posibilidad de sufrir esta violencia.

Para integrar esta perspectiva de género en la defensa han realizado también trabajo en otras áreas como: teoría del delito con perspectiva de género; mecanismos para facilitar a las mujeres migrantes víctimas de violencia de género puedan denunciar sin sentir miedo a ser expulsadas; casos de expulsión de mujeres migrantes condenadas por tráfico de drogas con antecedentes penales caducados y la necesidad de aplicar el test de razonabilidad de la expulsión desde la perspectiva de género; cómo abordar el historial de violencia de mujeres migrantes planteándose como una opción la solicitud de permiso por razones humanitarias, etc.

Actualmente están trabajando junto con la Comisión del Migrante sobre la documentación de personas migrantes trans por las dificultades que tienen en obtener documentación migratoria acorde a su identidad de género. Si la persona trans migrante obtiene una partida de nacimiento de su país de origen rectificadas con el cambio de nombre no existen problemas para obtener la documentación migratoria acorde a dicho nombre. Los problemas se presentan si la persona migrante trans no puede aportar dicha partida de nacimiento rectificadas de su país de origen.

-

En Argentina, la Ley 26743 que establece el derecho a la identidad de género de las personas, reconoce la identidad de género autopercibida (artículo 3). Por ello, una persona trans nacional solo tiene que autoidentificarse como hombre o mujer para poder cambiar su nombre en el registro civil.

206 Disponible en <https://bit.ly/2VGspCl>.

Sin embargo, si la persona trans es extranjera pese a que pueden tramitar una residencia provisoria y temporal, en estos documentos aparece el nombre de la persona asignado al nacer y no el acorde con su identidad de género. Es decir, solo pueden obtener documentos migratorios en los que su nombre coincida con el elegido según su identidad de género cuando pueden acceder a un permiso de residencia permanente.

-

En caso de documentarse a las personas trans por refugio y/o apatridia, se lleva a cabo con el nombre elegido según su identidad de género pero, entre paréntesis, se ponen las iniciales del nombre asignado al nacer de modo que, solo viendo la documentación, se sabe que se trata de una persona trans lo que es discriminatorio. Desde la Comisión de Género y la Comisión de Refugiados se está trabajando para que desaparezca de la documentación las iniciales del nombre asignado al nacer poniendo en foco de la reflexión sobre si esta medida es necesaria o no.

13. Impacto COVID

En función de la emergencia sanitaria decretada por el Decreto DNU 260/2020, la DNM dispuso la prórroga de los vencimientos de residencias temporarias, transitorias y precarias así como la suspensión de los trámites administrativos. Actualmente la DNM ha implementado un sistema de auto-gestión web que permite obtener el certificado de residencia precaria a fin de regularizar la situación migratoria de manera no presencial y automática.

Durante la pandemia y el aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO) y el distanciamiento social, preventivo y obligatorio (DISPO), se implementaron algunas modificaciones en el proceso de asilo para hacer frente a esta realidad: la CONARE permaneció cerrada al público, pero, a fin de garantizar el acceso al procedimiento de asilo, en un principio, se adoptó la posibilidad de formalizar la solicitud online, aunque, posteriormente se dejó sin efecto este mecanismo restringiendo el acceso al proceso de asilo.

Mientras la posibilidad de solicitar refugio online estuvo disponible, la solicitud solo estaba disponible en español por lo que se dificultaba el acceso a refugio a aquellas personas necesitadas de protección internacional que no hablasen español, además de a todas aquellas que no tengan acceso a internet. Por otro lado, los plazos administrativos estuvieron suspendidos desde el 20 de marzo y solo a partir de octubre 2020 la CONARE comenzó a retomar la celebración de entrevistas de elegibilidad de manera presencial.

Por otro lado, a través del decreto 274/2020 y subsiguientes se cerraron las fronteras²⁰⁷ y se prohibió el ingreso al territorio nacional, estableciéndose una serie de excepciones, entre las que no se contempló de manera expresa a las personas con necesidades de protección internacional que solicitasen asilo en frontera pese a las obligaciones de no devolución que surgen de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional.

También se vieron afectados, interrumpidos o demorados los procesos de reunificación familiar. De igual modo, tal y como demuestran los datos estadísticos de la CONARE, la cantidad de solicitudes disminuyó y la acumulación de solicitudes cuya sustanciación se vio afectada por las cuarentenas, restricciones de circulación y suspensiones de procedimientos constituyen un desafío de la post pandemia.

Sin embargo, ante las dificultades para ingresar al territorio se incrementaron los ingresos irregulares, con los riesgos que implican para las personas que buscan protección y pueden quedar a merced de diversos tipos de abusos y sin poder acceder al procedimiento de refugio.

²⁰⁷ Amnistía Internacional (2021) *Informe 2020/2021. La Situación de los Derechos Humanos en el Mundo*. Londres, Reino Unido: Amnesty International Ltd, p. 91.

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA FACILITAR EL ACCESO A LA JUSTICIA A PERSONAS EN CONTEXTO DE MOVILIDAD HUMANA PARA DEFENSORAS Y DEFENSORES PÚBLICOS EN ARGENTINA

En cuanto a las medidas adoptadas por el poder judicial en el ámbito nacional cabe destacar que, partir del aislamiento social, la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue dictando una serie de normas con el objeto de mantener la prestación mínima del servicio en aquellas causas urgentes o medidas que, de no practicarse, pudieran causar un perjuicio irreparable. Se estableció que las presentaciones que deban realizarse en el ámbito de la Justicia Nacional y Federal serían materializadas en formato digital a través del sistema de Identificación Electrónica Judicial (I.E.J.).

Por otra parte, se habilitó el trabajo desde sus hogares para aquellos magistrados/as, funcionarios/as y empleados/as que no fuesen convocados a prestar servicio en los órganos jurisdiccionales de guardia; y se aprobó el uso de firma digital estableciendo que, en aquellos casos en que se suscriba bajo esta modalidad, no será necesaria la utilización del papel, quedando lo resuelto únicamente en soporte electrónico.

En la provincia de Buenos Aires la Suprema Corte de Justicia también adoptó diferentes medidas como la autorización para que los agentes judiciales trabajasen desde su domicilio, la habilitación para celebrar audiencias por medio de videoconferencias a través de la plataforma Microsoft Teams, la evacuación de consultas por medios telemáticos y, la imposibilidad de presentar nuevas demandas con excepción de aquellas que requirieran urgente despacho o en las que fuese inminente la prescripción de la acción, así como que todos los escritos judiciales fueran presentados en soporte electrónico autorizándose a los Juzgados de Familia y de Paz a recibir denuncias de violencia familiar o de género vía cualquier canal telemático (v. gr. WhatsApp). También incorporó el expediente digital como forma de tramitación de las actuaciones judiciales. Muchas de estas medidas fueron también adoptadas en otras provincias²⁰⁸.

14. Desafíos más allá de la defensa

Se pueden mencionar los siguientes desafíos que van, en algunos casos, más allá del acceso a la defensa.

- La ausencia de una jurisdicción migratoria y la tramitación de las cuestiones migratorias por medio de la jurisdicción administrativa que no es la más idónea para tratar temas que involucran a derechos humanos.
- Conseguir que la judicatura escuche a la/s persona/s que va/n a ser expulsada/s en el proceso iniciado por la interposición de un recurso contra la orden de expulsión, ya que solo una minoría lo hacen actualmente.
- La falta de participación de los NNA en los procesos judiciales en los que se puedan ver involucrados sus padres.
- La ausencia de identificación en el marco de procedimientos penales de personas necesitadas de protección internacional más allá de los casos de extradición en los que la persona migrante con pedido de extradición formaliza una solicitud de refugio.
- La falta de información general que afecta a las personas migrantes sobre sus opciones de regularización migratoria, incluida la adquisición de la nacionalidad.
- En frontera se puede destacar la falta de asistencia jurídica para las personas migrantes y refugiadas, la ausencia de procedimientos adecuados que permitan respetar y proteger los derechos de las personas migrantes y refugiadas y la no intervención de organismos de protección de la infancia locales.

208 <https://ius360.com/justicia-en-tiempos-de-pandemia-medidas-adoptadas-para-garantizar-la-prestacion-del-servicio-en-argentina-patricio-gustavo-y-francisco-zegarra/>. Justicia en tiempos de pandemia: medidas adoptadas para garantizar la prestación del servicio de justicia en Argentina. Patricio Gustavo y Francisco Zegarra. [Acceso 12 de agosto 2021].

- La ausencia de identificación de personas necesitadas de protección internacional en fronteras.
- El desconocimiento de actores del sistema de justicia, particularmente de la judicatura en temas migratorios y de refugio.
- El estándar de prueba que se aplica es muy exigente no considerando suficiente la prueba indiciaria sin tener en cuenta que la carga de la prueba es compartida entre la persona solicitante y el examinador/a; que el órgano judicial puede acordar o no discrecionalmente la audiencia de la persona a la que se le ha denegado la condición de refugiada y no en todos los casos; desconocimiento por parte de la judicatura del derecho de las personas refugiadas; y escasa jurisprudencia que desarrolle el principio de no devolución.
- En general se puede destacar una ausencia de perspectiva de género en las leyes y en el trabajo de la DNM. Ésta, además, no motiva sus resoluciones lo que dificulta la interposición de recursos y, para la resolución de los casos, utiliza plantilla tipos para todos los casos.
- Argentina no ha aceptado la competencia del comité de la Convención de los Trabajadores Migrantes para casos individuales.
- Que las Cámaras Federales de Apelaciones pueden interpretar las normas jurídicas con criterios muy dispares sin que exista un mecanismo para unificar la jurisprudencia si la Corte Suprema de Justicia de la Nación no toma una decisión en casos en los que existe esta disparidad.
- El no uso por parte de los actores jurídicos de todos los instrumentos en vigor en el país como, por ejemplo, el Acuerdo de Residencia MERCOSUR.

Listado de personas entrevistadas

Llevadas a cabo entre los días 23 de agosto y 3 de septiembre de 2021 (en orden de realización).

- **Santiago Roca** - Defensor Público a cargo de la Secretaría General de Superintendencia y Recursos Humanos de la DGN y Cotitular de la Comisión de Migrantes.
- **Hernán de Llano** - Defensor Público y Cotitular de la Comisión de Migrantes.
- **César A. Balaguer** - Defensor Público y Cotitular de la Comisión de Migrantes.
- **Marina Salmain** - Defensora Pública Coadyuvante de la Comisión de Migrantes.
- **Martín Fiuza** - Secretario Letrado de la Comisión de Migrantes.
- **Mariano Hernán Gutiérrez** - Secretario Letrado a cargo del Equipo de Trabajo en Centros de Acceso a la Justicia "Acceder".
- **Analía Cascone** - Coordinadora de la Comisión de Refugio.
- **Marina Berardi** - Prosecretaría Administrativa de la Comisión de Refugio.
- **Mariano Fernández Valle** - Secretario Letrado a cargo del Programa para la Aplicación de Instrumentos de DDHH.
- **Florencia Plazas** - Defensora Pública ante los Tribunales Federales de CABA.
- **Juan Pablo Olmo** - Defensor Público Tutor.
- **Julián Langevin** - Defensor General Adjunto.
- **Laura Martín** - Defensora Pública ante juzgado federal de Paso de los Libres (Corrientes).
- **Julia Coma** - Defensora Pública ante juzgado federal de Lomas de Zamora.
- **Raquel Asensio** - Coordinadora de la Comisión sobre Temáticas de Género.
- **Marcela Virginia Rodríguez** - Coordinadora del Programa de Asesoramiento y Promoción de Derechos de las Víctimas del Delito de Trata de Personas.
- **Juan Ignacio Pérez Curci** - Presidente de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza.
- **Guillermo F. Treacy** - Juez integrante de la Sala V del fuero Contencioso con asiento en CABA.
- **Alfredo López Rita** - Presidente de la CONARE y Director General de Inmigración. <https://www.argentina.gob.ar/interior/migraciones/comision-nacional-para-los-refugiados>

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA FACILITAR EL ACCESO A LA JUSTICIA A PERSONAS EN CONTEXTO DE MOVILIDAD HUMANA PARA DEFENSORAS Y DEFENSORES PÚBLICOS EN ARGENTINA

- **Dr. Luis Antonio Romiti** - Director General de la Dirección General Técnica – Jurídica de la Dirección Nacional de Migraciones. <https://www.argentina.gob.ar/interior/migraciones>
- **Sofía Rubio** - Ex Secretaria Ejecutiva de la CONARE, ahora integrante de la Comisión de Refugiados del MPD.
- **Martín A. Arias Duval** - Ex Director Nacional de Migraciones y titular de la Fundación Más Ciudadanía.
- **Eugenia Contarini** - Oficial de Protección en la Oficina Regional para el Sur de América Latina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. <https://help.unhcr.org/peru/donde-encontrar-ayuda/oficina-del-acnur/>
- **Diego Morales** - Director de Litigio y defensa legal del CELS. <https://www.cels.org.ar/web/>
- **Camila Carril** - Subcoordinación Operativa de Migrantes de la Defensoría del Pueblo de CABA. <https://defensoria.org.ar/>
- **Adriana Alfonso** - Asesora de la Dirección de Migraciones de la Cancillería argentina. <https://www.argentina.gob.ar/interior/migraciones>
- **Lila García** - Investigadora de CONICET, Universidad Nacional de Mar del Plata. <https://www.conicet.gov.ar/nuevo-instituto-del-conicet-y-la-universidad-nacional-de-mar-del-plata/>
- **Pablo Ceriani** - Director de la Especialización en Migración y Asilo desde una perspectiva de Derechos Humano

www.eurosoci.al.eu

EUROSOCIAL es un programa financiado por la Unión Europea que, a lo largo de sus 15 años de trayectoria, ha venido ofreciendo un espacio para el aprendizaje entre pares, así como el intercambio de experiencias entre instituciones homólogas de Europa y América Latina. EUROSOCIAL tiene como fin contribuir a la mejora de la cohesión social en los países latinoamericanos, mediante la transferencia del conocimiento de las mejores prácticas, que contribuya al fortalecimiento institucional y a la implementación de políticas públicas. Su acción parte desde la convicción de que la cohesión social debe ser considerada como fin en sí misma y, al mismo tiempo, como medio para reducir brechas porque la desigualdad (económica, territorial, social, de género) constituye un freno a la consecución de cualquier Objetivo de Desarrollo Sostenible. EUROSOCIAL cuenta con una innovadora metodología para implementar la cooperación internacional, partiendo de un diálogo institucional horizontal, flexible, complementario y recíproco, focalizando su acción en las áreas de políticas sociales, gobernanza democrática y equidad de género.



EUROSociAL+ es un consorcio liderado por:



Con el apoyo de:

