

Informe N° 1

Niñez migrante, refugiada y solicitante de asilo en Argentina

Avances y desafíos en el encuadre normativo
para el acceso a derechos (2004-2023)

Colección: La niñez migrante en Argentina.
Políticas y derechos (2004-2023)
Septiembre 2023

Autoridades nacionales

Presidente de la Nación

Alberto Fernández

Vicepresidenta de la Nación

Cristina Fernández de Kirchner

Ministra de Desarrollo Social de la Nación

Victoria Tolosa Paz

Secretario Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia

Gabriel Lerner

Directora Nacional de Gestión y Desarrollo Institucional

Gisela Clivaggio

Desarrollo de contenidos: Camila Carril

Revisión de contenidos: Dirección Nacional de Gestión y Desarrollo Institucional y Observatorio Social de Infancia y Adolescencia (SENAF)

Revisión editorial: Área de Comunicación, Jefatura de Gabinete de Asesores/as (SENAF).

Coordinación de la colección “La niñez migrante en Argentina. Políticas y derechos (2004-2023)”: Gabriela Liguori (CAREF), María Inés Pacecca (CAREF) y Gisela Clivaggio (SENAF)

Diseño: Elizabeth Sánchez

Septiembre 2023

Carril, Camila

Niñez migrante, refugiada y solicitante de asilo en Argentina : avances y desafíos en el encuadre normativo para el acceso a derechos : 2004-2023 / Camila Carril. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : CAREF - Comisión Argentina para Refugiados y Migrantes ; Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia - SENAF, 2023.

Libro digital, PDF/A - (La niñez migrante en Argentina. Políticas y derechos : 2004-2023 / Gabriela Liguori ; 1)

Archivo Digital: descarga
ISBN 978-987-48988-3-8

1. Niñez. 2. Migración. 3. Derecho de Asilo. I. Título.
CDD 304.80982



Índice

Prólogo	4
Presentación. Niños, niñas y adolescentes migrantes. Hacia una protección cada vez más robusta	6
Resumen	11
Introducción	12
I. Derechos garantizados por la Ley 26.061 y su aplicación en materia migratoria	15
II. Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado (N°26.165)	26
III. Ley de Educación Nacional (N°26.206)	37
IV. Ley de Prohibición del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente (N°26.390)	48
V. Ley de Prevención y Sanción de la Trata de personas y Asistencia a sus Víctimas (N°26.364) y su modificatoria (N°26.842)	53
VI. Derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes: los casos de trasplante de órganos	58
VII. Reflexiones finales y orientaciones para la política pública	68

Prólogo



Esta colección presenta los resultados de la investigación **La niñez migrante en Argentina. Políticas y derechos (2004-2023)**, que se llevó adelante en el marco de un convenio entre la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF) y la Comisión Argentina para personas Refugiadas y Migrantes (CAREF).

Hacia 2015 comenzaron a producirse diversos y significativos cambios en lo que respecta a las dinámicas migratorias hacia Argentina y la composición de la población migrante que reside en el país. En este contexto, resulta imperioso para esta Secretaría conocer con mayor profundidad la situación de la niñez migrante. Creemos que la construcción de conocimiento, la sistematización de información y el análisis de procesos y experiencias recientes son indispensables para pensar y diseñar políticas de Estado adecuadas, que amplíen y fortalezcan la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes que viven en nuestro país.

Convocamos a CAREF para que nos acompañe en este recorrido. Entendemos que la articulación entre Estado y organizaciones de la sociedad civil puede resultar en procesos virtuosos y de gran calidad, en especial cuando incorporan la riqueza de la experiencia territorial de organizaciones con reconocida trayectoria en la temática. CAREF, que desde 1973 brinda atención directa y gratuita a personas migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo, a la vez que desarrolla líneas de investigación, formación, comunicación e incidencia, ha sido sin duda un aliado esencial para este emprendimiento.

La investigación llevada adelante se propuso contribuir a la descripción y análisis de la situación actual de la niñez migrante en Argentina respecto a las siguientes dimensiones:

- el encuadre normativo para el acceso a derechos,
- el derecho a la documentación y a la regularización migratoria
- el derecho y acceso a la salud, a la educación y a políticas sociales,
- el análisis de experiencias institucionales concretas en la protección de derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes.

Esperamos que esta colección sea de utilidad para identificar y abordar barreras y dificultades aún no resueltas, y que aporte reflexividad y herramientas de política pública para garantizar el efectivo acceso a derechos de todas las niñas, niños y adolescentes que viven en la Argentina, sin importar su lugar de nacimiento.



Gabriel Lerner

Secretario Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia
Ministerio de Desarrollo Social



A decorative graphic in the top right corner consisting of two rows of five light gray circles. To the right of these circles are three white arrows pointing downwards, stacked vertically.

Presentación

Niños, niñas y adolescentes migrantes. Hacia una protección cada vez más robusta

En Argentina, niños, niñas y adolescentes han sido parte de las migraciones internas e internacionales desde larga data. Casi siempre han arribado en contextos familiares o parentales, llegando junto con sus progenitores o reuniéndose con ellos en Argentina un tiempo después. Sus desplazamientos se han vinculado a la búsqueda de mejores condiciones de vida, más oportunidades educativas y opciones laborales para el futuro. Pero también han llegado debido a guerras, conflictos armados, persecuciones, crisis sociales y políticas y violaciones masivas de derechos humanos.

Dos censos nacionales de población, distantes casi cien años entre sí, nos muestran la presencia de la niñez migrante. En 1914, cuando la población total rondaba los 8.000.000 de personas, vivían en el país alrededor de 285.000 niñas y niños que habían nacido en el extranjero. Estos niños y niñas eran casi el 12% de los 2.400.000 inmigrantes que residían en Argentina —un millón de los cuales había arribado en los veinte años anteriores—. Casi un siglo más tarde, en 2010, habitaban el país 40.000.000 de personas, y la población migrante había descendido a 1.800.000 (el 5% de la población total). Para ese entonces, las niñas y los niños migrantes eran cerca de 180.000. A pesar de las variaciones en cantidades y países de origen, el país ha sido y es aún hoy un destino elegido por personas y familias migrantes, que se suman a los millones de argentinas y argentinos que en el pasado y en el presente descienden de inmigrantes provenientes de todos los continentes.

La presencia sostenida de niños y niñas migrantes no significa que hayan sido foco de políticas específicas (migratorias u otras), y ello por lo menos por dos motivos.

Primero, porque durante buena parte de su historia como nación, Argentina contó con leyes y prácticas migratorias relativamente amplias y protectoras, tales como la Ley Avellaneda (N° 817), vigente entre 1876 y 1981, y la actual Ley de Migraciones (N° 25.871), que rige desde 2004. Ello no quita que haya habido períodos en los que la política migratoria tuvo marcados visos securitistas. Por ejemplo, durante parte de las décadas de 1960, 1970 y 1980, y cuando estuvo regida por la Ley Videla (N° 22.439, vigente desde 1981 hasta 2004). Ambas situaciones, por sí solas o combinadas, generaron obstáculos, limitaciones y restricciones de diversa índole cuyos efectos fueron analizados en numerosas ocasiones (ver CAREF, 2019, entre otros).

El segundo motivo por el cual consideramos que no hubo políticas específicas destinadas a la niñez migrante es porque, en comparación con otros países, la enorme mayoría de los niños y niñas que arriban a Argentina lo hacen en contexto familiar, es decir: con el padre, con la madre, con ambos, o con alguna otra persona adulta autorizada. Han sido infrecuentes (y acotados a situaciones puntuales) los casos de niños, niñas o adolescentes migrantes que no cuentan con referentes adultos. En este contexto, las previsiones generales de la normativa migratoria y de asilo (en particular aquellas vinculadas a la radicación) casi siempre han resultado suficientes para asegurar un piso de protección.

La experiencia del Servicio Social de la Comisión Argentina para personas Refugiadas y Migrantes (CAREF) es consistente con estas apreciaciones. Desde su creación en 1973, CAREF brinda atención directa y gratuita a personas migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo. En cincuenta años, el Servicio Social de CAREF atendió más de 50.000 personas (provenientes principalmente de países latinoamericanos) que consultaron por una gran variedad de motivos, que además fueron cambiando según las coyunturas políticas, económicas y sociales de la región. No obstante, alrededor del 30% de las consultas siempre han sido relativas a niños, niñas y adolescentes. En la mayor parte de los casos, quienes traían la consulta

eran sus madres, padres u otros referentes adultos, que buscaban ayuda para la radicación, la documentación, los permisos de viaje, el acceso a la educación, a la salud, a programas sociales, etcétera. Casi siempre, estas situaciones pudieron abordarse (y a menudo resolverse) dentro del marco normativo e institucional existente, recurriendo a los dispositivos migratorios y a los ámbitos más amplios de defensa y protección de derechos de la niñez. Es decir que las afectaciones o vulneraciones de derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes podían atenderse en el marco de la normativa migratoria o de asilo (aunque no incluyeran previsiones específicas para la niñez) o en el marco de la normativa y la institucionalidad destinada a la protección de la niñez (aunque no incluyera previsiones específicas para la niñez migrante, refugiada o solicitante de asilo).

Este panorama comenzó a cambiar en los últimos años, como resultado de tres situaciones o procesos de distinto orden (que sintetizamos cronológicamente):

1. En 2017, el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70 modificó regresivamente diversos artículos de la Ley de Migraciones, entre ellos los referidos a motivos y procedimientos de expulsión por razones administrativas o penales. El resultado de estos cambios fue un enorme incremento de las órdenes de expulsión y de las expulsiones efectivizadas, que pasaron respectivamente de 1.900 y 240 en el año 2015 a 4.900 y 1.250 en el año 2019. Las expulsiones (y la expulsión como herramienta de gestión migratoria) dejaron a la intemperie a cientos o incluso miles de niños y niñas, argentinos/as y migrantes. Sus padres, madres o referentes adultos fueron expulsados, con prohibición de reingreso al país, sin que la autoridad que ordenaba la expulsión considerara el interés superior del niño ni arbitrara medidas en pos de la protección de sus derechos.
2. A partir de 2018 aproximadamente, comenzaron a llegar a Argentina (y a otros países de la región) familias venezolanas con niños y niñas menores de nueve años que carecían de pasaporte o de documento de identificación. A diferencia del resto de sus familiares, sólo portaban sus partidas de nacimiento. Ello se debía a que la normativa venezolana establece que las cédulas de identidad se

tramitan a partir de los nueve años, y a que el sistema de emisión de pasaportes estaba colapsado. La falta de documentación de identidad o de viaje atentó contra sus cruces regulares de fronteras internacionales, a la vez que dificultó o directamente imposibilitó su posterior regularización migratoria en los países donde se habían establecido con sus familias.

3. Entre marzo de 2020 y octubre de 2021, Argentina impuso el cierre de fronteras por la pandemia por COVID-19. Este prolongado cierre no incluyó ninguna alternativa que permitiera el ingreso regular por pasos terrestres de personas que no fueran argentinas o residentes regulares. En consecuencia, los miles de familias (en especial, familias venezolanas) que, por los propios efectos de la pandemia, se dirigieron hacia Argentina en ese período, no cuentan con comprobante de ingreso regular al territorio. En el caso de los niños y niñas menores de nueve años, ello se suma al déficit en la documentación de país de origen —que en los últimos años también ha comenzado a afectar a sus padres y madres, cuyos documentos venezolanos han ido venciendo a lo largo del proceso migratorio—. Los efectos económicos de la pandemia también generaron procesos de re-emigración, muchos de los cuales resultaron en familias que se han ido separando y cuyos integrantes se han instalado en distintos países de la región (Argentina, Perú, Colombia, Ecuador, Chile...). A consecuencia de ello, las madres y los padres de muchos niños y niñas residen en países distintos, a la vez que han comenzado a observarse varones y mujeres adolescentes (menores de 18 años) que se desplazan por su propia cuenta y sin los permisos correspondientes.

Estos tres procesos (regresivos en lo que respecta a la protección y el acceso a derechos) se han intersectado de manera tal que exigen tanto una agenda específica para la protección de la niñez migrante, refugiada y solicitante de asilo como el fortalecimiento y la expansión de una perspectiva de niñez sensible a las singularidades de la condición migratoria. A diferencia de años anteriores, las vulneraciones de derechos que pueden afectar a niños y niñas migrantes son diferentes de las que pueden

afectar a niños y niñas no migrantes, diferentes de las que pueden afectar a migrantes adultos en general, e incluso diferentes de las que pueden afectar a las personas adultas de sus mismas familias. Este nuevo panorama se agrega a lo que ya sabemos a partir de la experiencia territorial: que en distintos lugares del país residen familias migrantes cuyas propias condiciones de vida, marcadas por múltiples vulneraciones, interpelan a todas las instituciones y demandan un abordaje integral que aúne perspectiva migratoria y de infancias.

Ante estos desafíos, el robusto plexo normativo que Argentina ha desarrollado en los últimos veinte años (en especial la legislación migratoria, de asilo, y de protección de los derechos de la niñez), sumado a la vasta experiencia institucional a nivel nacional, provincial, municipal y de la sociedad civil, augura excelentes resultados. Los informes que se presentan en esta colección, fruto de un convenio de cooperación entre la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF) del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación y la Comisión Argentina para personas Refugiadas y Migrantes (CAREF) contribuyen a sistematizar y analizar procesos y experiencias recientes, de modo de lograr una protección cada vez más robusta de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes que viven en nuestro país.

»»»» **Gabriela Liguori**

Directora Ejecutiva / CAREF

»»»» **María Inés Pacecca**

Coordinadora Área de Investigación / CAREF

Referencias bibliográficas

CAREF. 2019. *Personas, "papeles", políticas y derechos. Las migraciones contemporáneas en Argentina desde la perspectiva de CAREF (2004-2015)*. Disponible en www.caref.org.ar/publicaciones



Niñez migrante, refugiada y solicitante de asilo en Argentina

**Avances y desafíos
en el encuadre normativo
para el acceso a derechos
(2004-2023)**



Camila Carril

Desarrollo de contenidos



Resumen

En 2005 se sancionó la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Nº 26.061) que refuerza la aplicación obligatoria de la *Convención sobre los Derechos del Niño* (CDN), aprobada por los Estados Miembros de Naciones Unidas en 1989 y con jerarquía constitucional en Argentina desde 1994. Al incorporar pautas para la elaboración de políticas públicas dirigidas a la niñez y adolescencia, dicha ley obliga a una lectura integral de la normativa vigente en otras materias.

En este sentido, y de conformidad con los lineamientos de interés superior, igualdad, no discriminación, derecho a ser oído, derecho a la vida y al desarrollo integral que constituyen a la *Convención sobre los Derechos del Niño*, este informe se enfoca en una serie de normas nacionales de gran relevancia a la hora de asegurar los derechos de la niñez migrante y las analiza de manera transversal a las leyes de migraciones y de protección integral de la niñez. En primer lugar, se abordan los aspectos centrales de la Ley de Migraciones (Nº 25.871/2004) y de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes para para luego analizar el siguiente corpus:

- Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado (Nº 26.165/2006),
- Ley de Educación Nacional (Nº 26.206/2006),
- Ley de Prohibición del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente (Nº 26.390/2008),
- Ley de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas (Nº 26.364/2008 y su modificatoria Nº 26.842/2012),
- Resolución 33/2023 del Instituto Nacional Central Único
- Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI).

Introducción



En 2005 se sancionó la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (N° 26.061) que refuerza la aplicación obligatoria de la *Convención sobre los Derechos del Niño* (CDN), aprobada por los Estados Miembros de Naciones Unidas en 1989 y con jerarquía constitucional en Argentina desde 1994. Además, al incorporar pautas para la elaboración de políticas públicas dirigidas a la niñez y adolescencia, dicha ley obliga a una lectura integral de la normativa vigente en otras materias, entre ellas la que regula la condición migratoria (Ley de Migraciones N° 25.871/2004).

En este sentido, y de conformidad con los lineamientos de interés superior, igualdad, no discriminación, derecho a ser oído, derecho a la vida y al desarrollo integral que constituyen a la *Convención sobre los Derechos del Niño*, este informe se enfoca en una serie de normas nacionales de gran relevancia a la hora de asegurar los derechos de la niñez migrante y las analiza de manera transversal a las leyes de migraciones y de protección integral de la niñez. En primer lugar, se abordarán los aspectos centrales de esas dos normas (migraciones y protección de la niñez), para luego analizar el siguiente corpus:

- Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado (N° 26.165/2006),
- Ley de Educación Nacional (N° 26.206/2006),
- Ley de Prohibición del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente (N° 26.390/2008),
- Ley de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas (N° 26.364/2008 y su modificatoria N° 26.842/2012),

- Resolución 33/2023 del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI).

A continuación, la tabla 1 presenta, en orden cronológico, las normas que serán analizadas y comparadas e indica cuáles son los artículos de cada una de ellas que remiten a los principios, derechos y garantías enunciados en la Ley N° 26.061. Puesto que la mencionada ley es posterior a la Ley N°25.871 de Migraciones ésta última debe leerse incorporando las pautas que brinda la Ley de Protección Integral de la Niñez, ya que para la fecha de sanción de la ley migratoria (diciembre de 2003) la CDN estaba vigente e incorporada al texto constitucional (art. 75 inc. 22).

Tabla 1. Normas, principios, derechos y garantías

Principios, derechos y garantías	Norma y número						
	Migraciones 25.871	Niñez 26.061	Asilo 26.165	Educación 26206	Trabajo 26.390	Trata 26.364 y 26.842	Trasplantes Res. 33/23 INCUCAI
Interés superior	Art. 3 inc. g (remisión genérica)	Art. 3	Art. 57 (remisión genérica)	Art. 11 inc.g (remisión ley 26061)	—	Art. 6 inc. n (indirecto)	—
Garantías mínimas de procedimiento	Arts. 12 y 86	Arts. 24 y 27	Arts. 8, 32, 34 y 41	Art. 11 inc. g (remisión)	Arts. 4 y 19 (remisión ley 26061)	Art. 6 incs. e, j, k	—
Documentación	Arts. 17, 20, 30 y concord.	Art. 13 (no migrantes) y art. 27 (remisión)	Arts. 17, 51, 52 y 54	Art. 143 (remisión ley 25.871)	—	Arts. 5 y 6 incs. g, h	Art. 2 y anexo (obligación/no derecho)
Vida privada e intimidad familiar	Arts. 3 inc. d, 10 y 29 in fine (reunificación familiar)	Arts. 10 y 11	Arts. 5 y 6 (unidad familiar)	Art. 6	—	Art. 6 inc. n	—
Dignidad e integridad personal	Art. 35 (excepción)	Art. 9	Arts. 7 y 53	Art. 126 inc. d	—	Art. 6 inc. f, i, l y art. 8	Art. 5 (por excepción)
Trabajo y seguridad social	Arts. 6, 16, 51 a 53 y 55 a 60	Arts. 25 y 26	Arts. 43, 51 y 52	Arts. 30, 33 y 82	Art. 2 (objeto)	Art. 6 inc. d	—
Salud	Art. 8	Art. 14	Art. 42	Arts. 11 inc. u, 22 (coord. con salud), 42 y 60	—	Art. 6 inc. a y b	—
Educación	Art. 7	Art. 15	Art. 42	Arts. 1 (objeto), 6 y 126	Arts. 8, 17 y Art. 22 (contrato de aprendizaje)	Art. 6 incs. a y m	—
Igualdad y no discriminación	Art. 3 inc. f, 5 y 13	Art. 28	Art. 2	Arts. 4, 79 a 83 y 143	Art. 6	Art. 6	Art. 4 (solo casos de reciprocidad)

Este análisis toma en cuenta estándares del ámbito internacional y regional, así como jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Se espera que esta mirada integral contribuya a la comprensión de los avances y las buenas prácticas en el desarrollo de las políticas públicas en materia de niñez migrante, así como a la identificación de las brechas y los desafíos pendientes, para los cuales se harán algunas propuestas preliminares.



I.

Derechos garantizados por la Ley 26.061 y su aplicación en materia migratoria

Ley de Migraciones: criterios para la obtención de la residencia de niños, niñas y adolescentes, y garantías del procedimiento

La Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, sancionada en septiembre de 2005, garantiza el ejercicio pleno de los derechos de las niñeces que habitan en el país, conforme al principio del interés superior del niño. Se trata de una ley que, si bien no aborda específicamente la situación de la niñez migrante ni remite a la Ley de Migraciones, establece el principio de igualdad y no discriminación en la aplicación de sus disposiciones (art. 28). En consecuencia, aplica a la niñez migrante todo su articulado relativo a la dignidad e integridad personal, vida privada e intimidad familiar, identidad, salud, educación, seguridad social y garantías mínimas de procedimiento.

Cabe observar que en materia de derecho a la documentación el artículo 13 de la Ley 26.061 remite al procedimiento previsto en la Ley N°24.540, que establece el régimen de identificación de los niños y niñas nacidos en el territorio nacional. En consecuencia, en este punto, la normativa obliga la incorporación de la Ley de Migraciones para abordar el derecho a la documentación de los niños, las niñas y adolescentes migrantes (nacidos fuera del territorio nacional), considerando que es la propia Ley N°26.061 la que dispone la aplicación de los derechos contemplados en la Constitución Nacional y en las leyes que en su consecuencia se dicten (art. 27).

La Ley de Migraciones, sancionada en diciembre del año 2003, asegura a:

toda persona que solicite ser admitida en el país 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. (Art. 3 inc. f).

La ley no establece pautas diferenciadas en cuanto al acceso a la residencia de los niños, niñas y adolescentes, sino que regula el acceso a la residencia de las personas migrantes de modo genérico:

Los extranjeros serán admitidos para ingresar y permanecer en el país en las categorías de “residentes permanentes”, “residentes temporarios”, o “residentes transitorios”. Hasta tanto se formalice el trámite correspondiente, la autoridad de aplicación podrá conceder una autorización de “residencia precaria”, que (...) habilitará a sus titulares para permanecer, salir y reingresar al territorio nacional, trabajar y estudiar durante su período de vigencia. (Art. 20).

La ley fue reglamentada por el Decreto N°616/10, cuyo artículo 22 regula el acceso a la residencia permanente por vínculo con familiar argentino o familiar radicado permanente, así como por arraigo, es decir: por haber gozado de una residencia temporaria de dos o tres años en el país (según la persona provenga de un Estado Parte o Asociado al MERCOSUR, o no). Por el otro, el artículo 23 del reglamento regula el acceso a la residencia temporaria a quienes se encuadren en alguna de las catorce subcategorías allí mencionadas. Por último, el artículo 23 *in fine* dispone que:

(...) a efectos de preservar los principios de unidad, sostén y reunificación familiar con el alcance establecido en la legislación pertinente y en el artículo 10 del presente Reglamento, la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES otorgará residencia temporaria a quien acredite ser cónyuge, progenitor o hijo soltero menor de DIECIOCHO (18) años no emancipado o mayor con capacidades diferentes, de inmigrante con residencia temporaria.

En este aspecto, cabe preguntarse si los niños, las niñas y adolescentes pueden acceder de modo autónomo a una residencia permanente o temporaria, o si ese acceso está necesariamente vinculado a la residencia de sus progenitores.

La respuesta relativa a la residencia por vínculo con familiar argentino o radicado es simple, en tanto necesariamente se trata del acceso a la residencia por la relación ascendente o descendente entre el padre o la madre y el hijo o la hija. Es decir que no es una residencia autónoma, sino que está vinculada a la relación familiar. Sin embargo, el acceso a la residencia permanente por transcurso del tiempo (por arraigo) resulta más

complejo de abordar ya que exige el estudio previo del otorgamiento de la residencia temporaria.

El artículo 22, inc. c, del Decreto N°616/10 indica que el extranjero que solicite su residencia permanente deberá acreditar:

(...) tener arraigo por haber gozado de residencia temporaria por DOS (2) años continuos o más, si fuere nacional de los países del MERCADO COMÚN DEL SUR (MERCOSUR) o Estados Asociados; y TRES (3) años continuos o más, en los demás casos. Asimismo, deberá dar cumplimiento a las demás condiciones que determine la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES según el tipo de residencia temporaria de que se trate.

En este contexto, corresponde preguntarse en primer lugar si resulta posible que el niño, niña o adolescente solicite autónomamente su residencia temporaria. Si la respuesta es positiva, el acceso a la residencia permanente al amparo del art. 22 inc. c del Decreto 616/10 queda resuelto de modo positivo también, ya que se trata de la mera conversión por arraigo de la residencia temporaria que hubiere gozado con carácter previo.

Para avanzar en este razonamiento, recordemos las subcategorías reguladas en el art. 23 de la Ley 25.871 para establecer cuáles serían aplicables a niños, niñas y adolescentes, y sobre dicha base examinar si existen restricciones normativas para solicitarlas de modo autónomo y obtenerlas. El artículo 23 dispone las siguientes subcategorías de radicación temporaria: trabajador migrante, rentista, pensionado, inversionista, científicos y personal especializado, deportistas y artistas, religiosos de los cultos reconocidos oficialmente, pacientes bajo tratamiento médico, académicos, estudiantes, asilados y refugiados, nacionalidad, razones humanitarias y especiales. A excepción de pensionado, inversionista, científicos y personal especializado, todas las demás subcategorías podrían ser aplicables a una persona menor de 18 años. En esta línea, el Decreto 231/2009 y sus modificatorias, que fija costos de las tasas correspondientes a los distintos trámites migratorios señala que:

b) Quedarán eximidos del pago de las tasas retributivas previstas en los incisos b), c), d), e), f) y g) del artículo 1º los trámites de Residencia Permanente, Temporaria o Transitoria que formulen: (...) II. los hijos solteros menores de DIECIOCHO (18) años de edad que realicen el trámite juntamente con alguno de sus progenitores.

Se deduce entonces que cuando las personas menores de 18 años inician el trámite autónomamente deberán abonar la tasa migratoria a menos que acrediten estado de indigencia conforme esa norma.

No obstante, la factibilidad de la norma para el acceso a esas residencias deberá contar con la presentación y autorización de al menos un progenitor o tutor legalmente instituido, conforme lo estipula el art. 9 del Anexo II del Decreto N°616/10. Si bien la norma habilita la residencia temporaria para niños, niñas y adolescentes, en general las subcategorías aplican entre los 16 y los 18 años (teniendo presente los términos de la Ley N°26.390, Prohibición del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente que se analiza más adelante), a excepción de estudiantes, pacientes bajo tratamiento médico, asilados y refugiados, nacionalidad, razones humanitarias y especiales, a las que podrían acceder aun quienes fueran menores de 16 años.

Lo establecido en el art. 23 *in fine* del Decreto 616/10 tampoco impediría la posibilidad de aplicar un criterio de residencia autónomo si ello es más beneficioso para la persona migrante menor de edad. Dicho artículo está pensado para ampliar derechos y no para restringirlos. En sintonía con el interés superior, si la persona tiene un mejor derecho de acceso a su residencia temporaria debería poder efectivizarlo en aras de la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la normativa vigente. Tal como establece la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,

- (l) la configuración de ese “interés superior” exige examinar las particularidades del asunto y privilegiar, frente a las alternativas posibles de solución, aquella que contemple –en su máxima extensión– la situación real de los infantes. (Fallos 345:905 y sus citas).

No obstante lo expuesto, las estadísticas administrativas disponibles no indican si efectivamente se han tramitado y otorgado residencias temporarias o permanentes bajo alguna de estas subcategorías, a personas menores de 18 años, con carácter independiente de los progenitores¹.

1. Véase: <https://datos.gob.ar/dataset/interior-ingresos-egresos-personas-al-pais-residencias-otorgadas>. Solo se informan la cantidad de residencias según sean transitorias, temporarias o permanentes. A su vez, véase la información suministrada por el Estado en el marco del Examen Periódico Universal (EPU), ante el Conse-

Por otra parte, la Dirección Nacional de Migraciones (en adelante DNM) vincula la residencia de las personas menores de 18 años a los expedientes de sus progenitores, y suspende las tramitaciones de niños y niñas cuando, por ejemplo, pesa una orden de expulsión sobre el/la progenitor/a al que está asociado el trámite². Para el análisis de estas situaciones es necesario detenerse en los arts. 20 inc. b y 69 el Decreto N°616/10:

Art. 20 inc. b. Suspensión de trámite: Cuando un extranjero estuviere tramitando su residencia y se encontrare imputado o procesado en causa penal cuya resolución pudiese determinar alguno de los impedimentos legales para residir en el territorio argentino, la autoridad de aplicación suspenderá el curso de las actuaciones administrativas hasta tanto se resuelva tal situación judicial. Asimismo otorgará al extranjero una autorización de residencia precaria, en los términos de la prevista en el artículo 69 de la Ley No 25.871, la que podrá hacerse extensiva, en su caso, al grupo familiar a su cargo.

Art. 69. La residencia precaria prevista en el artículo que se reglamenta se otorgará por un plazo de hasta CIENTO OCHENTA (180) días y será renovable en tanto no varíe la situación judicial del extranjero; ella habilitará a su titular a permanecer, estudiar y trabajar en el territorio argentino durante su periodo de vigencia. El certificado de residencia que se extienda no hará mención de la situación judicial que lo origina. También se otorgará residencia precaria en los términos indicados en el párrafo anterior a los familiares del extranjero cuya salida se impidiere por orden judicial, con el alcance previsto en el artículo 10 de la presente Reglamentación.

Del articulado precedente surge que para aquellos casos de personas migrantes implicadas en causas penales –en proceso– que pudieran deri-

jo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, enero de 2023, disponible en <https://www.ohchr.org/es/hr-bodies/upr/ar-index> En sentido concordante véase el informe sobre “Caracterización de la migración internacional en Argentina a partir de los registros administrativos del RENAPER”, elaborado por la Dirección Nacional de Población, en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2022/12/caracterizacion_de_la_migracion_internacional_en_argentina_a_partir_de_los_registros_administrativos_del_rena-per_dnp_con_autoridades_v2.pdf. No se distingue por subcategoría, aunque sí se realiza una lectura por rangos de edad.

2. Entrevista a un Defensor Público integrante de la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación, junio de 2023.

var en la aplicación de alguno de los impedimentos regulados en el art. 29 de la Ley 25.871, la autoridad migratoria suspenderá las actuaciones hasta tanto se resuelva la situación judicial. Si bien la norma prevé el otorgamiento de residencia precaria al grupo familiar (conforme lo previsto en el art. 10 de la Ley 25.871), lo que incluiría a los hijos o hijas menores de edad, dicha previsión constituye un piso mínimo. Efectivamente, el Estado debe garantizar la regularización migratoria ya que el art. 17 de la Ley 25.871 dispone esa obligación. Sin embargo, ¿se garantiza ese derecho ligando el trámite del niño o niña al de sus progenitores judicializados, y otorgándole una residencia precaria en los términos del art. 69 de la norma? No, pues ello implicaría discriminar y estigmatizar al niño o niña en razón de la situación penal de su madre o padre. Se estaría afectando su derecho de acceder a una residencia en condiciones de igualdad y sin discriminación, y con ello, su interés superior (art. 1 inc. f, Ley N°25.871 y arts. 3 y 28 Ley N°26.061). Nada impide que la DNM habilite a los hijos o las hijas de migrantes con causa penal en proceso a tramitar su residencia en los términos del art. 20 de la Ley 25.871, garantizando así el interés superior del niño. En efecto, esa solución armoniza con los estándares de la CDN, que sostiene que:

(...) los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares. (CDN, art. 2 inc. 2).

Ahora bien, ¿qué sucede en los casos de hijos o hijas menores de edad cuyo progenitor fue expulsado por haber sido condenado o por tener antecedentes penales (art. 29 inc. c de la Ley N°25.871)? ¿Y en aquellos casos en que la expulsión obedece a la falta de ingreso regular al país (art. 29 inc. i)? Como ya se mencionó, en esos casos la Dirección Nacional de Migraciones suspende las actuaciones, sujetando la resolución del caso del niño o niña a la resolución final del expediente migratorio del progenitor o progenitora. El niño o niña únicamente podrá contar con una residencia precaria, en instancia recursiva, asimilando su situación a la de sus progenitores. Esta respuesta por parte del Estado es contraria a los propios lineamientos que brinda la *Convención sobre los Derechos del Niño*, ya que, debido a la

situación penal-migratoria de sus progenitores, se restringe el derecho del niño o niña a acceder a una residencia de modo autónomo (por ejemplo, por ser nacional del MERCOSUR).

No se trata aquí de analizar la situación de unidad familiar que acertadamente pueda plantearse en un marco recursivo, sino de analizar qué sucede en el “mientras tanto”, que puede durar años según los tiempos del procedimiento administrativo y proceso judicial. Así, en lugar de contar con una residencia y DNI, conforme lo pautado en los arts. 20 y 23 de la Ley N°25.871, el hijo o la hija solo podrá acceder a una residencia precaria, y ello siempre que se interponga un recurso administrativo en legal tiempo y forma al ser notificada la suspensión de su solicitud de residencia. Esto no garantiza el mejor o más amplio derecho del niño o niña, sino que la respuesta estatal restringe su autonomía como sujeto de derecho. En el “mientras tanto” (que puede durar dos, tres, cinco o más años), ese niño o niña solo contará con una autorización “precaria” de residencia en el país, que habilitará la permanencia pero en carácter de residente precario y sin el goce pleno de derechos.

Otra cuestión refiere a lo que sucede en términos de garantías procesales durante la tramitación de los expedientes administrativos y judiciales, en los que niños, niñas y adolescentes intervienen de modo directo (como solicitantes) o indirecto (por la situación migratoria de sus progenitores, en línea al desarrollo anterior). En tal sentido, el art. 86 de la Ley 25.871 establece que:

(...) los extranjeros que se encuentren en territorio nacional y que carezcan de medios económicos, tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en aquellos procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, al retorno a su país de origen o a la expulsión del territorio argentino. Además tendrán derecho a la asistencia de intérprete/s si no comprenden o hablan el idioma oficial. Las reglamentaciones a la presente, que en su caso se dicten, deberán resguardar el ejercicio del Derecho Constitucional de defensa.

Además, la reglamentación señala que:

La DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES, ante el planteo que efectúe un extranjero, dará inmediata intervención al MINISTERIO PÚBLICO

DE LA DEFENSA, disponiendo la suspensión de cualquier trámite y de los plazos en curso en las actuaciones administrativas, hasta que el referido Ministerio tome intervención o el interesado reciba la asistencia jurídica necesaria para la salvaguarda de sus intereses.

Es decir que la garantía del derecho de defensa abarca el ingreso al país (como contracara del rechazo en frontera) así como la permanencia y la residencia migratoria (como contracara de la orden de expulsión del país). Las garantías del procedimiento en lo que refiere al ingreso al país obligan a una lectura conjunta con las leyes de asilo y de prevención de la trata de personas, que serán desarrolladas en los apartados siguientes.

El ejercicio y garantía del derecho de defensa en la sustanciación del expediente del niño, niña o adolescente debe analizarse desde la perspectiva de sus derechos como solicitante de una residencia migratoria, y en el marco de los procedimientos de expulsión de alguno de sus progenitores. En lo que respecta a esto último, es esencial la intervención del defensor o defensora de menores e incapaces (en los términos del art. 103 del Código Civil y Comercial de la Nación) para garantizar el derecho a ser oído (art. 27 de la Ley N°26.061) de los niños, las niñas y adolescentes, indirectamente alcanzados por las resoluciones de expulsión dictadas por la Dirección Nacional de Migraciones en relación a alguno de sus progenitores. La normativa migratoria permite este enfoque si se considera lo establecido en el art. 86 respecto a la intervención del Ministerio Público de la Defensa. Sin embargo, las restricciones jurisprudenciales se han enfocado en la garantía de este derecho a partir de la intervención del Defensor Público Oficial que representa al progenitor expulsado³. Así, se ha señalado que:

3. Véase Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación N°17, "Personas en Contexto de Movilidad Humana", diciembre 2022, artículo de Florencia G. Plazas "El derecho a la vida familiar de las hijas e hijos de personas migrantes y el rol del Ministerio Público de la Defensa". Casos: CAF, Sala IV, "Chávez Ruiz c/ EN-M Interior OP Y V-DNM s/Recurso directo- DNM", resoluciones del 1/12/16 y del 27/6/17; CAF, Sala I, "Lara Chiquillan c/ EN-M Interior OP Y V-DNM s/Recurso directo- DNM", del 23/8/18; CAF; Sala II, "Bogado Brizuela c/ EN-M Interior OP Y V-DNM s/Recurso directo- DNM", del 29/12/2020; CAF, Sala II, "Vallejos Orellana c/ E.N-M Interior – DNM – Resol. 256/12 – Expte. 219333/09 y otro s/ Recurso directo DNM", del 2/11/2017; CAF, Sala III, "Chaure Hipolito c/ EN-M INTERIOR OP Y V-DNM s/ Recurso Directo DNM", del 16/12/20.

(...) en reiteradas oportunidades se ha puesto de resalto que la circunstancia que el migrante tuviese hijos menores (...) no basta para concluir que resultara obligatoria la intervención del Defensor Público de Menores e Incapaces en los términos del artículo 103 del Código Civil y Comercial de la Nación, toda vez que éstos no revisten per se la condición de parte del proceso. (CAF, Sala III, "Chaure Hipólito c/ EN-M INTERIOR OP Y V-DNM s/ Recurso Directo DNM", del 16/12/20).

En rigor, lo que se observa es que solo se pondera la legitimación o no del defensor de menores, omitiéndose considerar el derecho del niño a que su opinión sea tomada en cuenta, garantizando su participación activa a través de un letrado especializado en niñez durante la sustanciación del proceso judicial de su progenitor. No obstante, algunas Salas de la Cámara Contencioso Administrativo Federal han habilitado su intervención como parte en el proceso, promoviendo el interés superior de la niña o el niño a la vida familiar, afectado por la expulsión de su progenitor o progenitora⁴. Por su parte, en el precedente "C. G., A. c/ EN – DNM s/ recurso directo DNM" (fallos 345: 905) la Corte Suprema de Justicia de la Nación le dio vista al Defensor General de la Nación, con carácter previo a la decisión, y resolvió a favor del derecho a la vida familiar en el caso de una mujer boliviana con orden de expulsión por antecedentes penales. En este caso, la Corte expresó el interés de protección que pesa sobre los grupos especialmente vulnerables, como lo son los niños, las niñas y adolescentes, para fallar aun habiendo devenido abstracta la cuestión (por haber revocado la DNM la orden de expulsión que motivó el recurso). Resulta particularmente interesante este precedente porque tuvo abultada intervención de organismos que hicieron foco en la protección de los derechos de la niñez, y esa participación fue esencial para promover una decisión de fondo en un caso que pudo haberse resuelto con un rechazo por haber devenido abstracto. Esto confirma que, en expedientes donde se sustancia la situación migratoria de las personas adultas responsables de una niña o un niño, la intervención de un letrado especializado en niñez promueve sus derechos en el proceso y orienta la decisión del Tribunal en aras de su interés superior.

4. CAF, Sala I, "Navarro Godoy, Basilio c//EN-M Interior OP y V-DNM s/Recurso directo- DNM" del 8/9/2020 y CSJN, "Navarro Godoy c/ EN – M Interior OP y V - DNM s/ recurso directo DNM" del 27/9/22.

Otra dimensión de interés concierne a los expedientes donde se sustancian solicitudes de residencia de niñas, niños y adolescentes que pudieran dar lugar a una expulsión, por ejemplo, por carecer de la documentación requerida (partida de nacimiento apostillada, documento de país de origen vigente, entre otras). Diversas organizaciones públicas y organismos de la sociedad civil (entre ellos la Comisión Argentina para Personas Refugiadas y Migrantes-CAREF) han recibido numerosas consultas por rechazos en las solicitudes de radicación de niñas y niños que carecen de alguna documentación requerida por la autoridad migratoria, tal como partida de nacimiento apostillada, guarda legal o pasaporte vigente. Se trata de ver cuáles son sus derechos como solicitantes de una residencia migratoria, en el marco de expedientes donde se rechaza el pedido pero no se ordena la expulsión, sino que se declara irregular la permanencia del niño o niña y se le intima a regularizar su situación, conforme y bajo el apercibimiento del art. 61 de la Ley 25.871.

Estos casos quedan en un limbo jurídico en cuanto a garantías y derechos de la niña o niño sobre quien pesa el rechazo. Si bien puede haber organismos de protección de derechos que intervengan de modo espontáneo cuando una persona se acerca a consultar (como puede suceder con las defensorías del pueblo), la técnica legislativa del artículo 86 y su reglamentación hacen que la intervención del Ministerio Público de la Defensa solo se garantice en los casos de expulsión o conminación a hacer abandono del país, pero no cuando lo único que hay es un rechazo del trámite.

Por su parte, la Ley Migratoria no garantiza los derechos particularizados de niñas, niños y adolescentes, conforme el paradigma de autonomía progresiva, sino que siempre los ata a la suerte de sus progenitores (representantes en el expediente). En consecuencia, sería conveniente que la Dirección Nacional de Migraciones informe, en los expedientes en donde se sustancia la solicitud de residencia de una niña, un niño o adolescente, que pueden contar con el asesoramiento e intervención de la Defensoría de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en los términos de los incisos j, g y c del art. 55 de la Ley N°26.061.

Por último, merecen especial atención aquellas situaciones de niños, niñas y adolescentes que carecen del ingreso registrado al país, para ver

cómo se sustancian los trámites de radicación ante la autoridad migratoria. La Ley N°25.871 establece que es un impedimento del ingreso y permanencia haber ingresado eludiendo el control migratorio, o por lugar u horario inhabilitado (art. 29 inc. i). En el mismo sentido se expide el Decreto N°616/10 (que exige presentar el documento que acredite el legal ingreso al país, art. 9 del anexo II), y los instructivos de trámite Mercosur (Disposición N°1637/2022) y No Mercosur (Disposición N°1105/2011).

A partir de la información relevada, el expediente de radicación puede ser iniciado por la Dirección de Control de Permanencia o por la Dirección de Radicaciones (art. 61 y 20 de la Ley 25.871 y Disposición 6746 E/2016), ambas de la Dirección Nacional de Migraciones. Ello sin importar si se trata de niñas, niños o personas adultas sin ingreso registrado. Sin embargo, en relación a los niños, las niñas y adolescentes debe considerarse su interés superior en los términos del art. 3 de la Ley 26.061, lo que implica que frente a dos opciones posibles debe primar la que más amplía su derecho. Esto se traduce en el inicio de la residencia conforme el art. 20 de la Ley 25.871 y no en el marco de un expediente de control de permanencia (art. 61), aun cuando careciera del ingreso al país. La diferencia entre ambos procedimientos radica en la solución normativa: al control de permanencia corresponde la intimación a regularizar, mientras que a la solicitud de radicación corresponde la residencia.

En esta tesitura, el inicio de las solicitudes permite identificar al niño o niña que se trate promoviendo el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas en aras de la identificación de posibles necesidades de protección internacional (párr. 37 y 82 OC 21/2014 CIDH). Este análisis es extensible a las solicitudes de niñas, niños o adolescentes que carecen de documentación suficiente para probar la filiación. En este sentido, no instituir estos procedimientos de identificación constituiría una falta de debida diligencia (párr. 82 citado). Luego, el resultado que depare la solicitud deberá considerar a su vez si se trata de un niño o una niña sin ingreso, menor de 10 años, ya que para estos casos el Código Civil y Comercial de la Nación brinda una pauta de tratamiento que podría aplicarse al procedimiento migratorio. Así, el art. 261 establece que “es involuntario por falta de discernimiento (...) el acto ilícito de la persona menor de edad

que no ha cumplido diez años”. En ese sentido, a partir de dicha norma, la Dirección Nacional de Migraciones ha señalado que “de ello se deriva que en materia de antijuridicidad del acto de ingreso advertido, el extranjero no se encontraría incluido en el supuesto previsto en el art. 29 inc. i) de la ley 25.871” (dictamen SDX 407789 del 19 de julio de 2019, en el exp. 184534/2017). Esto significa que si bien el acto de ingreso advertido es antijurídico (por no haber sido debidamente registrado), el impedimento legal del artículo 29 no se aplica, atendiendo a la edad del niño o niña. En consecuencia, en este supuesto, el otorgamiento de la residencia podría sustentarse la pauta de interpretación que ofrece el Código Civil y Comercial, leída de modo armónico con la CDN (art 2) y Ley 26061 (art 28).

Por su parte, si el niño o la niña es mayor de 10 años, podrá instrumentarse el procedimiento de excepción regulado en el art. 29 *in fine* de la Ley 25.871, a fin de dispensar la falta de ingreso al país por razones humanitarias o de reunificación familiar. En cualquiera de estos escenarios, la posibilidad de contar con la intervención de un organismo de protección de la niñez permitiría promover sus garantías en el marco del procedimiento (su derecho a ser oído, a ofrecer y producir prueba y a una decisión fundada, art. 1 inc. f) Ley N°19.549). Sin embargo, los procedimientos migratorios actuales no contemplan esta posibilidad ya que se trata de procedimientos adultocéntricos sin perspectiva de niñez.

II.

Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado (N°26.165)

Su relación con la Ley de Migraciones en la no sanción por ingreso irregular

Según lo que establecen la Ley de Migraciones y su reglamento, el ingreso de las personas migrantes al país debe efectuarse por los lugares habilitados por la Dirección Nacional de Migraciones, pudiendo autorizarse la entrada de aquellas personas que no cumplan con los requisitos legales cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por la Argentina (art. 34).

El ingreso por paso u horario no habilitado es una infracción administrativa en los términos del art. 29 inc. i) de la Ley 25.871. No obstante, la norma plantea una distinción si se trata de una persona que pueda requerir protección internacional. En tal sentido, el art. 35 de la reglamentación señala que ante la posibilidad de rechazar en frontera a una persona a la que se sorprende en flagrante ingreso irregular “deberán observarse las obligaciones que en materia de refugiados establecen los artículos 39 y 40 de la Ley N°26.165”. En sentido concordante, durante la sustanciación del procedimiento de radicación ante la Dirección Nacional de Migraciones, aquellas personas que carecen de ingreso al país podrían ser admitidas de modo excepcional por razones humanitarias. Entre ellas, se encuentran, en especial, los siguientes casos:

- personas necesitadas de protección internacional que, no siendo refugiadas o asiladas, se encuentran amparadas por el principio de no devolución [los y las solicitantes de refugio];
- 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;
- apátridas y refugiados que hubieran residido en el país por más de tres años y su condición hubiere cesado (lectura conjunta de arts. 29 y 23 de la ley y su reglamentación).

Se deriva de ello que las personas solicitantes de asilo, ya sean niñas, niños o personas adultas, cuentan con un marco normativo de protección especial frente al ingreso irregular, que garantiza que no puedan ser rechazadas en frontera ni ser devueltas una vez que ingresaron al país (instancias de ingreso y permanencia, respectivamente). En efecto, los arts. 2 y 40 de la Ley N°26.165 (derivados del art.31.1 de la *Convención de Ginebra* de 1951) clarifican aún más lo expuesto:

(...) La protección de los refugiados en la República Argentina se realizará con arreglo a los principios de no devolución, incluyendo la prohibición de rechazo en frontera, no discriminación, no sanción por ingreso ilegal. (Art. 2).

(...) 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. (Art. 40).

Este marco de protección es más relevante aún en los casos de niños y niñas no acompañados, y se incorporan las directrices sobre su protección y cuidado. A tal fin, el *Protocolo para la protección, asistencia y búsqueda de soluciones duraderas para los niños no acompañados o separados de sus familias en busca de asilo* (2011), establece un mecanismo coordinado de intervención entre los distintos actores involucrados que lo han suscrito (Comisión Nacional para los Refugiados, Dirección Nacional de Migraciones, Ministerio Público de la Defensa, ACNUR, OIM y UNICEF), para dar respuesta y satisfacer las necesidades de protección y cuidado de niñas y niños no acompañadas/os o separadas/os de sus familias que buscan protección internacional en el país, desde el momento de su ingreso⁵.

Cabe señalar que cuando se presenta una solicitud de asilo por parte de un niño o una niña no acompañado "se le da intervención al organismo de protección de la niñez y a la defensoría de menores antes de designar un tutor o tutora"⁶. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Comisión Nacional

5. Véase: https://www.mpd.gov.ar/users/uploads/1324050664BOLETIN%2046_11.pdf.

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

para los Refugiados (CONARE) da intervención al Consejo de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y a la defensoría de menores. Sin embargo, cuando se trata de una situación de niños o niñas no acompañados que se suscita en una provincia, la CONARE da intervención a la Defensoría Federal de la jurisdicción que se trate y al órgano de protección local. En estos casos, el fuero federal señala que solo puede intervenir en el procedimiento de asilo, pero no en la instancia civil (medidas de protección), cuestión que compete al fuero civil local. Puesto que las competencias no siempre quedan claras, ante la duda, la CONARE da intervención a todos⁷.

Las cuestiones de competencia en relación a niñas y niños no acompañados han generado la intervención de la Justicia, demorando la efectiva gestión sobre el fondo de los casos. En tal sentido, en el precedente “C. W. - S. M. - S. S. s/ Protección de menores” (sentencia de CSJN de fecha 14 de marzo de 2000) se suscitó un conflicto negativo de competencia entre el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil de Personas y Familia de la Cuarta Nominación de la Provincia de Salta y el Juzgado Federal de Salta, en razón de la acción de protección de menores iniciada por la Defensora de Menores N°5 de Salta. Esta causa se inició a raíz de la presencia de niñas y niños de supuesta nacionalidad rumana que tocaban instrumentos musicales y recolectaban dinero a altas horas de la noche. En ese marco, el Juzgado Civil ya había requerido a la Dirección Nacional de Migraciones (Delegación Salta) que informara si tenía antecedentes de los niños y las niñas, frente a lo cual había respondido que efectivamente eran rumanos y habían solicitado asilo en el país, el que estaba pendiente de respuesta por parte del entonces Comité de Elegibilidad para Refugiados (CEPARE). Consecuentemente, puesto que las niñas y los niños involucrados eran migrantes, el Juzgado Civil entendió que la cuestión era de índole federal y remitió las actuaciones al Juzgado Federal, quien a su vez se declaró incompetente elevando la causa a la Corte Suprema

Asistencia técnica para la implementación a nivel nacional del Modelo de Defensa Regional de personas en contexto de movilidad (Argentina), 13 de diciembre de 2021.

7. Entrevista del 2 de junio de 2023 a integrante de la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio del Ministerio Público de la Defensa.

de Justicia de la Nación, a fin de que dirima el conflicto negativo de competencia. La Corte Suprema adhirió al dictamen del Procurador General de la Nación, quien entendió que debía seguir interviniendo el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil que ya había entendido en el caso. Ello así, en tanto a su juicio no estaba acreditada la nacionalidad de los niños y las niñas, ni surgía documentación personal ni su domicilio, por lo que no correspondía la intervención federal en razón de la persona. Agregó que tampoco correspondía la competencia federal en razón de la materia porque no se encontraba comprometida la interpretación y aplicación de los tratados con naciones extranjeras⁸.

Por otra parte, en el caso "S., G. s/ Protección y guarda de personas", el CEPARE realizó una denuncia ante la Defensoría de Menores N°6, a fin de solicitar la protección sobre una persona presuntamente nacida en la India y que sería menor de edad, con domicilio en Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires. El niño habría ingresado al país en el año 2007 y concurrido a pedir refugio. El Defensor Oficial petitionó ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N°76, en razón del domicilio de la entidad denunciante, el cual se declaró incompetente por considerar que la cuestión debía tramitar ante el juez del domicilio de la persona menor de edad. Sin embargo, el Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia N°1 de Lomas de Zamora también se declaró incompetente, pero por entender que la competencia correspondía al fuero federal en razón del carácter de migrante que revestía el niño. A su turno, éste último fuero hizo lo propio, pero en razón del carácter excepcional de la competencia federal.

La Procuradora Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (dictamen del 24/06/2009) entendió que:

(...) no procede la intervención de la justicia federal en razón de la persona, si no se ha acreditado debidamente la calidad de extranjero del denunciado (Fallos: 311:2178; 316:2137; 318: 8 entre muchos). Tampoco corresponde, a mi criterio, el fuero federal en razón de la materia, por no encontrarse, por ahora, directamente comprometida la interpretación y

8. Véase, *Selección de dictámenes de la Procuración General de la Nación en materia de derechos de las personas refugiadas*, Fiscalía General de Política Criminal, Derechos Humanos y Servicios Comunitarios, Dirección General de Derechos Humanos, 2023, pp. 11/12.

aplicación de tratados con naciones extranjeras (art. 116 Constitución Nacional). Además, pues no consta en los obrados que el supuesto extranjero refugiado denunciado hubiere violado normas emergentes de la Ley de Migraciones que le fueren aplicable.

En consecuencia, dictaminó que:

(...) teniendo en consideración el domicilio del menor, soy de opinión que corresponde al juez de la jurisdicción territorial donde se encuentra residiendo efectivamente el incapaz conocer en las actuaciones sobre protección de personas –conf. Art. 235 CPCCN y art. 90, inc. 6) del Código Civil– ya que la eficiencia de la actividad tutelar torna aconsejable una mayor intermediación del juez de la causa con la situación de estos, pues, hasta el momento no se dan a mi juicio, los requisitos que habilitarían la intervención del fuero federal⁹.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación aún no se ha pronunciado y ya han transcurrido más de 10 años desde que se elevó a dicha instancia.

Estos casos evidencian la necesidad de arbitrar mecanismos conducentes a clarificar las cuestiones de competencia, de modo que éstas no generen una demora en la intervención sobre la situación de fondo que se sustancia ante la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE), esto es, la solicitud de asilo y los derechos fundamentales de los niños, las niñas y adolescentes peticionantes de la condición de refugiado.

Retomando lo señalado en torno a la vigencia del *Protocolo para la protección, asistencia y búsqueda de soluciones duraderas para niños no acompañados o separados de sus familias en busca de asilo*, diversas fuentes indicaron que se ha utilizado poco. En enero de 2023 tuvo lugar un caso paradigmático, que involucró a un adolescente de nacionalidad india, no acompañado, de 16 años. Debido a tensiones entre las competencias y a diferencias procedimentales entre la Dirección Nacional de Migraciones y la CONARE, el adolescente permaneció durante 20 días en el Aeropuerto Internacional Ministro Pistarini, ubicado en Ezeiza, Provincia de Buenos Aires, ya que no se habilitaba su ingreso al país como peticionante de la condición de refugiado. Finalmente, funcionarios de la CONARE concurrieron personalmente al aeropuerto para darle inicio al trámite de refugio, con lo

9. *Ibidem*, pp.12/13.

cual se tuvo por cumplido el protocolo, de modo que el ingreso al país ya era competencia de la Dirección Nacional de Migraciones y no de la CONARE.¹⁰

Estas situaciones deberían articularse de modo que se garantice el ingreso y el inicio de la solicitud de modo expedito en los términos del protocolo. Cabe recordar que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados recomendó adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la aplicación plena y efectiva de las disposiciones y salvaguardas previstas en la ley de refugiados en todos los puntos de entrada fronterizos sin discriminación; y velar por que se impartiese formación sobre derecho de los refugiados, derecho internacional de los derechos humanos y principio de no devolución a los funcionarios de migraciones y de control de fronteras¹¹.

Acceso a derechos sociales con residencia precaria de peticionantes de asilo: la Asignación Universal por Hijo

Corresponde también analizar el acceso a derechos sociales y a la seguridad social de esta población, en particular a la Asignación Universal por Hijo. Para ello, realizaremos una lectura conjunta del art. 6 de la Ley N°25.871 y de los arts. 2, 25, 42 y 52 de la Ley 26.165.

La Ley Migratoria plantea el acceso igualitario a derechos de las personas migrantes, en particular lo referido a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social (art. 6). En sentido concordante, pero ya en relación a solicitantes de refugio y refugiados, el art. 2 de la Ley N°26.165 establece el principio de no discriminación y trato más favorable.

Cabe señalar que el artículo 25 de la Ley 26.165 establece las siguientes funciones (vinculadas al acceso a derechos sociales) para la Comisión Nacional para los Refugiados:

10. Entrevista a integrante de la Comisión del Refugiado del Ministerio Público de la Defensa, junio de 2023.

11. *UNHCR submission for the universal periodic review of Argentina*, pp. 4-5. Cit. en informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en el marco del EPU, 23 de enero a 3 de febrero de 2023.

a) Proteger los derechos de los refugiados y solicitantes de asilo que se hallen bajo la jurisdicción de la República Argentina en toda circunstancia, para lo cual está facultada para ejecutar todas las acciones necesarias para velar por el goce efectivo de los derechos de los refugiados y de sus familiares.

d) Convocar a autoridades nacionales, provinciales y municipales a fin de proponer la coordinación de acciones conducentes al cumplimiento de los objetivos de esta ley y en particular, en lo que concierne a: (...) 2.- La asistencia de los refugiados y sus familiares, 3.- Su inserción en la vida social y económica del país.

e) Elaborar planes de acción conjunta con el fin indicado en el punto anterior.

Por su parte, el art. 42 de la Ley 26.165 regula el procedimiento ante la CONARE, señalando que el Secretario Ejecutivo:

(...) notificará a los organismos correspondientes a fin de que se provea al solicitante y su familia la asistencia humanitaria básica que requieran en virtud de su situación económica, en particular en lo que se refiere al alojamiento y el acceso a ayuda alimenticia, salud y educación.

De lo anterior deriva un rol activo de la CONARE para el acceso a derechos sociales de las personas solicitantes de refugio y refugiadas, a diferencia de lo que sucede en materia migratoria y las competencias asignadas a la Dirección Nacional de Migraciones.

Por último, el art. 52 de la Ley N°26.165 establece que:

(...) la autoridad receptora otorgará al solicitante y al grupo familiar que lo acompañe un documento provisorio que le permita permanecer legalmente en el territorio nacional y desempeñar tareas remuneradas y acceder a los servicios y beneficios básicos sociales, de salud y educación. Este documento será renovable hasta que recaiga resolución firme sobre la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado.

Si bien los servicios básicos también están garantizados en las distintas leyes locales (por ejemplo, en la Ciudad de Buenos Aires las leyes de salud N°153 y N°204 de educación), la normativa que regula el acceso a la seguridad social, en particular a la Asignación Universal por Hijo, impone el cumplimiento de recaudos que merecen estudiarse por su impacto

sobre la población peticionante de refugio. El art. 14 *ter* de la Ley 24.714 dispone que, para el acceso a la AUH, tanto el niño o la niña como la o el titular que percibirá la asignación deben acreditar “DOS (2) años de residencia legal en el país” y “acreditar la identidad (...) mediante Documento Nacional de Identidad”. En consecuencia, la norma sólo contempla el DNI para el acceso a la prestación. La ley no realiza ninguna consideración en torno al carácter de peticionante de asilo, aun cuando los procedimientos de determinación de la condición de refugiado pueden demandar años en su resolución. Es decir, una persona peticionante de asilo que solo cuenta con residencia provisoria no podría acceder a la AUH incluso cuando tuviera esa residencia por más de dos años (cumpliendo así con el recaudo de residencia legal).

Cabe preguntarse si ello es acorde al principio de trato más favorable, que en este caso significa que las personas refugiadas o solicitantes de asilo deben recibir el mismo trato que las personas migrantes en las mismas circunstancias (art. 3 de la Ley 26.165). En esta línea de razonamiento, las personas migrantes con residencia precaria tampoco podrían acceder a la AUH, aun cuando tuvieran dos años de residencia regular (mismo trato). Sin embargo, los procesos de regularización migratoria no conllevan el tiempo de resolución que demandan los de refugio, salvo aquellos judicializados por antecedentes penales (que no constituyen el procedimiento ordinario). En relación a esto último, hay jurisprudencia negativa en el fuero de la seguridad social, que ya ha rechazado planteos en torno al cuestionamiento del recaudo del DNI, pero sobre situaciones de personas con antecedentes penales, no con peticionantes de asilo¹².

Entonces, la “igualdad de circunstancias” debe contemplar lo fáctico (tener o no residencia precaria o DNI) y lo procedimental para el efectivo acceso al DNI. De este modo, el *quid* de la cuestión a considerar es el tiempo de la resolución, para habilitar el goce del derecho a la seguridad social aun a quienes tienen residencia precaria. En consecuencia, el foco debería estar puesto en el tiempo de duración de los procedimientos

12. Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social, Sala 3, Exp. 3452/2022, “*Choque Quispe, Marcelina Martha c/ ANSES s/Amparos y sumarísimos*”, 06/10/2022. La causa se encuentra elevada para su resolución ante la CSJN.

ante la CONARE, de modo que se habilite un mecanismo que considere la posibilidad de gozar de este derecho a quienes poseen certificado de residencia precaria, con dos años de residencia regular.

Recordemos que, en relación a la integración local de los refugiados y solicitantes de asilo, el Comité DESC ya ha recomendado al Estado:

(...) eliminar las barreras legales y administrativas que impiden el acceso a las políticas sociales de los migrantes y facilitar su regularización, en particular flexibilizando el requisito de residencia legal para acceder a la Asignación Universal por Hijo¹³.

Esta flexibilidad, en los términos desarrollados en los párrafos anteriores, puede estar dada en cuanto al recaudo relativo a la forma de acreditar identidad, incorporando así a la residencia precaria.

13. Observaciones Finales sobre el cuarto informe periódico de la Argentina, aprobadas por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su 64º período de sesiones (24 de septiembre a 12 de octubre de 2018), punto 27.

III.

Ley de Educación Nacional (N°26.206)

El derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes sin residencia

El derecho a la educación se encuentra garantizado en nuestra Constitución Nacional (arts. 5, 14 y 75 inc. 19) y en los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional: la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (arts. 18 y 26); la *Convención sobre los Derechos del Niño* (arts. 28 y 29); el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (art. 18) y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales* (arts. 13 y 14). La Ley N°26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes establece en su art. 15 su derecho a la educación señalando que:

(...)tienen derecho al acceso y permanencia en un establecimiento educativo cercano a su residencia. En el caso de carecer de documentación que acredite su identidad, se los deberá inscribir provisoriamente, debiendo los Organismos del Estado arbitrar los medios destinados a la entrega urgente de este documento. Por ninguna causa se podrá restringir el acceso a la educación debiendo entregar la certificación o diploma correspondiente.

La Ley de Educación Nacional N°26.206 señala que:

(e) el Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen la responsabilidad principal e indelegable de proveer una educación integral, permanente y de calidad para todos/as los/as habitantes de la Nación, garantizando la igualdad, gratuidad y equidad en el ejercicio de este derecho, con la participación de las organizaciones sociales y las familias (art. 4).

Así, promueve en el ámbito educativo el respeto a los derechos de los/as niños/as y adolescentes establecidos en la Ley N°26.061. A tal fin, establece en su art. 143 que:

El Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberán garantizar a las personas migrantes sin Documento Nacional de Identidad (DNI), el acceso y las condiciones para la permanencia y el egreso de todos los niveles del sistema educativo, mediante la presentación de documentos emanados de su país de origen, conforme a lo establecido por el artículo 7º de la Ley N°25.871.

En esta tesitura, el art. 7 de la Ley de Migraciones dispone que:

En ningún caso la irregularidad migratoria de un extranjero impedirá su admisión como alumno en un establecimiento educativo, ya sea este público o privado; nacional, provincial o municipal; primario, secundario, terciario o universitario. Las autoridades de los establecimientos educativos deberán brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria.

Nótese que la Ley de Educación Nacional armoniza los términos de la Ley de Migraciones (sancionada en 2004) y de la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (sancionada en 2005). De las normas bajo análisis, se destaca la técnica legislativa de la Ley de Educación, que integra y armoniza mayor cantidad de leyes en su articulado.

En lo que respecta a la emisión de títulos y certificaciones, es importante tener presente que su expedición corresponde a cada jurisdicción, según lo regulado en el art. 121 de la Ley 26.206. No obstante, las normas generales sobre revalidación, equivalencia y reconocimiento de títulos expedidos y estudios realizados en el extranjero son dictadas por el Ministerio de Educación de la Nación (art. 115 inc. h). La Dirección de Validez Nacional de Títulos y Estudios garantiza la validez nacional del título que recibe el alumno en la jurisdicción donde hubiere estudiado (véase Decisión Administrativa 1449/20). Así, su meta principal, en lo que hace al tema de niñez objeto del presente, es otorgar validez nacional a los títulos y certificaciones emitidos en la educación inicial, primaria y secundaria.

Primero se analizará la reglamentación escolar que rige en la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para considerar la documentación requerida para la emisión de títulos. Luego, si, en el caso de las personas migrantes, para tramitar la validez nacional (atribución de la máxima autoridad educativa de la jurisdicción a la cual pertenece la insti-

tución educativa) es un requisito la presentación del DNI para extranjeros, o basta con la documentación de país de origen.

La Resolución del GCBA 4776/2006 y sus modificatorias disponen en su art. 59 que:

La Dirección o Rectorado del establecimiento que se trate entregará a cada alumno/alumna que haya terminado el último año del nivel respectivo un certificado que será registrado en el Ministerio de Educación del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, como así también un diploma, un ejemplar de la Constitución Nacional y de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Se observa que no se establece un recaudo en particular para dicha emisión, pero el artículo necesariamente se complementa con sus correlativos en materia de inscripción del alumno y conformación del legajo. Al respecto, se indica en el art. 24 que:

Se inscribirá provisoriamente a los alumnos/as menores de dieciocho (18) años que, por sí o por sus representantes legales lo soliciten, aun cuando no cuenten con el documento de identidad correspondiente. (cfr. Ley N°203, reglamentada por Decreto No 62- GCBA-2002).

Esta norma señala que:

(...) los establecimientos educativos dependientes del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires inscribirán a los alumnos/as menores sobre la base de cualquier documentación que acredite identidad, nacional o extranjera, donde consten nombre, apellido y fecha de nacimiento. A los efectos de la presente reglamentación, se acreditará identidad por medio del Documento Nacional de Identidad (D.N.I.) argentino, los documentos de identidad de los países limítrofes, el pasaporte extranjero o la partida de nacimiento argentina o extranjera. Si el alumno/a no presentare documentación alguna, o la que presentare no contuviera los datos mínimos antes mencionados, se estará a lo que declaren bajo juramento los padres, tutores o responsables legales del alumno/a. Las copias certificadas de la documentación presentada o, en su caso, la declaración jurada original, deberán ser agregadas al legajo del alumno/a, y serán suficientes mientras no se presente otra documentación que acredite de modo más fehaciente la identidad. (Decreto 62/02 reglamentario de la Ley N°203).

En la práctica local, los formularios de preinscripción en línea garantizan la normativa en tanto permiten avanzar con el proceso de inscripción, al poder elegir de la lista desplegable una de las siguientes opciones: DNI / partida de nacimiento / credencial de residencia precaria / pasaporte extranjero / cédula extranjera / otro documento extranjero / documento en trámite / sin documento¹⁴.

En relación a la inscripción para rendir exámenes libres en nivel primario, se dispone un recaudo mayor al simple pasaporte cuando se trata de personas migrantes: "comprobante de diligenciamiento del documento nacional argentino" (art. 54 apartado 1.3).

Finalmente, sobre el legajo de los alumnos/as, establece que para su conformación, "tratándose de extranjeros no radicados en el país menores de 18 años se aplicarán las disposiciones de la Ley 203" (art. 155 apart. 3.1).

En conclusión, la única limitación se observa en la inscripción a exámenes libres, donde se requeriría comprobar que se está tramitando el DNI, lo cual significa acompañar la residencia precaria. Sin embargo, no parece excluyente para acceder a la inscripción.

Resulta interesante considerar en carácter de buena práctica la Resolución Ministerial 1007/2012, que contempla de modo particularizado la situación de las personas peticionantes de asilo o refugiadas. Para estudiantes extranjeros que han obtenido o solicitado el estatuto de refugiado y para estudiantes que han arribado a Argentina debido a desastres naturales ocurridos en el país de origen, dicha norma establece un tratamiento preferencial en los trámites administrativos de ingreso y egreso de los establecimientos educativos del país. El procedimiento se aplica cuando el estudiante no pueda acreditar debidamente los estudios realizados en el extranjero, en el marco de la educación obligatoria (primaria y secundaria). A tal fin, deberá presentar ante la Dirección de Validez Nacional de Títulos y Estudios una nota indicando la instancia educativa alcanzada y solicitando la conformación de la mesa evaluadora. Deberá agregar documento vigente que acredite identidad y documentación que acredite su pedido o estatus de refugio.

14. Información extraída de simulación de inscripción en el sitio web oficial <https://inscripciones.buenosaires.gob.ar>.

Una vez evaluado,

si el interesado acredita estudios incompletos de la Educación Obligatoria, la Dirección de Validez Nacional de Títulos y Estudios enviará una nota a la autoridad educativa de la jurisdicción en donde el alumno desee proseguir sus estudios, recomendando la escolarización en el año que corresponda según lo dictaminado por la mesa examinadora.

Por su parte, “si el interesado acredita estudios secundarios completos, la Dirección de Validez Nacional de Títulos y Estudios otorgará la Convalidación o Reconocimiento correspondiente de acuerdo con el país de origen” (Anexo, art. 8 y 9).

A nivel regional, en lo que respecta al reconocimiento de estudios (completos o incompletos) de nivel primario y medio no técnico, realizados en cualquiera de los países miembros y asociados del MERCOSUR, se aprobó el *Protocolo de integración educativa y reconocimiento de certificados, títulos y estudios de nivel primario y medio no técnico* (Ley 25.905/2004). El *Protocolo* fue suscrito por los gobiernos de la República Argentina, de la República Federativa del Brasil, de la República del Paraguay y de la República Oriental del Uruguay, Estados Partes del MERCOSUR, de la República de Bolivia y de la República de Chile, Estados Asociados del MERCOSUR, para la integración educativa y la continuidad de los estudios.

La educación como criterio para la residencia

A continuación, se abordará situación de quienes son estudiantes y quieren acceder a su residencia en tal carácter. La Ley de Migraciones establece que se consideran residentes temporarios por estudio a:

quienes ingresen al país para cursar estudios secundarios, terciarios, universitarios o especializados reconocidos, como alumnos regulares en establecimientos educativos públicos o privados reconocidos oficialmente, con autorización para permanecer en el país por dos (2) años, prorrogables, con entradas y salidas múltiples. El interesado deberá demostrar la inscripción en la institución educativa en la que cursará sus estudios y, para las sucesivas renovaciones, certificación de su condición de estudiante regular. (Art. 23 inc. j).

La normativa autoriza el criterio de radicación como estudiante solo a partir del nivel secundario, pero no cuando sean estudiantes de nivel inicial o primario que desean aplicar a una residencia en base a su escolarización. Si bien la Ley N°26.206 no restringe el acceso al derecho en función de la situación migratoria, la regularización de esa situación habilita el goce pleno de otros derechos. En consecuencia, la limitación que en este aspecto establece la propia Ley de Migraciones es un desafío a considerar para la promoción de acciones tendientes a regularizar la situación migratoria de los niños y las niñas que no pertenecen al MERCOSUR e ingresan al sistema educativo en los niveles inicial y primario.

Es dable considerar a su vez, la reglamentación de la normativa en cuanto al acceso a la residencia por estudio. La Disposición N°2802/2023 aprueba el reglamento de residencia para estudiantes internacionales y actividades vinculadas al conocimiento, en cuyo marco se exige la inscripción de la institución educativa como requirente en el Registro Nacional Único de Requirentes de Extranjeros. La Disposición N°3043/2020 (que modificó la N°56647/2005) regula cómo se debe realizar la inscripción de la institución educativa a los fines de obtener la residencia. Establece que estará obligada a inscribirse en el Registro Nacional Único de Requirentes de Extranjeros (ReNURE) toda persona humana o jurídica que solicite la admisión o residencia de una persona extranjera, entre otros, por estudio (arts. 1 y 2). Para completar la inscripción, si se trata de educación formal debe acompañarse de:

- a) Constancia de su reconocimiento oficial y última designación de autoridades emitida por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN o autoridad competente.
- b) Nota de solicitud suscripta ante escribano público por autoridad debidamente facultada de la entidad requirente, donde conste:
 - Domicilio legal de la entidad.
 - Domicilio constituido en el territorio nacional.
 - Domicilio electrónico constituido en los términos de la Disposición DNM N°138/19.
 - Domicilio donde cursarán estudios las personas extranjeras por las que solicita.
 - Datos de contacto (teléfono/correo electrónico).
 - Prestar conformidad respecto de las obligaciones y sanciones establecidas en la presente Disposición. (Art. 6).

Para las instituciones de educación no formal se exigen los mismos requisitos que para la inscripción de personas físicas y jurídicas (nota de solicitud firmada ante escribano público o funcionario de la DNM) y la constancia de habilitación municipal del establecimiento educativo (arts. 3 y 4).

Por último, se indica que:

Recibida la totalidad de la documentación, verificada la misma y cumplimentados los extremos legales requeridos, la DIRECCIÓN GENERAL DE INMIGRACIÓN de la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES procederá a inscribir al solicitante como "requirente", asignándole un número de inscripción en el Registro aludido. La inscripción se efectuará por única vez, siendo obligación del requirente mantener actualizada la información proporcionada a la DNM.

Las distintas áreas de la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES y las autoridades consulares de la REPÚBLICA ARGENTINA en el exterior no podrán dar curso a solicitudes de ingreso o residencia fundadas en los criterios mencionados en el artículo 23, incisos a), e), f), i) y j) o en el artículo 24 incisos e), f) y h) de la Ley N°25.871 en las que conste la presentación de un requirente que no se encuentre debidamente inscripto en el citado Registro.

En tal caso, corresponderá intimar al requirente a su inscripción en el Registro que se crea por la presente medida, bajo apercibimiento de lo que por Derecho corresponda (Art. 10).

El análisis debe contemplar la relación de medios a fines de la norma. Corresponde considerar si el medio elegido (inscripción al ReNURE) permite cumplir con el fin de acceder a una residencia por estudio, dando cumplimiento así a los objetivos generales de la ley, en especial el goce de un procedimiento no discriminatorio en términos de los derechos y garantías establecidos por la Constitución Nacional. El fin, en definitiva, es el derecho a la educación plena e integral.

Originariamente, la norma que crea al ReNURE estuvo enmarcada en la emergencia administrativa dictada por el Decreto N°836/2004, en tanto se habían detectado irregularidades operativas al interior de la DNM. Allí se facultó a la DNM a crear el:

(...) Registro Nacional Único de Empleadores y Requirentes de Extranjeros, el que tendrá por objeto otorgar celeridad y seguridad a los trámites

relativos a permisos de ingreso al país, solicitados por los Empleadores y Requirentes de Extranjeros, siempre y cuando los extranjeros no sean provenientes de estados miembros y asociados del MERCADO COMÚN DEL SUR (MERCOSUR).

Mediante Disposición N°56647/2005 se creó el *Registro nacional único de requirentes de extranjeros*, en el cual debía inscribirse:

- a) Toda persona física o jurídica que, invocando la pretensión o asumiendo el compromiso de contratar la fuerza de trabajo de una persona extranjera de conformidad con la legislación laboral argentina y la normativa migratoria vigente, solicite la admisión del mismo en el territorio nacional.
- b) Toda persona física o jurídica que, invocando un derecho o interés que le sea propio, solicite la admisión de una persona extranjera en el territorio nacional.

De la lectura de ambas normas se desprende que su objeto era otorgar celeridad y seguridad a los trámites relativos a permisos de ingreso al país solicitados por los requirentes de extranjeros, en especial, laborales. Este objeto se fue ampliando con las sucesivas modificaciones. A través de la Disposición N°54618/2008 se modificó el artículo 1º, incluyendo dentro del Registro a quienes soliciten el ingreso o *radicación* de extranjeros. Y mediante el art. 2 se amplió el ámbito de aplicación a toda persona física o jurídica que solicite el ingreso o radicación de una persona extranjera comprendida en los criterios mencionados en el artículo 23 incisos a), e), f), i) y j) de la Ley N°25.871.

Nótese que el objeto se amplió de admisión a radicación y, a su vez, de la materia laboral que motivó su dictado se amplió a otras subcategorías, entre ellas, estudio (inciso j).

Las modificaciones al objeto de la norma solo podrían ser consideradas válidas si se ajustan al espíritu de la norma reglamentada (Ley N°25.871) o sirven razonablemente a su finalidad. Lo contrario importaría exceso reglamentario. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que:

(...) el órgano dotado de potestad reglamentaria está habilitado para establecer condiciones, requisitos, limitaciones o distinciones que respeten el espíritu de la norma, sirvan razonablemente a su finalidad, y no re-

basen el ámbito en que la interpretación es opinable y posible la solución entre varias alternativas (Fallos: 308:1897; 313:433; 327:5002)¹⁵.

Teniendo presente que originariamente la creación del ReNURE estuvo enmarcada en la emergencia administrativa, pero luego pasó a integrar una modalidad de tramitación de las residencias (entre ellas las que son por estudio), vale la pena analizar si el mecanismo instalado promueve el derecho o, por el contrario, lo restringe. Del listado de Requirentes Vigentes publicado en la página web de la Dirección Nacional de Migraciones se observa que se encuentra inscripto el Ministerio de Educación del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y unas pocas entidades de educación de dicha jurisdicción¹⁶. Por su parte, si se trata de proteger al colectivo al cual se dirige la medida de situaciones de vulneración de derechos, es posible distinguir entre la educación pública y la educación privada, en tanto en relación a la primera el Estado garantiza su administración y en la segunda supervisa su funcionamiento (arts. 12 y 13 de la Ley N°26.206). La Resolución 825/2013 emitida por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires analizó la situación y dijo:

Sin entrar a analizar la validez o invalidez del Registro Nacional Único de Requirentes de Extranjeros (disposición 54618/2008), sí estamos en condiciones de decir que el mismo no puede cercenar derechos y que sería ideal que la normativa otorgue un diferencial tratamiento a las instituciones educativas según sean públicas o privadas. Nótese que en este caso el denunciante estaría cursando estudios en la órbita de la dirección del área de Educación del Adulto y del Adolescente... es esta Dirección la que no se inscribe en el registro creado por la Dirección Nacional de Migraciones. No hay duda pues que la falta del órgano educativo perjudica los derechos del denunciante y lo que es peor, frente a ello éste no tiene posibilidades o herramientas para impulsar el incumplimiento porque de él no depende. Entonces, el conjunto de circunstancias que se presentan en el caso generan una situación que hay que reparar para que el Sr. T. no vea menoscabado su derecho. Por tal razón deberá trabajarse en pos de una solución que subsane este esquema.

15. Véase cuadernillo de Secretaría de Jurisprudencia de la CSJN, "Reglamentación de la Ley", febrero 2023. Disponible en: <https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/notas/nota/59/documento>.

16. http://www.migraciones.gov.ar/pdf_varios/residencias/listado_requirentes-Vigentes.pdf [Consulta efectuada el 30 de junio de 2023]

Conclusiones similares se derivan del Informe alternativo presentado por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad ante el Comité de Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus familias de la Organización de Naciones Unidas. En efecto, se indicó que:

el derecho a la educación consagrado en forma amplia en el art. 7 de la Ley 25.871 se ve indirectamente restringido en razón de las dificultades que plantea el acceso a la residencia cuando está la intermediación del ReNURE en los términos expuestos (p. 36)¹⁷.

Consideremos también los intercambios en el marco de una jornada de formación profesional y movilidad humana organizada por Fundación de la Unión Obrera de la Construcción de la República Argentina (UOCRA) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT), donde docentes del ámbito público del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires informaron que incluso encontrándose inscripta la institución educativa, las trabas surgen después, cuando quieren inscribir a un nuevo alumno o alumna. Ello así, en tanto el propio sistema migratorio bloquea la contraseña cada tres meses, de modo que cada tres meses la autoridad de la institución educativa que tiene acceso al sistema debe requerir el reseteo de la contraseña a la DNM, quien demora entre 15 y 20 días en responder el pedido. Ello dilata la inscripción y con ello la posibilidad de extender al alumno el comprobante electrónico que le habilite el criterio de radicación¹⁸.

Si la inscripción al ReNURE no se logra, o se logra, pero no puede expedirse el certificado por los motivos aludidos anteriormente (bloqueo de contraseña), el alumno seguirá estudiando, pero verá cercenada la posibilidad de acceder a su DNI por su condición de estudiante conforme lo establece el art. 23 inc. j) de la Ley de Migraciones y con ello de acceder a la residencia en condiciones de igualdad. Cabe recordar que la ley migratoria fija como pauta “demostrar la inscripción en la institución educativa”, lo cual puede realizarse a través de un certificado de alumno regular. A modo de ejemplo, en la Ciudad de Buenos Aires, tales certificados se emi-

17. Disponible en: <https://www.calameo.com/defensoriacaba/read/00268239936c558381c86?page=3> [Consulta efectuada el 13 de mayo de 2023]

18. Jornadas de intercambio de experiencias en torno al trabajo con población migrante y refugiada, desarrolladas el día 23 de junio de 2023, en Fundación UOCRA.

ten si el alumno/a se encuentra previamente registrado en la plataforma *Mi Escuela*¹⁹ lo cual garantiza la legitimidad del trámite.

Como alternativa para promover el pleno acceso al derecho a la educación de las y los adolescentes que solicitan su residencia en tal carácter, podría darse un tratamiento diferencial según sea educación pública o privada, tal como ya existe para algunos órganos y poderes del Estado. En efecto, el art. 9 de la Disposición 3043/2020 señala que:

Quedan eximidos de la inscripción en el Registro Nacional Único de Requerientes de Extranjeros los Ministerios del PODER EJECUTIVO NACIONAL, las Secretarías de Estado, la CASA MILITAR DE LA PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, las Gobernaciones de las Provincias y sus Ministerios, la Jefatura de Gobierno de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, la presidencia de las Honorables Cámaras de Diputados y Senadores de la Nación así como de las Provincias, la presidencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN así como de las Provincias y las congregaciones religiosas católicas que se encuentren inscriptas en la DIRECCIÓN NACIONAL DE CULTO CATÓLICO.

Ello tomando en cuenta que se trata de escuelas administradas por el propio Estado, en la jurisdicción que se trate, lo que eliminaría la carga al alumno facilitando su regularización migratoria en línea a lo establecido en el art. 17 de la Ley de Migraciones.

19. Conforme lo regulado en el art. 40 de la Resolución 4776/MEGC/2006.

IV.

Ley de Prohibición del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente (N°26.390)

En 2008, la sanción de la Ley N°26.390 modificó el régimen de contrato de trabajo, elevando la edad mínima para trabajar de 14 a 16 años y prohibiendo a los empleadores ocupar a menores de 16 años. La normativa brinda un marco de protección de los derechos laborales de los adolescentes. En particular, establece la aplicación de las garantías enunciadas en el art. 27 de la Ley N°26.061 en las acciones vinculadas al contrato o relación de trabajo.

La violación a las normas relativas al trabajo de niñas y niños se encuentra sancionada con multa que va del 50% al 2000% del valor mensual del salario mínimo, vital y móvil vigente al momento de la constatación de la infracción, por cada trabajador afectado, en tanto es una infracción muy grave en los términos del art. 4 inc. e) del Anexo II de la Ley N°25.212 (por la cual se ratifica el Pacto Federal del Trabajo). El procedimiento para el labrado de las actas de infracción está pautado en las resoluciones 425/2019 y 1725/2019, que consignan la posibilidad de añadir la nacionalidad del niño o niña migrante y la fecha de ingreso al país. A su vez, a través de la Ley N°26.847, se incorporó al Código Penal el art. 148 bis por el cual se reprime con prisión de uno a cuatro años al que aprovechar económicamente el trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil, siempre que el hecho no importare un delito más grave.

En sentido concordante, la Ley N°26.940 crea el *Registro público de empleadores con sanciones laborales*, en cuyo marco se inscriben las sanciones firmes impuestas por infracciones a la Ley de Prohibición del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente 26.390 y a la Ley 26.847, las que deben ser informadas por el tribunal actuante al Ministerio de Trabajo,

Empleo y Seguridad Social (art. 3). Además, el Decreto N°2044/2009, que integra y sistematiza la información relacionada con las acciones gubernamentales de protección de los derechos de las personas menores de 18 años de edad, crea el Registro de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia en el ámbito de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF). Este registro es una herramienta para:

el diseño, la planificación y ejecución, por parte de todas las jurisdicciones del Estado Nacional, de políticas más efectivas de promoción, prevención y restitución de derechos de niñas, niños y adolescentes de todo el país, orientando los esfuerzos gubernamentales hacia aquella población más vulnerable, como la de niñas, niños y adolescentes separados de su medio familiar, en situación de trabajo infantil o incluidos en programas en su carácter de infractores a la ley penal.

Puesto que la Ley N°26.390 no plantea de modo particularizado la situación de las personas migrantes entre los 16 y hasta los 18 años de edad, es necesaria su lectura conjunta con la Ley N°25.871 de Migraciones. Según lo que establecen los artículos 51 y 52 de la mencionada ley, las personas migrantes sólo pueden trabajar cuando tienen su situación migratoria regularizada. En este aspecto, los dadores de trabajo a personas en situación migratoria irregular pueden ser sancionados con multa cuyo monto ascenderá a “cincuenta (50) salarios mínimo vital y móvil por cada extranjero, carente de habilitación migratoria para trabajar”. El monto de la sanción a imponer asciende a “cien (100) salarios mínimo vital y móvil cuando se proporcione trabajo u ocupación remunerada a extranjeros no emancipados o menores de catorce (14) años” (art. 59).

La ley migratoria es anterior a la ley que modificó el régimen de contrato de trabajo por lo cual quedó desactualizada en cuanto a la edad para imponer una sanción agravada: menores de 14 años en lugar de 16. Sería oportuno que se adecuen los términos del art. 59 a las pautas de la Ley N°26.390 estableciendo la multa agravada cuando se proporcione trabajo a menores de 16 años en situación migratoria irregular.

Sería oportuno también, que, dentro del registro público de empleadores con sanciones (Ley N°26.940), se incorporen aquellas aplicadas por la DNM en uso de las facultades previstas por el art. 59 de la Ley 25.871,

una vez firmes. Esto así, en tanto se trata de infracciones administrativas en el orden migratorio, y más allá de la acción penal que corresponda instar frente a la constatación de la infracción laboral. Asimismo, resultaría idónea la remisión de la información de la aplicación de estas sanciones a la SENAF, a fin de que sea incorporada al Registro de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia (Decreto 2044/2009).

Analizaremos el procedimiento para obtener una residencia por trabajo para establecer si se brinda algún marco de protección especial a la población migrante entre los 16 y 18 años de edad. La posibilidad de acceder a una residencia por trabajo está consagrada en el art. 23 inc. a) de la Ley 25.871 y reglamentada por el Decreto N°616/10 y las disposiciones DNM 40164/2007 y 1105/2011. El art. 23 inc. a) del Decreto N°616/10 dispone que a los fines de la subcategoría de trabajo se tendrán en cuenta las definiciones y condiciones establecidas por la *Convención Internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, aprobada por Ley N°26.202. En lo que respecta a personas menores de edad, solo se realiza una referencia genérica en relación al inicio de los trámites, tanto en el Decreto 616/10 como en la Disposición 1105/11 que indican que cuando quien solicita la residencia fuera menor de 18 años bastará "la autorización de uno de los padres o tutor legalmente instituido". Este recaudo, si bien no está regulado de modo específico para el criterio de trabajo, guarda relación con la exigencia de autorización para trabajar por parte de los progenitores, responsables o tutores, que la Ley N°26.390 requiere a las y los jóvenes entre los 16 y 18 años.

El procedimiento está especificado en la Disposición DNM 40164/2007, que se enmarca en los acuerdos de colaboración suscritos entre el Ministerio del Interior y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Allí se pauta la presentación de un precontrato de trabajo que debe contener los datos personales de las partes, las tareas a realizar, la jornada de trabajo, la duración de la relación laboral, la remuneración y el número de CUIT del empleador, con certificación de firmas ante escribano o funcionario de la DNM, y la inscripción del empleador ante la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) (art. 4). Si bien la normativa no pone reparos en torno a la edad de contratación, la inscripción del empleador al Registro

Nacional Único de Requirentes de Extranjeros brinda un marco de protección especial. En efecto, este Registro, tal como fue expuesto en el apartado precedente, se creó con el objeto de otorgar celeridad y seguridad a los trámites solicitados por los empleadores y requirentes de extranjeros que no pertenecen al Mercosur²⁰ (cf. Decreto N°836/2004). De este modo, la contratación de un adolescente entre los 16 y 17 años de edad, habilitado para acceder a una residencia por trabajo, queda registrada en el ReNURE. El empleador deberá inscribirse presentando, según sea persona jurídica o persona física, la documentación detallada en los artículos 3 y 4 de la Disposición 3043/2020.

La regulación exige al empleador –persona física– carecer de antecedentes penales relacionados con delitos al orden migratorio, tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas; participación 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; actividades terroristas o pertenencia a organizaciones nacional o internacionalmente reconocidas como imputadas de acciones susceptibles de ser juzgadas por el Tribunal Penal Internacional o por la Ley N°23.077 de Defensa de la Democracia; promover o facilitar, con fines de lucro, el ingreso, la permanencia o el egreso ilegales de extranjeros en el territorio nacional; la presentación de documentación material o ideológicamente falsa para obtener para sí o para un tercero un beneficio migratorio; promover la prostitución, lucrar con ello o desarrollar actividades relacionadas con el tráfico o la explotación sexual de personas (art. 4 de la Disposición 3043/2020).

Es decir que, en estos casos, el ReNURE promueve un marco de protección especial para la población migrante entre los 16 y 17 años que requiera su residencia por trabajo.

Vale aclarar que no tenemos conocimiento directo de ninguna persona

20. Recordemos que quienes son nacionales de países del Mercosur o Asociados cuentan con el criterio de “nacionalidad” para solicitar una residencia temporaria por dos años, renovable, que autoriza a trabajar (ley 25.871, art. 23 inc. I). La residencia por el criterio de nacionalidad se tramita de manera mucho más sencilla que cualquier otro tipo de residencia, tal como las que corresponden a estudio o trabajo.

de 16 o 17 años proveniente de un país no Mercosur que haya iniciado u obtenido la residencia por criterio de trabajo. Si bien la Ley de Migraciones no lo prohíbe, no sabemos si el sistema de trámites lo habilita. No obstante, de la información disponible en la página web de la Dirección Nacional de Migraciones²¹ tampoco se deduce una prohibición a partir de los requisitos publicados (no se indica que la persona debe ser mayor de 18 años y, de hecho, cuando el instructivo solicita antecedentes penales en Argentina, se aclara que son exigibles a las personas mayores de 16 años). De este modo, la lectura armónica de las leyes migratoria y de protección de trabajo adolescente hace pensar que sería posible acceder a esa residencia como trabajador.

21. <https://www.argentina.gob.ar/servicio/obtener-una-residencia-temporaria-como-trabajador-migrante-no-mercosur>, consulta del 24 de julio de 2023.

V. **Ley de Prevención y Sanción de la Trata de personas y Asistencia a sus Víctimas (N°26.364) y su modificatoria (N°26.842)**

Se entiende por trata de personas “el ofrecimiento, la captación, el traslado, la recepción o acogida de personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países” (art. 1). Interesa en particular, la situación de los niños, las niñas o adolescentes migrantes víctimas de trata y cómo opera la Dirección Nacional de Migraciones frente a estas situaciones.

La ley migratoria enmarca la actuación de la Dirección Nacional de Migraciones en tres instancias: ingreso y egreso del territorio nacional, permanencia y radicaciones. En lo que respecta a las garantías del proceso frente al ingreso al país, existe un protocolo para la detección temprana de situaciones de trata de personas en pasos fronterizos, elaborado conjuntamente entre el Ministerio de Seguridad y la Dirección Nacional de Migraciones (Resolución Conjunta 421-001/2012). Este protocolo determina que, frente a la detección de posible situación de trata o explotación laboral infantil, los agentes migratorios y los que actúan como policía migratoria auxiliar deben comunicarse con el juzgado de turno de modo de instar un procedimiento judicial en tutela de los derechos de los niños, niñas o adolescentes víctimas. Se garantiza en estos casos el ingreso al territorio y se labran las actas correspondientes²².

Por su parte, en la instancia de control de permanencia (atribuciones establecidas en el art. 20 inc. e) del Decreto N°616/10) los agentes migratorios que detectan estas situaciones deben comunicarse con la Procuraduría de

22. Según entrevista realizada en mayo de 2023 a una ex trabajadora del área de Servicio Social de la DNM. Asimismo, véase Resolución Conjunta 421- 001/2012 en el *Compendio Normativo de Trata de Personas con fines de explotación laboral*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2013.

Trata y Explotación de Personas (PROTEX) y con el Programa Nacional de Rescate y Acompañamiento a las Personas Damnificadas por el Delito de Trata dependiente de Ministerio de Derechos Humanos y Justicia de la Nación (Línea 145²³), tal como se indica en el *Protocolo de Actuación en Detección Temprana de Trata y Tráfico de Personas* de la DNM. Igual accionar debe promoverse en la instancia de radicación. El protocolo puntualiza que en aquellos casos en que se detecte la presencia de personas menores de edad primará el interés superior del niño/a, otorgándose prioridad a esta población en todos los abordajes que se realicen²⁴.

Una vez que se detectan estos casos, las acciones disponibles son el retorno a país de origen o el inicio del procedimiento de regularización. En el primer caso, se realizan todas las intervenciones necesarias conforme lo ordenado por la Justicia (con habilitación de salida gratuita en caso de que hubiera resultado un ingreso eludiendo el control migratorio) y se verifica que el niño/a o adolescente tenga la documentación habilitada para viajar (documento vigente), la que no se exige.

La otra medida disponible, si así lo decide la víctima (cf. Ley N°26.346, art. 6 inc. j), es el inicio de un procedimiento de regularización migratoria, en el marco del art. 23 inc. m) de la Ley N°25.871, esto es, razones humanitarias. No obstante, siempre se busca la radicación más favorable a la persona, de modo que, aun tratándose de una situación de trata de personas, si resulta más favorable radicar al niño, niña o adolescente por el art. 23 inc. l) en razón de ser nacional de un país de MERCOSUR, se lo radicará al amparo de ese inciso. Ello explica que no haya estadísticas públicas sobre niños/as o adolescentes víctimas que se radiquen, porque estos casos muchas veces quedan invisibilizados por quedar encuadrados en el art. 23 inc. l) o en el art. 22, cuando hay vínculo con familiar radicado o argentino. Por último, se destaca que si se trata de niños o niñas no acompañados se da intervención a la Justicia, de modo de promover

23. La línea 145 es una línea de atención telefónica gratuita, que funciona las 24 hs., los 365 días del año, para recibir información, solicitar asistencia y denunciar casos de trata y explotación de personas.

24. *Ibidem*.

la continuidad del procedimiento de radicación, que requerirá una autorización supletoria judicial o la designación de tutor/a o guardador/a a los fines de otorgarle la residencia²⁵.

La Ley N°26.842 dispuso la creación del Consejo Federal para la Lucha contra la Trata y Explotación de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas (en adelante, Consejo Federal). Dicho ámbito tiene como función central la coordinación y ejecución de tareas que desarrollan los distintos organismos provinciales, los tres poderes del estado nacional y la sociedad civil. Entre los ministerios que lo integran se encuentra el Ministerio del Interior, en cuya órbita se desenvuelve la DNM. La Ley N°26.842 también creó el Comité Ejecutivo integrado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Ministerio de Desarrollo Social, Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad, Ministerio de Seguridad (art. 21).

Resulta interesante destacar el dictado del Protocolo Único de Actuación elaborado por el Comité Ejecutivo, Resolución JGM 1/23 (publicada el 6 de enero de 2023), en tanto sistematiza los protocolos vigentes y unifica criterios de actuación, actualizando el protocolo de 2015 (Resolución 1280/2015). En este protocolo se analizan los distintos momentos que involucra la situación de trata; se informan los canales de denuncia frente a la detección (en particular, la Línea 145 que judicializa de manera inmediata todas las denuncias a través de la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas - PROTEX); se informan los protocolos vigentes en materia de judicialización del delito, persecución y flagrancia, y se detallan las etapas de rescate, primer acompañamiento, asistencia integral y restitución de derechos.

El protocolo contempla el enfoque de niñez y la primacía del interés superior del niño/a en las intervenciones. Por su parte, de las etapas mencionadas anteriormente, interesa detallar la relativa a asistencia integral y restitución de derechos. En efecto, el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación interviene primariamente en la asistencia:

25. Ibid.

(...) con el objetivo de restituir el ejercicio de los derechos humanos vulnerados de las personas víctimas, en el marco de su competencia a través de su Red Territorial, en forma articulada con la Red Federal de Puntos Focales. La atención a las personas afectadas por el delito de Trata se rige por el Protocolo Nacional de Asistencia y sus directrices, que fue aprobado [en el año 2018] en el marco del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia. (Resolución JGM 1/23, anexo).

El Protocolo Nacional contempla, en una primera etapa de asistencia, brindar refugio, alimentación, vestimenta, provisión de medicación, y regularización migratoria. La segunda etapa se orienta a la asistencia para la reconstrucción del proyecto de vida, facilitando las inserciones educativas, sociales y laborales tendientes a su concreción.

Lo que se observa es que algunos de los programas incluidos contemplan una determinada cantidad de años de residencia regular en el caso que se trate de personas migrantes. Así, el **Programa Acompañar** (del Ministerio de la Mujeres, Géneros y Diversidad) destinado a víctimas de violencia de género mayores de 18 años, requiere un lapso no inferior a un año de "residencia legal" (Resolución 219/2020, anexo). Por otra parte, la prestación económica extraordinaria a trabajadores rurales que sean detectados como víctimas de trata en el marco de una fiscalización realizada por el *Registro nacional de trabajadores rurales y empleadores* (RENATRE) no pauta un procedimiento particularizado en caso de migrantes, pero en los formularios de solicitud se aclara que deben contar con DNI (Resolución N°100/2020).

Por su parte, si bien la **Asignación Universal por Hijo** no está definida dentro del listado de programas para víctimas de trata, tampoco pauta un tratamiento diferencial que, en estos casos, habilite el acceso a la prestación a quienes cuentan con menos de dos años de residencia regular.

De otro lado, se destaca el **Programa Restituir** (Resolución N°493/2023), que solo exige acreditar la situación de haber sido víctima de trata mediante un informe ambiental social y la documentación complementaria emanada de los Puntos Focales que integran la Red de Federal de Asistencia. Igualmente, el **Programa Nacional de Reparación de Derechos y de Fortalecimiento de las Competencias Laborales** para las personas afectadas

tadas por los delitos de trata y explotación de personas, que brinda una asignación dineraria básica no remunerativa por doce meses, solo exige ser mayor de 18 y no tener empleo o trabajo formal (Resolución 391/2021).

Estos ejemplos muestran que la realidad de las niñas, los niños y adolescentes migrantes²⁶ víctimas de este delito debe ser contemplada de modo tal que, en la etapa de asistencia y restitución de derechos, se habilite el acceso a prestaciones a quienes no cuentan con DNI. Esto así, más allá de la velocidad con que la autoridad migratoria pueda dar curso al trámite correspondiente. Téngase presente que, durante la sustanciación del procedimiento migratorio, pueden presentarse situaciones que demoren la obtención de la residencia las que no deberían constituir un obstáculo para el acceso a otros derechos. Igual solución merecen aquellas personas que pudieran ser peticionantes de refugio por haber sido víctimas del delito de trata.

26. Entre 2018 y 2019, solo 3% (49) de las personas rescatadas y/o asistidas por el Programa de Rescate eran niñas, niños o adolescentes. Por su parte, un 51% del total de las personas (adultos y niños) eran extranjeras (7354). No se encontró información indicando cuántos de los niños, niñas y adolescentes eran migrantes. Ver https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/estadisticas_trata_2008_31agosto2019pdf.pdf, consulta del 30/06/2023.

VI.

Derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes: los casos de trasplante de órganos

El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud está reconocido en el art. 12 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales* (PIDESC), tratado que goza de jerarquía constitucional. La Observación General 14/2000 ha abordado las cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del art. 12 del PIDESC y las obligaciones básicas que los Estados deben satisfacer, entre ellas: “garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados” (párr. 43 inc. a). A su vez, se estipula que “la consideración primordial en todos los programas y políticas con miras a garantizar el derecho a la salud del niño y el adolescente será el interés superior del niño y del adolescente” (párr. 24).

Cabe destacar que el goce de este derecho debe garantizarse sin discriminación, conforme lo dispuesto en el art. 2 segundo párrafo del *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales*. Al respecto, el Comité DESC ha señalado que:

todo trato diferencial por alguno de los motivos prohibidos [como puede ser la nacionalidad] se considerará discriminatorio a menos que exista una causa razonable y objetiva para dispensarlo. Ello entraña evaluar si el fin y los efectos de las medidas o las omisiones de que se trate son legítimos y compatibles con la naturaleza de los derechos recogidos en el Pacto, y si el único fin que se persigue es promover el bienestar general en una sociedad democrática. También debe existir una relación de proporcionalidad clara y razonable entre el fin buscado y las medidas u omisiones y sus efectos. La falta de recursos para no acabar con el trato discriminatorio no es una justificación objetiva y razonable, a menos que el Estado parte se

haya esforzado al máximo por utilizar todos los recursos de que dispone para combatirlo y erradicarlo con carácter prioritario²⁷.

Por su parte, en una jerarquía inferior, tanto la ley migratoria como la de niñez estipulan el acceso igualitario al derecho a la salud. Así, el art. 8 de la Ley N°25.871 dispone que:

No podrá negársele o restringírsele, en ningún caso, el acceso al derecho a la salud, la asistencia social o atención sanitaria a todos los extranjeros que lo requieran, cualquiera sea su situación migratoria. Las autoridades de los establecimientos sanitarios deberán brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria.

En tanto que el art. 14 de la Ley N°26.061 dice que:

las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud.

En este marco normativo, corresponde analizar las regulaciones sobre trasplante de órganos y sus modificaciones, así como su impacto en los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Si bien el acceso al derecho a la salud es normado por cada jurisdicción (igual que la educación), la ablación de órganos y el material anatómico para su implantación de cadáveres humanos a seres humanos, y entre seres humanos, se rige, en todo el país, por las disposiciones de la Ley Nacional N°24.193.

Preliminarmente, es dable señalar que el tráfico de órganos es un delito que deriva de la definición de trata de personas, desarrollada por el *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños*, que complementa la *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*, ratificada por Argentina en el año 2002.

27. Observación General N° 20, "La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales", artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 42º período de sesiones, Ginebra, 4 a 22 de mayo de 2009.

Se estipula que se entenderá por trata de personas:

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. (Art. 3).

En tanto que la definición de “turismo de trasplante” está contenida en la *Declaración de Estambul sobre el tráfico de órganos y el turismo de trasplantes* (año 2009), que señala que:

el viaje para trasplante se convierte en Turismo de Trasplante, y por tanto en no ético, cuando implica la trata de personas con fines de extracción de órganos o el tráfico de órganos humanos, o cuando la dedicación de recursos (órganos, profesionales y centros de trasplante) a la provisión de la terapia del trasplante a pacientes no residentes disminuye la capacidad del país de proporcionar servicios de trasplante a su propia población.

La Resolución N°85/2004 del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI) estableció los requisitos para la inscripción de ciudadanos extranjeros en lista de espera para la asignación de órganos cadavéricos, atendiendo, primariamente, la problemática que genera la escasez de órganos y tejidos en relación a las necesidades de los pacientes que requieren un implante. Para ello tomó en consideración las leyes nacionales N°24.193 y N°25.871 y dispuso los siguientes requisitos:

- a) Residentes Permanentes: inscripción en lista de espera mediante protocolos médicos vigentes.
- b) Residentes Temporarios o Transitorios:
 - Acreditación de legal ingreso para tratamiento médico.
 - Certificado oficial del país de origen del paciente que indique que en el mismo se encuentra impedido de participar de la asignación de órganos para trasplante.

Una vez cumplidos los requisitos exigidos en el inciso b), cada caso en particular será evaluado y aprobado por el Directorio del INCUCAI, el que a tales fines podrá efectuar las consultas que considere pertinente con aquellos Organismos del Estado con competencia en la materia (art. 1).

Nótese que el recaudo de residencia exigido abarcaba inclusive a personas migrantes con categoría transitoria, siempre que fuera por tratamiento médico (art. 24 inc. g de la Ley 25.871).

Sin embargo, la Resolución N°342/2009 del INCUCAI derogó esta norma en razón del “incremento significativo de implantes de órganos y tejidos provenientes de donantes cadavéricos a pacientes extranjeros, que ingresan al país al solo efecto de trasplantar”. Entre los considerandos de la resolución, se alude a diversas regulaciones que fueron tomadas en cuenta para la modificación. En particular, el Acuerdo N°05/2009 sobre *Combate al Tráfico de Órganos, Tejidos y Células y al Turismo de Trasplantes en los Estados Partes y Asociados del MERCOSUR*, firmado en la XXVI Reunión de Ministros de Salud del MERCOSUR (del 19/06/09). En dicho acuerdo se dispuso:

promover el acceso al trasplante de los ciudadanos que lo necesiten, con transparencia, eficacia y calidad, por acciones propias o por convenios de cooperación justos, equitativos y solidarios entre los Estados Partes y Asociados, priorizando, para la aplicación de la terapéutica del trasplante a quien lo requiera, la donación de órganos de los propios ciudadanos de su país”.

A su vez, el Acuerdo N°10/09 dirigido a:

propiciar el dictado de normas que regulen la participación en las listas de espera para la asignación de órganos y/o tejidos cadavéricos, a los extranjeros que residan en forma permanente en un país, o a aquellos con cuyo país de origen se hubiese suscripto convenio sobre la materia.

Así fue como la Resolución N°342/2009 estableció la categoría de “residencia permanente otorgada por la DNM” (art. 1) como recaudo para la inscripción en lista de espera para la asignación de órganos y/o tejidos cadavéricos. La categoría de residencia temporaria o transitoria quedó reservada exclusivamente a los trasplantes de órgano o tejido proveniente de donante vivo, como así también tejidos procedentes de un banco del exterior (art. 2). También dispuso que toda situación de excepción “deberá ser evaluada y resuelta por el directorio del INCUCAI” (art. 5).

De este modo, el acceso a la lista de espera de donante cadavérico solo es posible para quienes posean residencia permanente. En efecto, la nor-

mativa anterior consagraba como regla el acceso a la práctica incluso a quienes tuvieran residencia temporaria o residencia transitoria por razones médicas, y el INCUCAI evaluaba cada caso particular. Mientras que en la resolución del año 2009 la regla es el acceso a la lista de espera de donante cadavérico únicamente para quien tenga residencia permanente. Por su parte, la excepción para el acceso a quienes no cumplan con dicha condición queda reservada a resolución del directorio del INCUCAI.

Otro cambio operó en el año 2012, mediante Resolución 288/2012, que dispuso que:

los extranjeros con indicación médica para recibir un implante de órgano o tejido proveniente de donante vivo, como así también tejidos procedentes de un banco del exterior, deberán acreditar la 'Residencia Temporaria', en cualquiera de las subcategorías previstas en el artículo 23 de la Ley N°25.871; o 'Residencia Transitoria' en la subcategoría 'Tratamiento Médico', establecida en el artículo 24 inciso g), de dicha norma, expedida por la Dirección Nacional de Migraciones. Deberán además dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 14°, concordantes y subsiguientes de la Ley N°24.193 y en las normas dictadas por el Directorio de este Instituto Nacional aplicables a la temática, y no participarán de la distribución y asignación de órganos y/o tejidos cadavéricos para trasplante. La acreditación de residencia, en los términos descriptos se extenderá al dador extranjero del órgano o tejido.

De tal modo, la norma limitó la asignación de órganos de donante vivo a quienes acrediten residencia temporaria en cualquier categoría, o transitoria por tratamiento médico. A su vez, agregó el recaudo de residencia al dador del órgano. En decir que tanto receptor como donante deben realizar un trámite de residencia ante la DNM para acceder al trasplante.

Finalmente, la Resolución 33/2023 modificó el acceso a los trasplantes de órgano de donante vivo exigiendo, además de la residencia temporaria o transitoria por tratamiento médico, la presentación de:

nota emitida por la autoridad sanitaria del país de origen del receptor, mediante la cual se indique el financiador de la práctica y se garantice la cobertura de salud tanto del receptor como del donante, el acceso a la medicación postrasplante, y el seguimiento postrasplante en un establecimiento sanitario de dicho país" (Anexo único, punto A).

A su vez, dispuso que “toda situación de excepción a lo dispuesto en la presente norma deberá ser fundada en razones sanitarias y resuelta por el directorio del INCUCAI” (art. 5).

Entre los fundamentos de la modificación se resaltan los principios para el seguimiento de pacientes que recibieron un trasplante de órgano recomendados por la *Red/Consejo Iberoamericano de donación y trasplante* en 2018. En efecto, se señaló entre los considerandos que “es necesario que los Estados Miembros velen por las mayores garantías para los receptores que son trasplantados en otro país y que posteriormente retornan a su país de residencia para seguimiento”.

Cabe analizar la relación de medios a fines de la última modificación, en tanto se sustentan en la instancia de pos trasplante. La Resolución 33/2023 reconoce que si bien se han celebrado convenios de cooperación y asistencia técnica con Estados de la región para alcanzar la autosuficiencia en materia de donación y trasplante:

aún resulta insuficiente el desarrollo de programas de trasplante de órganos, tejidos y células en algunos de sus países, circunstancia que atenta contra las posibilidades de ofrecer tal solución terapéutica a sus pacientes y conseguir la referida autosuficiencia.

¿Qué sucedería en caso de que el Estado de origen de la persona que persigue su admisión para el trasplante no pueda emitir esa nota, por carecer efectivamente de programas de trasplante de órganos? El nuevo recaudo restringe el acceso, incluso reconociendo la inexistencia de programas de trasplante en algunos países de la región. En estos casos, la persona que requiere el trasplante deberá promover un pedido de excepción y/o accionar judicialmente en aras del acceso a la salud integral²⁸.

Ninguna de las regulaciones mencionadas contempló la perspectiva de niñez en el acceso a las prácticas de donación. Tampoco se contemplaron las situaciones de los y las peticionantes de refugio, quienes en mu-

28. En el marco de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Defensoría Pública Oficial ante los Tribunales Federales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene la competencia para accionar en estos casos, cuando la persona carece de medios económicos para instar la acción judicial.

chos casos solo podrían contar con una residencia provisoria (art. 31 de la Ley 26.165), pero no con una temporaria o permanente. En relación a los peticionantes de refugio, la última modificación efectuada por la Resolución N°33/2023 tampoco tuvo en consideración el derecho que les asiste de no contactar a las autoridades de su país de nacionalidad o residencia habitual (art. 17 de la Ley 26.165).

Si bien la normativa inicial era amplia en cuanto al acceso a trasplantes (con las salvedades realizadas en materia de peticionantes de refugio), las modificaciones posteriores fueron restringiendo y recortando cada vez más la posibilidad de trasplantarse, sin considerar, en particular, cómo podría incidir la exigencia de residencia en los niños o las niñas que requirieran de un trasplante. La norma no habilitó ningún tratamiento diferencial por ser niño o niña, ni siquiera en la vía de excepción, que quedó circunscripta únicamente a razones sanitarias. Luego de la última modificación normativa no sería posible realizar un pedido de excepción por razones administrativas que habilite la práctica a quien no tiene residencia en la categoría o condiciones establecidas. Así, un peticionante de refugio con residencia provisoria no podría acceder a la práctica, incluso cuando hiciera más de dos años (lapso que exige la ley para el acceso a la residencia permanente por transcurso del tiempo) que vive en el país. Por su parte, la igualdad y no discriminación solo se garantizan cuando hubiera acuerdos de reciprocidad firmados entre los Estados (art. 4 de la Resolución 33/2023).

A lo largo del análisis, se observa que con el transcurso de los años y utilizando una misma argumentación (turismo de trasplante), se fueron adoptando medidas que podrían considerarse regresivas en relación al ejercicio del derecho a la salud. Recordemos que:

las medidas regresivas solo son compatibles con el Pacto [de derechos económicos, sociales y culturales] si son necesarias y proporcionadas, en el sentido de que la adopción de cualquier otra política o el hecho de no actuar resultaría más perjudicial para el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales; deben haber sido consultadas con las poblaciones afectadas y estar sujetas a un examen independiente; deben mantenerse en vigor únicamente en la medida de lo necesario; no deberían causar discriminación; deberían mitigar las desigualdades que

pueden agudizarse en tiempos de crisis y garantizar que los derechos de los individuos y grupos desfavorecidos y marginados no se vean afectados de forma desproporcionada; y no deberían afectar el contenido básico mínimo de los derechos amparados por el Pacto.” (Observaciones Finales sobre el cuarto informe periódico de la Argentina, aprobadas por el Comité en su 64º período de sesiones, 24 de septiembre a 12 de octubre de 2018, apart. 6. e).

En la misma línea, Abramovich y Courtis (2002) sostienen que:

Desde el punto de vista conceptual, la obligación de no regresividad constituye una limitación que los tratados de derechos humanos pertinentes y, eventualmente, la Constitución imponen sobre los poderes legislativo y ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los derechos económicos, sociales y culturales. La obligación veda al legislador y al titular del poder reglamentario la adopción de reglamentación que derogue o reduzca el nivel de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza la población. Desde el punto de vista del ciudadano, la obligación constituye una garantía de mantenimiento de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza desde la adopción del PIDESC, y de su nivel de goce, a partir de dicha adopción y de toda mejora que hayan experimentado desde entonces. Se trata de una garantía sustancial, es decir, de una garantía que tiende a proteger el contenido de los derechos vigentes al momento de la adopción de la obligación internacional y el nivel de goce alcanzado cada vez que el Estado, en cumplimiento de su obligación de progresividad, haya producido una mejora. (Abramovich y Courtis, 2002:96).

Vale señalar que, en la órbita judicial algunos pronunciamientos recientes han rechazado los planteos de inconstitucionalidad de la anterior resolución 342/2009²⁹.

29. En efecto, en los autos caratulados “Recurso de hecho deducido por el Defensor Público Oficial en la causa T. de G., R. C. c/ EN - M Salud- INCUCAI s/ amparo ley 16.986”, se rechazó tanto en primera instancia como en la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal el planteo de inconstitucionalidad formulado, y la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró abstracta la cuestión por haberse inscripto al niño en la lista de espera y haber sido trasplantado, conforme lo informado por el INCUCAI (sentencia de fecha 4 de febrero de 2021). Por su parte, en el caso C. A, A. N. c/ EN-M Salud-INCUCAI s/ Amparo Ley 16.986, la Cámara confirmó la sentencia que rechazó el amparo promovido contra el INCUCAI a efectos de que se garantice la incorporación de un menor a la lista de espera para trasplante. A tal fin, se entendió que

Como ya se señaló, el estudio de la normativa debe centrarse en lo que respecta al turismo de trasplante (y no el tráfico de órganos), en tanto se constituye como el principal motivo de los cambios operados en la materia. Mientras la primera norma era amplia y garantizaba el acceso a quienes estuvieran radicados en el país (incluso de forma temporaria o transitoria), las normas posteriores fueron acotando el acceso, sin promover alternativas que consideren, por ejemplo, el interés superior de niños, niñas o adolescentes que pudieran requerir de un trasplante. Desde la perspectiva de progresividad de los DESC, esto resulta regresivo ya que se retrocede desproporcionadamente en el grado ya alcanzado de realización del derecho a la salud. Si la norma busca prevenir el turismo de trasplante, es contradictorio exigir una nota del país de origen que garantice el seguimiento y con ello el retorno de la persona, más aún cuando antes le fue exigida la obtención de la residencia en el país. En todo caso, es consecuente con el recaudo de residencia que el Estado garantice y arbitre medidas para el seguimiento postrasplante en el país, especialmente sabiendo que en muchos países de la región no se cuenta con programas de postrasplante lo que genera, justamente, que las personas migren en busca de vivir.

Vale recordar las *Observaciones Finales* aprobadas por el Comité de los Derechos del Niño, sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina (78º período de sesiones, 2018):

en tiempos de crisis económica, la posibilidad de adoptar medidas regresivas solo debería considerarse después de haber evaluado todas las demás opciones y garantizado que los niños, particularmente aquellos que están en situaciones de vulnerabilidad, serán los últimos en verse afectados por tales medidas, y que las obligaciones fundamentales mínimas e inmediatas impuestas por los derechos del niño no se verán comprometidas por ningún tipo de medida regresiva, ni siquiera en tiempos de crisis económica.

no había situación crítica de emergencia que amerite el encuadre en la excepción del art. 5 de la resolución 342/2009. Y se dictaminó la justificación de la adopción de criterios objetivos para garantizar el acceso a la salud teniendo en cuenta las posibilidades concretas con que cada Estado tiene, sin que la normativa vulnere derechos ni desconozca el interés superior del niño, tampoco se configura supuesto alguno de discriminación por razón de extranjería (sentencia del 2 de mayo del 2022).

Considerar la perspectiva de niñez en las regulaciones, garantizando el acceso a las prácticas cuando se trata de niños o niñas menores de 5 años, permite cumplir con los objetivos del desarrollo sostenible que indican para 2030:

poner fin a las muertes evitables de recién nacidos y de niños menores de 5 años, logrando que todos los países intenten reducir la mortalidad neonatal al menos hasta 12 por cada 1.000 nacidos vivos, y la mortalidad de niños menores de 5 años al menos hasta 25 por cada 1.000 nacidos vivos” (ODS 3.2, destacado de la autora).

Por último, es indispensable promover alternativas que habiliten la posibilidad de acceder a la lista para trasplante a quienes son peticionantes de refugio y solo cuentan con residencia provisoria, así como respetar su derecho a no contactar a las autoridades de su país. Ello permite garantizar las obligaciones internacionales asumidas en materia de refugio, y la plena efectividad de la Ley 26.165.

VII.

Reflexiones finales y orientaciones para la política pública

La **Ley de Migraciones N°25.871** protege los derechos de la población migrante desde el momento que establece el derecho humano a migrar y garantiza el acceso igualitario a derechos. Sin embargo, carece de un enfoque de niñez, lo que redundaría en la necesidad de combinar su lectura con los derechos, principios y garantías que emergen de la Ley 26.061 a fin de incorporar la perspectiva de niñez y adolescencia en las medidas que se adopten desde el Estado cuando éstas afecten a niños, niñas o adolescentes.

En tal sentido, a lo largo de este trabajo se fueron delineando aspectos normativos, avances y desafíos, que dan lugar a las siguientes orientaciones:

- Incorporar la perspectiva de niñez en las tramitaciones de residencias ante la Dirección Nacional de Migraciones, respetando su autonomía progresiva y habilitando la participación de la Defensoría de Niños, Niñas y Adolescentes cuando se trata de expedientes donde están en juego los derechos de niños, niñas y adolescentes.
- Analizar los trámites migratorios bajo la interpretación del interés superior del niño, atendiendo al deber del Estado de promover la regularidad migratoria y garantizando la unidad familiar y el derecho a migrar.
- Garantizar el inicio de los expedientes de radicación, incluso cuando se trata de niñas, niños o adolescentes sin registro de ingreso. En efecto, el inicio del trámite de radicación permite identificar al niño o niña de que se trate, promoviendo el cumplimiento

de las obligaciones internacionales asumidas en aras de la identificación de posibles necesidades de protección internacional (párr. 37 y 82 OC 21/2014 CIDH).

- Promover la regularización migratoria de niñas, niños y adolescentes que no pertenecen al MERCOSUR y se encuentran estudiando, habilitando un tratamiento diferencial para la inscripción al RENURE por parte de las instituciones públicas, de modo que la falta de inscripción de las escuelas no impida su acceso a una residencia por estudio.
- Considerar la adopción de vías reglamentarias que amplíen la regularización por criterio de estudios a niños y niñas que cursan la educación primaria.
- Garantizar el acceso a la Asignación Universal por Hijo a las y los peticionantes de asilo que carecen de DNI.
- Arbitrar mecanismos conducentes a clarificar las cuestiones de competencia en relación a los casos de niñas, niños y adolescentes no acompañados peticionantes de asilo, de modo que éstas no generen una demora en la intervención sobre la situación de fondo que se sustancia ante la CONARE. En tal sentido, en términos de garantías del procedimiento, podrían establecerse lineamientos de actuación que indiquen en qué casos interviene el organismo de protección local y cuándo interviene el fuero federal.
- Adecuar el art. 59 de la Ley N°25.871 a las pautas de la Ley N°26.390, estableciendo la multa agravada cuando se proporcione trabajo a menores de 16 años en situación migratoria irregular.
- Considerar la situación de niñas, niños y adolescentes víctimas de trata sin DNI para el acceso a programas de asistencia y restitución de derechos con residencia precaria.
- Considerar la perspectiva de niñez en las regulaciones de salud vinculadas a trasplante de órganos, garantizando el acceso a las prácticas, especialmente cuando se trata de niños o niñas menores de 5 años. Ello contribuirá a cumplir con los objetivos del desarrollo

sostenible que indican para 2030 poner fin a las muertes evitables de recién nacidos y de niños menores de 5 años.

- Promover alternativas que habiliten la posibilidad de acceder a la lista para trasplante a quienes son peticionantes de asilo y solo cuentan con residencia provisoria, asegurando el derecho a no contactar a las autoridades de su país.
- Tomar la técnica legislativa de la Ley Nacional de Educación como una buena práctica a replicar en otras normas.



Bibliografía



- Abramovich, Victor y Courtis, Christian. 2002. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Basualdo, Lourdes. 2017. "Inclusión diferencial de extranjeros/migrantes a trasplantes de órganos: Dilemas éticos frente a prácticas no éticas". En: *REMHU, Rev. Interdiscip. Mobil. Hum.*, Brasilia, v. 25, n. 50, ago. 2017, pp. 65-80. Disponible en: <https://www.scielo.br/j/remhu/a/HHCcqQ4RvJQWZQD4VQs5k4j/?lang=es&-format=pdf>.
- Ceriani Cernadas, Pablo e Ignacio Odriozola. 2021. *Personas migrantes. Expulsiones. Niños y niñas. Educación*. CSJN, "Huang, Qiuming c/EN-DNM s/recurso directo DNM"; "Otoya Piedra, Cesar Augusto c/EN-DNM s/recurso directo DNM", 7 de diciembre de 2021 y "Costa Ludueña, Peter Harry c/ UBA s/Amparo Ley 16.986", 28 de octubre de 2021. Disponible en: <https://debatesdh.blogspot.com/search?q=ceriani>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Migraciones Ley N° 25.871*. Noviembre de 2022. Disponible en <http://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/suplementos/suplemento/69/documento>.
- Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2017. *Informe presentado ante Comité de Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familias*, agosto de 2017. Disponible en https://defensoria.org.ar/archivo_noticias/comite-de-proteccion-de-los-derechos-de-los-trabajadores-migratorios-y-de-sus-familias-de-la-onu-publica-informe-de-la-defensoria/
- Defensoría General de la Nación. 2021. *Protocolo de actuación para facilitar el acceso a la justicia a las personas en contexto de movilidad humana para defensoras y defensores públicos en Argentina. Asistencia técnica para la implementación a nivel nacional del Modelo de Defensa Regional de personas en contexto de movilidad (Argentina)*.
- INCUCAI, Ministerio de Salud. 2022. Documento: *Pilares de sustentabilidad. Relatos y supuestos acerca de la trata de personas*. Disponible en: https://bancos.salud.gob.ar/sites/default/files/2018-10/0000000505cnt-pilares_sustentabilidad_trata_personas.pdf

- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. 2011. *Grupos en situación de vulnerabilidad de derechos humanos. Políticas públicas y compromisos internacionales*. Disponible en: http://www.jus.gob.ar/media/1129151/31-grupos_vulnerables.pdf
- Ministerio Público Fiscal. 2018. *Los derechos de niños, niñas y adolescentes Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012 – 2018)*. Disponible en: <https://www.mpf.gob.ar/dgdh/files/2017/07/DD-HH-cuadernillo-7-Niños-Niñas-y-Adolescentes.pdf>.
- Organización Internacional para las Migraciones, Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (OIM e IPPDH). 2016. *Derechos Humanos de la niñez migrante*. Disponible en: <https://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2018/08/IPPDH-MERCOSUR-Derechos-Humanos-de-la-Ninez-Migrante.pdf>
- Pacecca, María Inés; Galoppo, Lucía; Liguori, Gabriela y María Fernanda Vicario Caram. 2023. *La vulnerabilidad de la extrema vulnerabilidad como estándar para la protección de la niñez migrante. El fallo CSJN CAF 59609/2017/2/RH 1 C. G., A. c/ EN – DNM s/ recurso directo DNM*. En: Revista Derecho de Familia, Vol. II, 2023, pp. 11-19.



Ministerio de
Desarrollo Social
Argentina

**Secretaría Nacional de Niñez,
Adolescencia y Familia**