

Migración, derechos de la niñez y Asignación Universal por Hijo: las fronteras de la inclusión social

Pablo Ceriani¹, Paola Cymment² y Diego Morales³

Resumen

La Asignación Universal por Hijo (AUH) surge como una política social emanada de un decreto presidencial a fines de octubre de 2009, cuya implementación pretende superar y ampliar las políticas sociales focalizadas que se venían implementando en las dos décadas anteriores. En este sentido, se puede decir que con la AUH el Estado argentino dio un paso adelante en la incorporación del enfoque de derechos en las políticas sociales.

Sin embargo, la proclamada universalidad de la AUH presenta algunas limitaciones tanto en su diseño como en su implementación. Nos referiremos a una de esas limitaciones: la exclusión de la AUH con base en los años de residencia en el país. En la práctica, la restricción afecta a niños/as y adolescentes migrantes que no tengan residencia de al menos tres años en la Argentina, así como a niños/as argentinos cuyos padres, extranjeros, no tienen esos años de residencia en el país.

En este sentido, se trata de indagar -desde una perspectiva de derechos humanos- sobre los argumentos que exigen la residencia como condición para la obtención de la AUH, y en particular su contraste con los principios de universalidad, igualdad y no discriminación. El propósito de ese análisis es el de promover una reflexión sobre esta clase de distinciones asentadas sobre la nacionalidad de origen y, en consecuencia, profundizar el carácter universal de las políticas sociales.

¹ Coordinador del programa de políticas migratorias y derechos humanos del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (UNLa).

² Investigadora del proyecto “Los derechos de la niñez. Migración, Desarrollo y Derechos Humanos” del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (UNLa).

³ Director del Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS.

Migración, derechos de la niñez y Asignación Universal por Hijo: las fronteras de la inclusión social

1 – Introducción

A fines de octubre 2009 se aprobó por decreto presidencial la Asignación Universal por Hijo (AUH), una política social que se presentó como superadora de los planes de transferencia de ingresos focalizados que se implementaron a partir de los años 2001-2002, para paliar los efectos de la crisis económica y social en sectores de mayor situación de vulnerabilidad social.

Ahora bien, aún cuando el decreto 1602/2009 incorpora un subsistema no contributivo a la ley que regula el régimen de asignaciones familiares para extender el beneficio a aquellos grupos familiares que se encuentren desocupados o que desempeñen su actividad en la economía informal, el carácter “universal” de esta asignación tiene sus limitaciones, tanto en su diseño como en su implementación (CELS, 2011: 215 y ss.).

Al respecto, aquí analizaremos los principales obstáculos que han enfrentado niños y niñas migrantes, así como hijos/as de migrantes, en su acceso a la AUH, y por ende a su derecho a la seguridad social y al derecho a un nivel de vida adecuado, reconocido a todo niño o niña que habita en el país, sin perjuicio de su nacionalidad o condición migratoria, o la de sus padres.

2- Políticas sociales, derechos humanos y ciudadanía

2.1 El enfoque de derechos en las políticas sociales: avances y limitaciones en el caso de la AUH

En primer lugar, nos planteamos analizar cómo la AUH se presenta como una política social que incorpora el lenguaje de los derechos humanos, y cuál es la brecha existente entre la definición de la política, su diseño e implementación, al momento de incorporar la nacionalidad de origen de las personas que serían titulares del derecho que se propone asegurar.

El enfoque de derechos brinda un marco conceptual basado en los principios y estándares del derecho internacional de los derechos humanos, con el objetivo de guiar el diseño, aplicación y evaluación de las políticas públicas. En materia de políticas sociales, se trata así pasar de una perspectiva basada en la lógica de beneficiarios de políticas asistenciales para establecer políticas que garanticen el acceso a derechos de todas las personas..

Los principios de universalidad, igualdad y no discriminación deberían guiar las políticas sociales. Específicamente en el caso de políticas públicas que tengan impacto en la niñez, los principios rectores que emanan de la Convención de Derechos del Niño (interés superior del niño, no discriminación, derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo) constituyen elementos ineludibles.

A través de la Asignación Universal por Hijo (AUH) se ha avanzado en la incorporación del lenguaje de derechos con base en el reconocimiento de derechos y el establecimiento de parámetros mínimos de dignidad cuya garantía es responsabilidad

del Estado. Así, en los fundamentos del decreto 1602/09, se considera explícitamente a la AUH una medida de carácter universal y se invoca el principio de interés superior del niño y los derechos reconocidos en el orden jurídico nacional y en los tratados internacionales.

Por otra parte, en el mes de octubre de 2010, a través del decreto 1388/10, el Poder Ejecutivo Nacional estableció un aumento de las asignaciones familiares por hijo —de trabajadores del sistema formal—, así como de las AUH, que pasaron de \$180 a \$220, a partir del mes de septiembre. Este decreto, en lo que aquí nos interesa, aclaró que ambas asignaciones integran el sistema de la seguridad social, y que son equiparables como derecho a la seguridad social. De esta manera, el Estado reconoció que el derecho a la seguridad social incluye este tipo de transferencias y que ellas deben garantizar cierto monto mínimo (que debe actualizarse) a todas las personas que estén en las circunstancias que la AUH busca modificar y mejorar.

Con relación al impacto de las AUH se ha señalado que hoy se da cobertura a 3.684.441⁴ niño/as, que representan un 38% del total de menores de edad del país, los cuales no estaban protegidos por el régimen de asignaciones familiares. Las asignaciones familiares contributivas y las no contributivas de jubilados y receptores del seguro de desempleo alcanzarían a 4.800.000 niños y adolescentes del país (el 55% del total); y las deducciones de ganancias cubrirían a un 5% de los niños y jóvenes del país.

Según estimaciones de la OIT todos estos programas comprenden al 98% de los niños, de modo que restaría llegar a 200.000 que no están cubiertos por ningún componente del sistema. Igualmente, la OIT advierte que, incluso, este número podría ser mayor pues se trata de poblaciones que por su misma condición de vulnerabilidad no pueden ser “contabilizados”, por ejemplo personas indocumentadas (OIT y Bertranou, 2010).

También se han publicado numerosos informes⁵ que dan cuenta del impacto del programa en la reducción de la pobreza y la indigencia (entre otros, Gasparini y Cruces, 2010; Agis et al, 2010; D’Elia et al, 2010; y CIFRA, 2010). En general, todos destacan una reducción importante en la indigencia, aunque moderada en la pobreza.⁶ También reconocen una repercusión positiva en la matriculación escolar.

Ahora bien, más allá de este impacto, se ha señalado que existen grupos que permanecen excluidos de esta política social: entre ellos a los monotributistas (excepto los monotributistas sociales), las personas privadas de su libertad (incluyendo personas con discapacidad psicosocial), quienes no tengan DNI, quienes declaren tener un salario superior al Salario Mínimo Vital y Móvil (SMVM); aquellos que estén cobrando otros planes, o pensiones no contributivas, como por ejemplo las becas escolares, las familias que tengan 6 hijos y -lo que nos interesa en esta ponencia-, los migrantes que no tengan residencia de al menos 3 años en Argentina (CELS, 2011:224).

⁴ Datos de Personas Cubiertas por la Asignación Universal por Hijo. Noviembre de 2009 a Abril de 2010, según el Ministerio de Trabajo, citados por Agis, Emmanuel; en “Asignación Universal por Hijo para Protección Social. Reflexiones y perspectivas a un año de su implementación”, presentación en Congreso de Asociación de Economía para el Desarrollo de la Argentina (AEDA) y la Fundación Friedrich Ebert, el 25/11/2010.

⁵ Ver, entre otros,.

⁶ Respecto de la pobreza algunos estudios dan cuenta de una reducción de entre un 13% y un 30%; y respecto de la indigencia, de entre un 55% a un 70%.

En la práctica, entonces, persiste una brecha entre los parámetros ético normativos, que garantizan una universalidad en el acceso y su implementación, profundizando las diferencias entre la titularidad de derechos y su efectivo ejercicio (Pautassi, 2010).

Algunos de los criterios excluyentes, como se señaló, están directa o indirectamente basados en la nacionalidad de la o las personas, por lo cual es preciso examinar sucintamente esta clase de distinciones.

2.2 Los requisitos de nacionalidad y residencia para acceder a derechos. Los límites de una visión restringida de la “ciudadanía”

Entre los requisitos fijados para acceder a la AUH, el decreto 1602/09 establece que el niño sea argentino, **hijo de argentino** nativo o por opción, naturalizado o **residente con residencia legal en el país no inferior a tres años** previos a la solicitud y acreditar la identidad del beneficiario y del niño, mediante el Documento Nacional de Identidad.

Según esta redacción, parecería que los padres deberían ser residentes en el país, con una antigüedad de al menos tres años. Igualmente (en tanto las “comas” son algo confusas) no está claro si esa exigencia es a los niños y niñas. Por otro lado, es preciso tener el DNI argentino.

En cualquier caso, al exigir la nacionalidad argentina, o en su defecto, una cierta cantidad de años de residencia legal para acceder a este derecho, se está recurriendo a un uso restringido de la noción de ciudadanía, que repercute en criterios y políticas excluyentes para los migrantes. La ciudadanía, al ser asociada a la nacionalidad, no actúa como un factor de inclusión e igualdad, sino, al contrario, como un elemento que contribuye a generar privilegios y discriminación, en contraposición a la universalidad e igualdad que debería guiar las políticas destinadas a garantizar derechos fundamentales (Asa y Ceriani Cernadas 2010:345).

Ante la imposición de esta clase de requisitos adicionales basadas en la nacionalidad, es preciso efectuarse una serie de preguntas con el objeto de identificar los fundamentos que podrían justificar esas medidas: ¿Cuál es el objetivo buscado a través de esos requisitos? ¿En qué se beneficia el estado y la sociedad con la exclusión de cientos de familias de ese derecho fundamental por ese período de tiempo? ¿Se trata de una cuestión de gasto social? Pero en ese caso, ¿sería un criterio válido para reglamentar el acceso a este tipo de derechos? ¿O se trata más bien de evitar una suerte de efecto llamada, es decir, un supuesto escenario en el cual la migración se incrementa sustancialmente con el fin de acceder a este derecho? ¿Hay alguna evidencia real de que esto podría suceder? Y si no, ¿se trata de asegurar algún privilegio a los nacionales, que además deben ser hijos de nacionales? Si así lo fuera, retornamos a la pregunta sobre cuáles serían los beneficios de estos privilegios y, al contrario, cuál sería el impacto de excluir de ese derecho a un grupo social en situación de vulnerabilidad.

Esta clase de preguntas obligan a reflexionar y debatir sobre las diferencias en el acceso a los derechos que, en la mayoría de los países, se suelen establecer con base en la nacionalidad. Incluso, en la actualidad, las políticas migratorias crecientemente restrictivas que han sido aprobadas en diversas regiones (en particular, en algunos países de la Unión Europea) han profundizado este tratamiento desigual. Sin embargo, lejos de promover la inclusión y cohesión social, contribuyen no sólo a negar derechos

humanos universales, sino a la marginalidad y exclusión, o incluso a situaciones de conflicto social en el corto o largo plazo.

El uso restringido de la ciudadanía atada a la nacionalidad o la residencia legal se apoya en la aplicación de una noción desfasada –contradictoria pero funcional- del principio de soberanía estatal en materia migratoria. Es decir, al regular las condiciones de ingreso a un país, también se fijan criterios diferenciadores para acceder a derechos fundamentales. Mientras que en las últimas décadas la noción de soberanía ha sido sustancialmente modificada por diversos procesos –de diferente naturaleza-, que van desde los componentes del modelo económico neoliberal, el avance de instancias de integración regional, hasta la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos (Asa y Ceriani Cernadas, 2010: 338 y 350), en el campo de las políticas migratorias (y los criterios de ingreso y permanencia a un país), los Estados siguen intentando reafirmar su deteriorada soberanía con el objetivo de excluir a los “residuos de la globalización” (Bauman, 2005:78-81).

Una política social de carácter “universal” como la AUH debería actuar como una política de inclusión social de la población migrante, en particular de quienes han migrado en circunstancias de vulnerabilidad y exclusión, las cuales persisten en el país de destino. En este sentido, los objetivos de una política social tan extendida, e incluso novedosa, como la AUH, es precisamente asegurar una cobertura mínima al derecho a la seguridad social de los grupos sociales en situación de exclusión. Es decir, de contribuir al derecho a un nivel de vida adecuado de todas las personas, así como al derecho a la educación y la salud de los niños, niñas y adolescentes. Ante ello, cabe preguntarse nuevamente por la razonabilidad de excluir personas en tales condiciones, con base en su nacionalidad de origen y el tiempo de residencia en el país. Más aún, en el caso de Argentina, cuya legislación migratoria reconoce no sólo el derecho a migrar, sino también la igualdad de los derechos sociales, sin perjuicio de la nacionalidad y la condición migratoria de la persona, como veremos en la próxima sección.

En cuanto a esas distinciones, cabe destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano de interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el caso de las niñas *Yean y Bosico vs. República Dominicana* indicó “que el deber de respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado”⁷, y señaló que “...la protección internacional de los derechos humanos pone de relieve la obligación general de los Estados Partes de tratados como la Convención Americana, de respetar y asegurar los derechos protegidos a todos los individuos bajo sus respectivas jurisdicciones, independientemente del vínculo de nacionalidad”⁸.

De allí que la situación migratoria regular, y la nacionalidad, de una persona en un Estado no son condiciones necesarias para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus nacionales y a toda persona extranjera que se encuentre en su jurisdicción, destacando que el Estado sólo puede otorgar un trato distinto entre los migrantes, siempre y cuando ese trato diferencial sea

⁷ Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, sentencia de 8 de septiembre de 2005, párr. 155.

⁸ Corte IDH en el *Caso Yean y Bosico vs. República Dominicana*, voto particular del Juez Cañado Trindade, párr. 12.

razonable, objetivo, proporcional y no lesione los derechos humanos⁹. De lo contrario, ello puede derivar en responsabilidad internacional del Estado¹⁰.

A partir de este criterio se deriva un corolario esencial: si bien los Estados, en el ejercicio de su política migratoria, podrían adoptar medidas que resulten en la restricción en el ejercicio de ciertos derechos de las personas migrantes, no pueden, a partir de la condición migratoria, excluir a una clase de personas que se encuentran bajo su jurisdicción y control, de la protección que les otorga el derecho internacional de los derechos humanos¹¹. Esa restricción no equivaldría a negar la titularidad de ningún derecho, sino solamente regular su ejercicio, pero el aspecto fundamental sería la obligación de fundamentar la razonabilidad que lleva a fijar condiciones diferenciales para el ejercicio de un determinado derecho¹².

En tal sentido, consideramos que ello no podría ocurrir, en particular, cuando se trata de medidas que buscan asegurar un contenido mínimo de derechos básicos como la seguridad social. Mientras que la fijación de algún tiempo mínimo de residencia para ejercer los derechos políticos, podría considerarse razonable y justificada, precisamente, en el proceso de integración de las personas migrantes al país de destino que se va produciendo paulatinamente a través del tiempo, en el caso de derechos sociales, al contrario, ello puede profundizar situaciones de vulnerabilidad y exclusión. En este sentido, se ha señalado que la ciudadanía (entendida como nacionalidad) constituye el último factor de exclusión y discriminación (Ferrajoli, 1999:117).

3- Marco legal: la ley de Migraciones y ley de Protección Integral

3.1 La nueva Ley de Migraciones

Hasta el año 2004, la política migratoria argentina estuvo regida por la Ley 22.439, conocida como Ley Videla. Esta norma fue fuertemente cuestionada por concebir a las personas migrantes como una amenaza a la seguridad nacional, así como por las restricciones que establecía respecto de derechos fundamentales con base en la situación migratoria de la persona, ya que las personas en situación migratoria irregular veían restringido el acceso a diversos derechos (Giustiniani et al., 2004).

El 17 de diciembre de 2003 el Senado aprobó la derogación de la ley Videla y la sanción de la nueva ley migratoria (Ley N° 25.871), promulgada luego por el Poder Ejecutivo, entrando en vigencia el 21 de enero de 2004. Esta ley contó en su elaboración y discusión con una activa participación de las organizaciones de la sociedad civil¹³, y contiene una serie de artículos que en buena medida suponen la introducción de un

⁹ Corte IDH, OC-18/03, párrs. 118 y 119. En igual sentido, Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, párr. 155

¹⁰ Corte IDH, OC-18/03, párr. 106.

¹¹ En igual sentido, para la Relatoría de la CIDH, "...la condición migratoria de las personas puede constituir un factor al evaluarse la manera en que el Estado puede dar efecto adecuadamente a los derechos consagrados en la Declaración o la Convención. Sin embargo, dicha condición migratoria jamás puede servir para excluir a las personas de las protecciones básicas que les otorga el derecho internacional de los derechos humanos", CIDH, *Cuarto Informe*, párr. 101.

¹² Para un mayor desarrollo de esta idea, ver Ceriani, Fava y Morales (2009).

¹³ Para conocer más detalles sobre el trabajo de la sociedad civil en pos de una nueva ley migratoria, ver Correa (2004:173-177).

enfoque de derechos humanos a las políticas migratorias. (Ceriani Cernadas y Fava 2010: 23)

En la nueva ley se reconoce expresamente el derecho a migrar como derecho humano. El artículo 4 establece que “el derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad”. Además, en su artículo 13 la ley incorpora el principio de no discriminación¹⁴ y en su artículo 28 el principio *pro homine*¹⁵. De igual manera, la obligación del Estado de garantizar la reunificación familiar (arts. 3 y 10) permite dar un marco jurídico protector de la infancia migrante o los hijos de migrantes, tanto para permitir su ingreso y residencia al país como para evitar que algunas decisiones (por ejemplo, de expulsión) impliquen la separación de la familia¹⁶.

Sin dudas, uno de los cambios más importantes de esta ley es en materia de derechos sociales, precisamente el tema que aquí nos interesa. En efecto, la ley reconoce la igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros, y en particular en cuanto a los derechos a la educación y a la salud, prohibiendo expresamente su negación o restricción con base en la irregularidad migratoria (artículos 7 y 8).

Además, el artículo 6 de la ley reafirma y profundiza la igualdad entre nacionales y extranjeros prevista en la Constitución Nacional desde hace más de un siglo y medio (artículos 14-20), al establecer lo siguiente: “El Estado en todas sus jurisdicciones, asegurará el acceso igualitario a los inmigrantes y sus familias **en las mismas condiciones** de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales, en particular lo referido a **servicios sociales**, bienes públicos, **salud, educación**, justicia, trabajo, empleo y **seguridad social**”.

De particular relevancia para esta ponencia este artículo, ya que establece el igual acceso a los servicios sociales y la seguridad social para nacionales y extranjeros, en consonancia con la Constitución Nacional¹⁷ y con la prohibición de discriminación derivada de los instrumentos internacionales. El mandato es claro: esta disposición supone una revisión de normas y políticas vigentes en relación con el acceso a los derechos, de modo de eliminar o reformar toda distinción o negación basada en la nacionalidad. A su vez, al no sujetar esta igualdad a la condición migratoria de la persona, las diferencias impuestas a esos derechos con base en el status migratorio serán ilegítimas o, al menos, podrá presumirse su inconstitucionalidad.

No obstante, la nueva ley de migraciones omite considerar de manera específica a la niñez migrante (principios y estándares como el interés superior del niño o el derecho a

¹⁴ Artículo 13 de la Ley 25.871 “A los efectos de la presente ley se considerarán discriminatorios todos los actos u omisiones determinados por motivos tales como etnia, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, género, posición económica o caracteres físicos, que arbitrariamente impidan, obstruyan, restrinjan o de algún modo menoscaben el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y las leyes”.

¹⁵ Artículo 28 de la Ley 25.871 “Los extranjeros incluidos en Acuerdos o Convenios de Migraciones suscriptos por la República Argentina se regirán por lo dispuesto en los mismos y por esta ley, en el supuesto más favorable para la persona migrante...”

¹⁶ Este artículo está relacionado con la protección del derecho a la vida familiar y en particular, el derecho de los niños a no ser separados de sus padres, tal como lo establece la CDN en su artículo 9.

¹⁷ Nos referimos en particular al artículo 20 de la Constitución Nacional.

ser oído) al regular ciertos aspectos de la residencia en el país y los procedimientos migratorios. Asimismo, la ley no hace ninguna alusión a la posible intervención de autoridades u organismos en materia de infancia en casos de niños migrantes.

3.2 Ley de Protección Integral

En el caso de los niños y niñas migrantes la ley de migraciones se debería articular con la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Ley N° 26.061) que también amplía el campo de derechos. Con la nueva ley se deroga la anterior ley 10.903 de Patronato de Menores y se instaura la aplicación de un nuevo paradigma cuyos pilares fundamentales son el principio del interés superior del niño y la concepción de los niños, niñas y adolescentes como sujeto de derechos.

Estos principios surgen de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que Argentina ratificó en 1990 e incorporó a la Constitución en la reforma de 1994 (art. 75 inc.22). La primera parte de la ley 26.061 establece los principios generales que la sustentan, en consonancia con aquellos provenientes del derecho internacional de los derechos humanos, particularmente de la CDN: universalidad, no discriminación, pro homine, irrenunciabilidad, indivisibilidad, e interdependencia

Si bien hay un claro avance en la incorporación del enfoque de derechos y particularmente de los principios de no discriminación¹⁸ y universalidad, en lo que hace directamente a la cuestión de niñez y migración, puede observarse que si bien la Ley de Protección Integral es posterior a la sanción de la Ley de Migraciones, en su texto no se encuentran referencias explícitas a los derechos, situación o necesidades particulares que puedan tener los niños migrantes o hijos de migrantes. (Ceriani Cernadas y Fava 2010:31)

4. Límites y contradicciones de la AUH en materia de niñez y migración

4.1 Contradicciones con el marco legal nacional y los tratados internacionales

Existen, como adelantamos, limitaciones y contradicciones que se presentan en la implementación de la AUH en base a la confrontación del decreto con los instrumentos internacionales de protección de los derechos del niño, la legislación nacional en la materia, como la Ley de Migraciones y la Ley de Protección Integral. Como hemos subrayado anteriormente el decreto 1602/09 que establece la AUH requiere que el niño sea argentino, hijo de argentino nativo o por opción, naturalizado o **residente con residencia legal en el país no inferior a tres años** previos a la solicitud.

Como decíamos anteriormente, la redacción del decreto es poco clara. Ahora bien, si esta exigencia (de 3 años de residencia) se refiere a los padres, nos encontramos con una primera contradicción con los estándares y principios de derechos humanos, ya que se

¹⁸ El art. 28 de la ley 26.061 establece: “Las disposiciones de esta ley se aplicarán por igual a todos las niñas, niños y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos raciales, de sexo, color, edad, idioma, religión, creencias, opinión política, cultura, posición económica, origen social o étnico, capacidades especiales, salud, apariencia física o impedimento físico, de salud, el nacimiento o cualquier otra condición del niño o de sus padres o de sus representantes legales”.

estarían afectando derechos de niños y niñas con base en la nacionalidad y residencia de sus padres.

Al respecto, es preciso destacar que la Convención de Derechos del Niño (CDN) establece el deber de los Estados Partes de respetar los derechos enunciados en ella y de asegurar su aplicación a cada niño *sujeto a su jurisdicción*, sin distinción alguna e independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o **cualquier otra condición del niño, de sus padres** o de sus representantes legales (art. 2).

Asimismo, la Ley de Protección Integral (Ley 26.061) dispone en su artículo 1° que su objeto es asegurar los derechos de los niños, niñas y adolescentes *que se encuentren en el territorio de la República Argentina*, sin establecer ninguna distinción entre argentinos y extranjeros, recogiendo asimismo el artículo 28 el principio de igualdad y no discriminación a los efectos de su aplicación tanto respecto del niño como de sus padres o representantes legales.

El principio de igualdad y no discriminación debe entenderse como una doble garantía para los niños ya que, por una parte, las políticas estatales deben asegurar el acceso a derechos sin ningún tipo de distinción respecto del niño como titular de derechos y, por la otra, impide que dichas distinciones se efectúen respecto de sus padres, tutores o representantes a través de quienes ejercen estos derechos. El paso de un enfoque tutelar a considerar a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos (cambio exigido por la CDN, pero también por la propia ley de protección integral), está directamente vinculado con la necesidad de abandonar estas restricciones basadas en la situación de los padres.

Por otra parte, la exigencia del plazo de residencia de 3 años resulta incompatible con la propia Ley de Migraciones, toda vez que ésta establece directivas claras respecto al acceso a derechos de los migrantes, estableciendo la obligación del Estado de asegurar las condiciones que permitan una efectiva igualdad de trato (art.5) y el acceso igualitario de los inmigrantes y sus familias **en las mismas condiciones** de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales. En particular, en relación a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social (art. 6).

En consecuencia, debemos entender que la instrumentación del beneficio previsto en el Decreto 1602, al poner en cabeza de los padres y no del niño como titular del derecho, y exigirles a aquéllos un criterio excluyente con base en su nacionalidad y residencia, contradice principios fundamentales de la Convención sobre Derechos del Niño, así como la normativa migratoria y de infancia vigente en Argentina.

En otro orden de ideas, se debe advertir que el decreto introduce una distinción más entre aquellos hijos de residentes legales y empleo formal, quienes perciben la asignación que prevé la Ley N° 24.714 y los hijos de residentes legales que, paradójicamente, a pesar de encontrarse en una situación de mayor vulnerabilidad,

como lo señala el propio Decreto 1602/09, por carecer de un trabajo formal, deben acreditar tres años de residencia.¹⁹

4.1.1. La reglamentación amplía las restricciones

Una resolución de la ANSES (393/09) fija un criterio aún más restrictivo que el establecido en el decreto antes examinado. En el artículo 5° de esta resolución se establece que “Para acceder a la Asignación Universal por Hijo para Protección Social **el titular y el niño, adolescente y/o persona discapacitada** deberán residir en la República Argentina, ser argentinos, nativos o naturalizados, o con residencia legal en el país no inferior a tres (3) años previos a la solicitud”. En el caso de esta resolución, a ambas partes, el titular y el beneficiario se les exige una residencia legal de 3 años, cuando el decreto es mucho más ambiguo en este sentido, como ya se explicó. Es decir, la ANSES amplió las restricciones impuestas en el decreto.

Aquí nos encontramos directamente con una discriminación basada en la nacionalidad y tiempo de residencia del niño, niña o adolescente que se beneficiaría con el acceso a la AUH. Pese a que la Convención sobre Derechos del Niño prohíbe expresamente cualquier clase de distinción basada –entre otros motivos- en la nacionalidad u otra condición social, la ANSES impone tres años de residencia en el caso que los NNA sean de nacionalidad extranjera, aún si residen en el país. A su vez, al referirse únicamente a residencia “legal”, ello excluiría a personas que, aún residiendo en el país por un plazo mayor que tres años, no estarían en condiciones de ejercer ese derecho.

Sin perjuicio de la residencia “legal”, también es preciso señalar que ni el decreto 1602/09 ni la resolución de la ANSES realizan una distinción entre tipos de residencias que existen, sea permanente, temporaria o precaria. Esta falta de claridad genera una gran incertidumbre a la hora de computar los 3 años de residencia. No queda claro si se cuentan a partir de la adquisición de la residencia precaria o a partir de la adquisición de la residencia temporaria o permanente.

4.2 Las diferentes situaciones en las que se obstaculiza la obtención de la AUH para niño/as migrantes o hijos de migrantes.

En la práctica, desde la sanción del decreto de la AUH en octubre de 2009 han aparecido distintas situaciones en las que no se ha podido acceder a este programa social debido a la exclusión prevista en la norma, o bien con base en resoluciones adoptadas por la ANSES, o incluso en prácticas administrativas²⁰. En estos dos últimos casos, llevando aún más allá –ilegítimamente- la propia distinción impuesta en el decreto de creación de la AUH.

¹⁹ Es cierto también que incluso para el supuesto de extranjeros con residencia en Argentina y empleo formal se han presentado situaciones en las que la ANSES decidió no abonar el seguro de desempleo previsto legalmente porque el titular de ese derecho no había presentado DNI. Ver en este sentido, caso “Quintanilla Puma c. Anses, s/amparo”, citado en Rodríguez Miglio y Toledo (2009).

²⁰ Si bien no se describen casos individuales, cabe señalar que este análisis surge de información proporcionada por la Clínica Jurídica CAREF-CELS, el servicio social de CAREF y los casos presentados por distintos organismos públicos (entre otras, la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación y la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires) en el marco de la mesa sobre adecuación normativa, niñez y migración, coordinada por el programa de migraciones de la UNLa y la oficina de UNICEF en Argentina.

Existen dos variantes principales con respecto a las condiciones para el acceso a este derecho²¹: en primer lugar, se da el caso en el cuál tanto los padres como los hijos son inmigrantes y no pueden acreditar los 3 años de residencia legal en el país. En este caso, además, se debe determinar cómo se calculan esos tres años de residencia legal, si es que dentro de esos tres años se computa el tiempo residencia precaria o no.²²

En este caso, el argumento principal para la negación del acceso a un derecho es la situación migratoria. Sin embargo, la situación de irregularidad puede darse durante largos períodos de estancia en Argentina, de allí que si pudiera probarse los 3 años como residencia de hecho en lugar de residencia legal, esto podría ampliar el universo de personas que accedan a la AUH.²³ Más aún cuando los procedimientos de regularización y adquisición de residencia no funcionan flexible y efectivamente, de modo que se incentivan y se reproducen comportamientos de irregularidad²⁴.

En segundo lugar, se ha negado el acceso a la AUH porque los padres no pueden acreditar residencia legal por 3 años pese a que su hijo ha nacido en el país y tiene la nacionalidad Argentina. En este caso, la condición irregular migratoria de los padres se estaría transmitiendo a la generación de sus hijos, en violación a tratados internacionales y las leyes migratorias y de infancia, como ya destacamos.

De todas estas situaciones, se puede identificar que uno de los principales problemas que existen es la interpretación que se hace de la prescripción de “residencia legal” que se hace en el decreto 1602 y – de forma aún más restrictiva- en la resolución 393/09 de la ANSES. En este sentido, en noviembre de 2010 la Clínica CAREF-CELS realizó un pedido de informes que al ANSES en el cual solicitaron información sobre el concepto y alcance jurídico de la prescripción “residencia legal” utilizada en el plexo normativo que regula la asignación universal por hijo. En enero de 2011, ANSES respondió que la residencia es legal cuando “la misma se ajusta a las prescripciones de la Ley 25.871, el

21 Además de estas situaciones donde el obstáculo es el estatus migratorio, también han aparecido casos de migrantes que no han podido acceder a la AUH pese a contar con los 3 años de residencia legal debido a la incompatibilidad con otros planes sociales (ticket social del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires o pensiones no contributivas como la pensión por discapacidad) o por falta de DNI.

22 El Artículo 20 de la ley 25.871, establece que 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". Su validez será de hasta ciento ochenta (180) días corridos, pudiendo ser renovables hasta la resolución de la admisión solicitada, y habilitará a sus titulares para permanecer, salir y reingresar al territorio nacional, trabajar y estudiar durante su período de vigencia. La extensión y renovación de "residencia precaria" no genera derecho a una resolución favorable respecto de la admisión solicitada.

23 Conviene señalar que esta solución ya fue brindada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la hora de establecer el cómputo del plazo para solicitar la nacionalidad argentina. En ese supuesto, la Corte señaló que el concepto de residencia requerido por la Constitución no es el de residencia legal; es, en rigor, una cuestión de hecho que puede probarse a través de cualquier medio de prueba. (CSJN, caso “Ni, I Hsing”, en *Fallos* 332:1466)

24 Debe advertirse que el programa de regularización migratoria Patria Grande, que alcanzaba exclusivamente a aquellos residentes del Mercosur y Países asociados, tenía previsto la regularización de medio millón de personas que residían en Argentina, sin poder acceder a la residencia como consecuencia de la vigencia de la vieja ley de migraciones, se inició en el año 2006, y de los 423.697 expedientes iniciados, apenas en 98.539 expedientes se otorgaron residencias permanentes y 126.385 tienen aún una residencia temporaria, y deben continuar los trámites para la obtención de una residencia permanente. En cambio, en casi 200.000 expedientes los migrantes no han podido siquiera completar los requisitos exigidos para acceder y obtener su radicación en el marco del Programa. Es dable concluir que los objetivos del Programa todavía no se alcanzaron (CELS-FIDH, 2011).

Decreto 616/2010²⁵ y las resoluciones emanadas de la Dirección Nacional de Migraciones”. También respondió que posteriormente al decreto 1602/09 y a la resolución de la ANSES 393/09, no se ha dictado resolución alguna que establezca el concepto y/o alcance jurídico de la prescripción “residencia legal”.

Además de las arbitrariedades burocráticas, existen claros problemas directamente vinculados a una incongruencia normativa, en donde las normas exigen un determinado tipo de residencia o una cierta cantidad de años en el territorio nacional, sin que ello encuentre vinculación alguna con la situación de vulnerabilidad social en la que se encuentran las personas titulares de estos derechos. De esta manera, se establecen diferentes niveles de titularidad de derechos – o condiciones para su ejercicio- en razón de la nacionalidad o del estatus migratorio de la persona, en contra de lo establecido por diferentes tratados internacionales y la jurisprudencia²⁶.

Consideramos, entonces, que una de las principales causas que obstaculizan el acceso a derechos por parte de las personas migrantes es la condición de irregularidad migratoria. Es por eso que la AUH podría actuar como un ámbito estratégicamente útil para contribuir a la regularización migratoria de las personas que residen en el país, así como sucede con los ámbitos de la educación y salud, en virtud de los artículos 7 y 8 de la ley de migraciones. Ello estaría en concordancia con el artículo 17 de la ley de migraciones que dispone “El Estado proveerá lo conducente a la adopción e implementación de medidas tendientes a regularizar la situación migratoria de los extranjeros”.

La revisión de estos criterios también estaría en consonancia con las numerosas declaraciones realizadas por el gobierno en los últimos años, en relación con los elementos medulares de la nueva política migratoria argentina: igualdad de derechos y acceso a la regularización migratoria como condición necesaria para la inclusión social y la lucha contra la exclusión, la marginalidad y la explotación (AA.VV., 2011). Es decir, objetivos notoriamente similares a los propuestos a la AUH

5 - Conclusiones y perspectivas a futuro

En base a lo expuesto, hemos visto como existe una brecha entre los avances en la incorporación del enfoque de derechos en la legislación nacional y en las políticas sociales y la puesta en práctica de la normativa. Para el caso de la AUH, tanto los niños y niñas migrantes como los hijos de padres migrantes ven obstaculizado su derecho a acceder a una prestación social a raíz de un requisito basado en el estatus migratorio, o el tipo y duración de su residencia, lo que va en perjuicio de las personas más vulnerables.

En este sentido, al estar la titularidad de la AUH en cabeza de la madre, padre o tutor, esta política social no ha contemplado un mecanismo orientado al respeto y garantía de los derechos de los niños y niñas migrantes: ni cuando los niños migran con sus padres,

²⁵ El decreto 616/2010 es el que reglamenta la Ley de Migraciones 25.871

²⁶ En el caso *Reyes Aguilera, Daniela c/Estado Nacional*, Sentencia del 4 de septiembre d 2007 la Corte Suprema entendió que el requisito de tener que acreditar una residencia continuada de 20 años en el país para acceder a una pensión por discapacidad constituía un exceso reglamentario del poder ejecutivo que partía de una discriminación entre nacionales y extranjeros prohibida por la Constitución Nacional y tratados internacionales ratificados por la Argentina.

ni cuando nacen en el país de destino y sus padres no tienen permiso de residencia. Asimismo, la titularidad de los padres también dejaría fuera a los niños que migran solos.

Esto también evidencia la ausencia de una política expresamente orientada a adecuar todo el ordenamiento jurídico a los principios y derechos reconocidos en la legislación migratoria y en los tratados de derechos humanos (Asa y Ceriani Cernadas 2010: 371). En este sentido, la doble situación de vulnerabilidad en que pueden hallarse niños y niñas migrantes –tanto por su propia situación migratoria como por la de sus padres– requiere por parte del Estado modificar las exclusiones definidas en el decreto.

Por lo tanto, entendemos que, por un lado, se debería revisar el criterio de los 3 años de residencia dada su incompatibilidad con la ley de migraciones y la ley de protección integral de la infancia y la adolescencia, así como de tratados internacionales de derechos humanos.

Por el otro, deberían revisarse los criterios de contabilizar estos tres años, ya que podría tomarse la residencia de hecho como base para acceder a la AUH. Ambas políticas, la AUH y la migratoria (nueva ley y mecanismos de regularización) tienen como objetivo central el de contribuir al desarrollo humano, a la inclusión social y a la lucha contra la exclusión. Por lo tanto, regularización migratoria y acceso a derechos sociales en igualdad de condiciones, serían medidas que complementariamente coadyuven a que miles de familias puedan mejorar sus condiciones de vida y, en definitiva, a cumplimentar los objetivos de dichas políticas.

En conclusión, advertimos que para efectivamente incorporar el enfoque de derechos en las políticas sociales es necesario profundizar en la efectiva incorporación de los principios y estándares que integran esa perspectiva de derechos, tanto en el diseño de la política como en su implementación. De esta forma, se podrá avanzar hacia la implementación de políticas sociales de carácter universal, inclusivas y que permitan superar situaciones de pobreza estructural y alcanzar a los sectores más marginados de la sociedad.

Bibliografía

AA.VV. 2011, La ley migratoria, el derecho a migrar y el acceso a la residencia: una ley para todos, un derecho universal (Buenos Aires, inédito):

Abramovich, Víctor 2004 “Una aproximación al Enfoque de Derechos en las Estrategias y Políticas de Desarrollo de América Latina”, Derechos y Desarrollo en América Latina: una Reunión de Trabajo”, Santiago, Chile, diciembre 9 y 10 del 2004.

Abramovich, V. (2006) “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”. Revista de la CEPAL (Santiago de Chile), núm. 88 (abril).

Abramovich, V. y Ceriani Cernadas, Pablo 2009, Estudio sobre la articulación de políticas migratorias y los estándares de derechos humanos aplicables a la niñez en América Latina y el Caribe, (Oficina Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe y Universidad Nacional de Lanús, Panamá).

Agis, Emmanuel, Cañete, Carlos y Panigo, Demián 2010, “El impacto de la Asignación Universal por Hijo en Argentina”, en http://www.ceil-piette.gov.ar/docpub/documentos/AUH_en_Argentina.pdf

Asa, Pablo y Ceriani Cernadas, P. 2010 “Migrantes, Derechos Sociales y Políticas Públicas en América Latina y el Caribe: La Universalidad en Juego” en Arcidiácono, Pilar; Espejo Yaksic, Nicolás y Rodríguez Garavito, César (coordinadores) Derechos Sociales: justicia, política y economía y América Latina (Bogotá: Siglo del Hombre Editores)

Bauman, Zygmunt 2005 (2004) Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias (Paidós, Buenos Aires)

Centro de Investigación y Formación de la República Argentina (CIFRA) 2010, *Documento de Trabajo N° 7: La Asignación Universal Por Hijo a un Año de su Implementación* (Buenos Aires)

CELS-FIDH 2011, “Argentina. Avances y asignaturas pendientes en la consolidación de una política migratoria basada en los derechos humanos”, (Federación Internacional de Derechos Humanos, Paris)

CELS 2010, “Idas y vueltas en las políticas sociales: el protagonismo de la pobreza en la agenda pública”, en CELS, Derechos Humanos en Argentina, Informe 2010 (Siglo XXI, Buenos Aires)

Ceriani Cernadas, P. y Fava, Ricardo (coordinadores, 2010) Estudio sobre los derechos de niños y niñas migrantes a 5 años de la nueva ley de migraciones (Buenos Aires: Universidad Nacional de Lanús – Centro de Derechos Humanos) documento elaborado para UNICEF Argentina.

Ceriani, Fava, R.; Morales, D. 2009; “Políticas migratorias, el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación. Una aproximación desde la jurisprudencia del Sistema

Interamericano de Derechos Humanos”, en Ceriani P. y Fava, R. (coords.), Políticas Migratorias y Derechos Humanos (Universidad Nacional de Lanús, Lanús)

Correa, Violeta 2004, “La nueva ley de migraciones y la participación de las organizaciones de la sociedad civil”, en Giustiniani, Rubén, Migración: un derecho humano. Ley de Migraciones N° 25.871, Ed. Prometeo, pp. 173-177

D’Elia, Vanesa, Calabria, Alejandro, Calero, Analía, Gaiada, Julio, y Rottenschweiler, Sergio 2010; *Asignación Universal por Hijo para Protección Social: Una política de inclusión para los más vulnerables* (Gerencia de Estudios de la Seguridad Social/ANSES)

Ferrajoli, Luigi 1999, De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona, en Derechos y garantías. La ley del más débil (Ed. Trotta, Madrid)

Gasparini, Leonardo y Cruces, Guillermo Cruces 2010 “Las Asignaciones Universales por Hijo Impacto, Discusión y Alternativas”, CEDLAS, Universidad Nacional de La Plata, 5 de julio de 2010

Giustiniani, Rubén 2004, Migración. Un derecho humano (Prometeo, Buenos Aires)

Pautassi, Laura y Zibecchi, Carla 2010 “La provisión de cuidado y la superación de la pobreza infantil. Programas de transferencias condicionadas en Argentina y el papel de las organizaciones sociales y comunitarias”, División de Desarrollo Social (CEPAL), Santiago de Chile, enero de 2010, serie Políticas Sociales N° 159.

Pautassi, Laura 2009 “Límites en la agenda de reformas sociales. El enfoque de derechos en la política pública” en Courtis, C. (comp.) Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho (Buenos Aires: Eudeba).

Pautassi, Laura y Gamallo, Gustavo (2009) “Políticas y derechos: la agenda social en debate”, UBACYT MS10 Políticas Sociales, enfoque de derechos y marginación social en la Argentina (2003-2009)

Rodríguez Miglio, E. y L. Toledo (2009), “Jurisprudencia argentina en materia de derechos de los migrantes”, en Ceriani y Fava (eds.), Políticas Migratorias y Derechos Humanos (Lanús, Universidad Nacional de Lanús)