

DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Demián ZAYAT ¹

I. Introducción

El derecho humano a migrar fue reconocido por nuestro país en el artículo 4 de la ley 25.871 que 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*” ². La Convención Americana sobre Derechos Humanos ya había reconocido el derecho “*a salir libremente de cualquier país*” en el artículo 22 inciso 2, y del mismo modo lo había hecho el artículo 12 inciso 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En general, la violación de derechos estructurales en el país de origen es lo que determina a una persona a tomar la decisión de migrar en búsqueda de mejores condiciones de vida.

En el país de destino, la recepción de migrantes puede dar lugar a prejuicios y a un trato discriminatorio, lo que en última instancia, afecta el derecho a la igualdad de las personas en razón del distinto lugar de nacimiento o la nacionalidad. Si algo significa la universalidad de los derechos humanos es que todas las personas debemos ser tratadas de un modo igual, sin importar entre otras cosas, dónde hayamos nacido o qué nacionalidad tengamos.

Las migraciones suelen ser beneficiosas para el país de destino: los migrantes agregan diversidad y valor a la producción económica, incorporan conocimientos y experiencia diversa, y generan una porción importante del PBI. Además, incrementan la fuerza de trabajo de un país, y muchas veces, por falta de mejores oportunidades, terminan haciendo el trabajo que los nacionales prefieren no hacer.

1 Abogado (UBA), Master en Derecho (JSM-Universidad de Stanford, 2009). Actualmente es Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Palermo, y profesor de Derecho Antidiscriminatorio en la Maestría de la misma Universidad.

2 Algo similar establece la Constitución de Ecuador de 2008, la ley migratoria uruguaya de 2008, la ley de Bolivia de 2013, y la ley de Perú de 2015

Sin embargo, a través de un discurso construido por algunos actores políticos o por los medios de comunicación, a través de mitos, estereotipos y falsas representaciones, los migrantes son presentados como los causantes de los males de la sociedad, y en base a esta construcción estereotipada y falsa, sin sustento estadístico, se genera prejuicio y discriminación en su contra.

Entendiendo las ventajas de la recepción de migrantes, los constituyentes de 1853 incorporaron el artículo 25 de la Constitución Nacional, que fomenta la inmigración europea, y prohíbe restringir el ingreso al país de quienes vengan a trabajar la tierra, mejorar las industrias o enseñar ciencia y artes. Asimismo, el artículo 20 de la Constitución garantiza a los migrantes los mismos derechos civiles de los nacionales; y el artículo 14 de la Constitución, referido a estos derechos civiles, garantiza el derecho a entrar y salir del país. El objetivo era, desde ya, recibir la mayor cantidad de migrantes, preferentemente de Europa. Esto se vio reflejado en la gran afluencia de migrantes españoles e italianos a nuestro país: en 1914, los migrantes llegaron a ser el 30% de la población, en 1947, el 15% de la población total, y luego esta relación fue decreciendo paulatinamente³. En el censo 2010, los migrantes eran el 4,5% de la población total⁴.

Aun cuando la recepción de migrantes no se tradujera en beneficios económicos para nuestro país, como comunidad democrática entendimos que existe el derecho humano a migrar, y que todas las personas tienen que tener la opción de elegir a la Argentina como país para vivir. Esto es lo que plasmó el artículo 4 de la ley 25.871 de 2004.

Por su parte, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires también tiene una mirada favorable a la migración. Si bien algunos temas sensibles, como aquellos referidos a la movilidad, tipos y plazos de residencia, causales de expulsión, etc. está delegada a la Nación, las provincias y las jurisdicciones locales aún tienen un gran ámbito de competencia en reconocimiento de derechos a las personas migrantes. Todo lo referido a los derechos sociales y ejercicio de de-

3 Véase INDEC, “Origen de la población nativa y no nativa 1914-1991” disponible en http://www.indec.gov.ar/nuevaweb/cuadros/2/a2001_020307.xls

4 Véase INDEC, Censo 2010, “Población total por lugar de nacimiento, según sexo y grupo de edad”, planilla n020204.xls

rechos civiles, depende de las regulaciones locales. También las provincias y la Ciudad de Buenos Aires pueden fijar normas propias en temas de derechos políticos y electorales. Y por último, dependerá de las políticas de seguridad locales y de la política criminal que se adopte, cómo será la relación de las fuerzas de seguridad con los migrantes.

En este trabajo analizaré de qué modo la Ciudad de Buenos Aires regula el principio de igualdad en relación a las personas migrantes. Para ello, analizaré tanto la legislación como la jurisprudencia en relación a los derechos sociales, civiles y políticos. Si bien tengo claro que los derechos humanos son interdependientes, y que estas categorías no pueden ser utilizadas para otorgar mayor o menor ejecutoriedad de unos sobre otros ⁵, es cierto que el TSJ utiliza esta clasificación que adoptó de una minoría de jueces de la Corte Suprema para diferenciar el goce de derechos de los migrantes.

Para analizar la legislación realicé una búsqueda en el sistema de normativa oficial de todas las leyes y ordenanzas que distinguen entre argentinos y extranjeros ⁶. Con relación a la jurisprudencia

5 Véase ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en ABREGÚ y COURTIS (comp), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* Ed. del Puerto, 1997, p. 283 yss.

6 Para ello, en el sistema de búsqueda de normativa (http://www.buenosaires.gov.ar/areas/leg_tecnica/sin/index.php) busqué entre todas las leyes, por el término “argentino”. Luego repetí la búsqueda de ese término, entre las Ordenanzas. El resultado fue un cuadro de 219 normas que revisé una por una. De ellas, 39 están referidas a leyes u ordenanzas que hacen distinción entre nacionales y extranjeros, varias de ellas, derogadas o modificadas ulteriormente. De todos modos, la evolución de la normativa también es de interés para este trabajo. Algunas leyes realizaban diversas clasificaciones, y fueron entonces contadas de modo separado (por ejemplo, la ley integral de seguridad pública, 5688, regula de modo distinto a los extranjeros que pretenden ingresar al cuerpo de policía que al cuerpo de bomberos, a la obra social o a la seguridad privada) Si la norma excluye directamente a los extranjeros, la clasifiqué como “excluye”; en cambio, si limitaba el derecho a cierto número de años de residencia previa, la clasifiqué como “limita”. Si una reforma posterior deroga una exclusión o una limitación previa, y equipara a los nacionales con los extranjeros la clasifiqué como “incluye”. Los resultados fueron 19 leyes que “excluyen” extranjeros, 10 que “limitan” los derechos, y 4 que “incluyen” a los migrantes. Entre ellas, si bien no es una “inclusión” propiamente dicha, contabilicé la ley

me focalizaré únicamente en el Tribunal Superior de Justicia y lo compararé con la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación. Por último, realizaré un análisis sobre la política criminal que lleva adelante el Ministerio Público Fiscal y la Policía de la Ciudad con respecto a las personas migrantes, de acuerdo a las estadísticas existentes. Cerraré con algunas conclusiones.

II. Derechos sociales

El ejercicio de derechos sociales es un tema muy sensible para las personas migrantes. En general, cuando la migración es por razones económicas, las personas suelen venir al país sin un soporte fuerte que pueda suplir las prestaciones básicas que debe cumplir el Estado, y por ello, dependen en gran medida de lo que el Estado pueda garantizar. Por esto, la ley nacional impone a todas las jurisdicciones garantizar en las mismas condiciones de protección, amparo y derecho a los migrantes y sus familias que a los nacionales, especialmente en lo referido a los servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social ⁷. Asimismo, garantiza de modo amplio la educación y la salud, cualquiera sea su situación migratoria ⁸. Sin embargo, son las jurisdicciones locales las que deben en efecto garantizar estos derechos de igual modo a

2470 que establece la creación de un monumento a los docentes norteamericanos.

7 Artículo 6 de la ley 25.871 que establece que “*El Estado en todas sus jurisdicciones, asegurará el acceso igualitario a los inmigrantes y sus familias en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales, en particular lo referido a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social*”.

8 Artículos 7 y 8. El artículo 7 asegura 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*”. Y el artículo 8, 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*

las personas migrantes que a los nacionales. Esto no siempre sucede en la Ciudad de Buenos Aires.

La discusión en general pasa por si se puede exigir un plazo de residencia regular al migrante antes de garantizar cierto derecho social, o si éste debe ser gozado por todas las personas, como un mínimo social que como sociedad democrática no toleramos que se perfore⁹. Y si se acepta que se pueda establecer un plazo de residencia mínima, cuál será este plazo¹⁰. No hay que perder de vista que exigir un cierto plazo de residencia resultará en personas por debajo del mínimo esencial por una cierta cantidad de tiempo, amenazando su subsistencia. Al mismo tiempo, entender la migración como un derecho humano implica que los derechos humanos se aplican a todos los migrantes, más allá de su regularidad o irregularidad migratoria. Ésta es la opción que realizó la ley 25.871 y comprometió a las jurisdicciones locales a su aplicación, aunque no es claro que así suceda en la Ciudad de Buenos Aires.

orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria”.

9 Véase al respecto un análisis sobre la universalidad o no de los subsidios habitacionales en ZAYAT, Demián, “Pobres merecedores y no merecedores de ayuda estatal. La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad en materia habitacional analizada desde la Teoría de la Justicia de Rawls”, en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 15, Nro. 1-2, pp. 31-52.

10 La Corte Suprema de Justicia de la Nación, resolvió en el caso “Reyes Aguilera” que la exigencia de un plazo de residencia de 20 años para gozar de una pensión por discapacidad para las personas extranjeras violaba el derecho a la vida. Véase *Fallos*, 330:3853, donde la mayoría consideró que “Que, en este orden de ideas, por mayor que fuese el margen de apreciación que corresponda dispensar al legislador o reglamentador en la presente materia, no cabe duda alguna que sumar a dichos críticos requerimientos un lapso de residencia, en el caso, de 20 años -aun cuando también rigiera en igual medida para los argentinos, incluso nativos-, implica, puesto que la subsistencia no puede esperar, un liso y llano desconocimiento del derecho a la seguridad social, en los términos de los citados textos internacionales de jerarquía constitucional, en grado tal que compromete el derecho a la vida...”. La discusión en aquel caso pasó por si el diferente trato a nacionales y extranjeros era una categoría sospechosa (posición de Petracchi y Argibay), si era una regulación irrazonable (voto de Maqueda) o si era una cuestión que amenazaba el derecho a la vida (Zaffaroni y Fayt, que lideraron la decisión de la mayoría).

a. Programa Ciudadanía Porteña

La ley 1878 crea un programa de asistencia económica para garantizar el acceso a la alimentación de los beneficiarios así como para promover el acceso a la educación y protección de la salud de los niños, niñas, adolescentes y su grupo familiar, la búsqueda de empleo y reinserción en el mercado laboral de los adultos ¹¹. De este modo, aquellos hogares cuyos ingresos sean menores a la línea de indigencia más un 25%, o menores a la línea de pobreza pero con hijos menores de 18 años a cargo, o mayores de 65 años o personas embarazadas, o personas con discapacidad en la familia, podrán inscribirse y recibir una prestación dineraria de aproximadamente \$1500 pesos en una tarjeta de compras para utilizar en los comercios adheridos ¹².

Los requisitos para inscribirse en el programa, de acuerdo al artículo 7 de la ley, son ser mayor de 18 años, tener DNI argentino, y una residencia no menor a dos años en la Ciudad. Esto excluiría a los migrantes que no hayan obtenido su residencia permanente o temporaria ¹³, o a aquellos que no tengan una residencia mayor a dos años (recordemos que la residencia temporaria, autoriza la permanencia en el país por tres años). Afortunadamente, la reglamentación establecida por el decreto 249/14 admite no sólo el DNI argentino, sino también un certificado de residencia precaria “que permita la tramitación del CUIL”.

11 Art. 2 de la ley 1878.

12 La Asignación Universal por Hijo, que está dirigida a la misma población tiene un monto de aproximadamente tres veces el de Ciudadanía Porteña, y es incompatible con la percepción de otro beneficio no contributivo. Por ello, en general, las personas optan por la AUH y no por Ciudadanía Porteña.

13 La ley de migraciones establece tres tipos de residencia: (1) La residencia transitoria, que es principalmente para turistas o para visitantes que no se extiende por más de 90 días; (2) la residencia temporaria que es para migrantes que vienen a instalarse en el país de modo temporario (trabajadores, deportistas, estudiantes, ciudadanos de países del Mercosur, etc.), que puede otorgarse por hasta 3 años; y (3) la residencia permanente, que es para aquellos que decidan instalarse definitivamente en el país, esencialmente, si tienen hijos, padres o cónyuges argentinos. Tanto en la residencia temporaria como en la permanente, se otorga un DNI argentino al extranjero. Cuando se inicia el trámite para la residencia temporaria o permanente se le otorga a la persona un certificado de “residencia precaria”, hasta que concluya el trámite ante la DNM.

De este modo, los migrantes en situación irregular¹⁴ o aquellos regulares que no tuvieran una residencia mayor a dos años no podrán tramitar el subsidio, más allá de tener ingresos menores a la línea de indigencia y requerir este programa para poder sobrevivir. Esto no pasaría con los nacionales.

b. Promoción del Empleo

La ley 1901 establece un programa de fomento del empleo y la reinserción laboral, y crea un registro único de Empleo “a los efectos de converger la oferta con la demanda”. Sin embargo, en sus requisitos establece que será requisito para inscribirse “*Ser argentino nativo, naturalizado o por opción, o extranjero que tenga la calidad de residente permanente en el país en los términos de la legislación de migraciones*”. De este modo, no podrán inscribirse los migrantes irregulares ni los que tengan una residencia temporaria. Más allá de la utilidad práctica de un registro como el que se crea, la exclusión de una parte de la población por su situación migratoria, no tiene una justificación constitucional, ni garantiza la igualdad de trato en el empleo o las prácticas laborales que garantiza el artículo 25 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

c. Protección integral de los derechos sociales

La ley 4036 reglamenta la protección integral de los derechos sociales de los habitantes de la Ciudad, conforme lo establece la Constitución de la Ciudad. Para acceder a las prestaciones básicas, se requiere presentar “Documento Nacional de Identidad argentino”. Excepcionalmente, la Administración admitirá el certificado de residencia precaria o en trámite. Asimismo, el artículo 7 establece como requisito “*tener residencia en la Ciudad no menor a dos años*”. Es decir, requiere residencia regular -expresamente establecido en el artículo 3 de la ley- y dos años de residencia en la Ciudad. Nuevamente, esto puede dejar sin protección a los migrantes que no

14 Esto puede suceder por varias razones, ya sea por haber ingresado al territorio por un paso no habilitado, por haberse vencido la residencia temporaria o transitoria, por no contar con los requisitos para ser admitido como residente temporario o permanente, por haber sido expulsado por la autoridad migratoria aun cuando no se haya ejecutoriado la expulsión, etc.

tengan dos años de residentes en el país, o aquellos que no estén en una situación migratoria regular.

d. Subsidio habitacional

Uno de los programas sociales más importantes que tiene la Ciudad de Buenos Aires es el Subsidio Habitacional establecido por el decreto 690/06. Este decreto crea un programa de atención a familias en situación de calle, a través de un subsidio con fines habitacionales. El artículo 11 del decreto de 2006, que establecía los requisitos, no imponía nacionalidad, o contar con DNI argentino, sino únicamente “un año de residencia en la ciudad”. Ese requisito fue modificado por el decreto 960/08 a dos años de residencia en la Ciudad. Cuando se cuestionó en abstracto esta modificación por ser regresiva, a través de una acción declarativa de inconstitucionalidad ¹⁵, el TSJ entendió que la modificación no resultaba regresiva, ya que no había que observar cada situación en particular, sino que debía evaluarse el programa a través de una mirada sistemática y de conjunto con las restantes normas que se refieren a la temática. Allí, el Dr. Casas, a cuyo voto adhirieron los Dres. Lozano, y la Dra. Conde (quien además sumó sus argumentos) entendió que “el acrecentamiento de la situación de precariedad habitacional, en la última década, no se encuentra decisivamente explicada por el hecho de que vecinos de Buenos Aires hayan retrogradado su condición de propietarios o inquilinos de viviendas dignas a una situación de desamparo, sino, fundamentalmente, a un fenómeno migratorio externo de población antes radicada en otras jurisdicciones, donde posiblemente no encontró respuesta, no sólo a sus demandas habitacionales, sino a la búsqueda de una ocupación que les garantizara su sustento y los medios económicos para resolver el acceso a una vivienda digna”. La falta de datos para sustentar esta afirmación no hace más que caer en un estereotipo discriminatorio que acrecienta la desconfianza y el resentimiento contra los migrantes.

Esto, asimismo, no se verifica en la realidad. Según los datos de la Dirección de Asistencia Técnica de la Defensoría de la Ciudad, sólo el 30% de los consultantes a quienes se les hizo un informe social para judicializar su caso en el año 2016-2017, son migrantes,

15 TSJ, Extpe. n° 6153/08 “Ministerio Público-Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 12 de mayo de 2010.

y el 90% de ellos tenían su residencia regular vigente. Si bien esto implica una sobrerrepresentación de los migrantes ante la Defensa Pública (ya que constituyen el 13% de la población de la Ciudad ¹⁶) claramente no son la causa o la mayoría de los casos litigados por el déficit habitacional.

Sin embargo, esta idea de que son los migrantes los que traen la problemática habitacional quedó de manifiesto en el precedente “KMP” ¹⁷. Allí, interpretando la ley 4036 la mayoría del Tribunal entendió que, en relación al anclaje en la ciudad, la ley regulaba el derecho de los ciudadanos a acceder a los derechos sociales. Entendió que la idea de ciudadanía estaba vinculada “*con los derechos políticos*”, y que por ello, a los extranjeros, había que reconocerles no un mejor derecho, sino que debían requerirse los mismos requisitos, esto es, que gocen de derechos políticos. Para ello, impuso el requisito de que los extranjeros estén empadronados para poder votar, lo que según la ley electoral 334, requiere una residencia de permanente y 3 años de residencia como mínimo. Por esto, el TSJ entendió que los extranjeros deberán acreditar una residencia de tres años, y no de dos como establecen el decreto 960/08, o la ley 4036, para acceder a los derechos sociales.

Esta interpretación, que vincula los derechos de ciudadanía a la inscripción en un padrón electoral, resulta discriminatoria contra los migrantes, al imponer requisitos que no figuran en la ley. Asimismo, es la interpretación más contraria a la vigencia de los derechos, contrario al principio *pro homine* con que hay que analizar los derechos humanos.

e. Ley de regularización de inmuebles del IVC

La ley 3902 establece un programa de regularización dominial de inmuebles, pero para ello, los ocupantes deben ser ciudadanos nativos, naturalizados o por opción, excluyendo de este modo a los extranjeros, cualquiera sea su tiempo de residencia en el país. Este

16 Encuesta Anual de Hogares 2016, disponible en http://www.estadisticaciudad.gob.ar/eyc/wp-content/uploads/2017/05/2016_tabulados_basicos_fe_de_erratas.pdf pág. 15.

17 TSJ, Expte. n° 9205/12 “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: K.M.P c/GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA)”, sentencia del 21 de marzo de 2014.

tipo de discriminación es sumamente grave ya que no permite que los extranjeros superen de modo definitivo su problema de vivienda y estén en peor situación que los nacionales.

III. Derechos civiles

La diferenciación entre clases de derechos para analizar la equiparación entre nacionales y migrantes surge de algunas interpretaciones que hizo la CSJN del artículo 20 de la Constitución, cuando afirma que “*Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano...*”. A partir de este artículo, algunos jueces de la Corte han entendido -a contrario de otros- que la equiparación es sólo para los derechos *civiles*¹⁸. De este modo, algunos jueces entienden que hay que analizar la naturaleza del derecho en juego para ver si la equiparación es absoluta o no.

Históricamente, los derechos civiles se han entendido como aquellos que garantiza el artículo 14 de la Constitución, como ser, el ejercicio de una profesión, enseñar o aprender, ejercer una industria lícita, etc.¹⁹. De modo más moderno, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no distingue expresamente entre este tipo de derechos, y entiende que existe una interdependencia entre ellos. Por ello, salvo los jueces Maqueda y Highton, el resto de los magis-

18 Véase por ejemplo, el fallo “Reyes Aguilera”, citado en la nota 9, voto del juez Maqueda, considerando 7, que dice que “el art. 20 de la norma fundamental, la que al disponer que los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano no excluye la posibilidad de establecer determinadas diferencias en relación con la naturaleza de los derechos de que se trate y siempre que las mismas estén suficientemente justificadas. La norma constitucional no avala una interpretación del principio de igualdad en términos absolutos”. Asimismo, en el precedente “Gottschau”, *Fallos*, 329:2986, los jueces Maqueda y Highton consideraron que “En estas actuaciones no está comprometido ningún derecho civil de Evelyn P. Gottschau. Tampoco el de ejercer su profesión, tanto es así que aquélla está matriculada, a esos efectos, en el Colegio Público de la Ciudad de Buenos Aires. El art. 20 de la Constitución Nacional y su equiparación absoluta entre nacionales y extranjeros -en lo que hace al goce de los derechos que la norma enumera- no está en juego en autos: aquí, de lo que se trata, es del derecho a acceder a un empleo público”.

19 Por ello, en la cita del voto de Maqueda y Highton de la nota anterior, dejan a salvo que su derecho a ejercer la profesión -que sería un derecho civil- está garantizado con su matriculación en el CPACF.

trados de la Corte Suprema entendieron que el artículo 20 no distingue entre diversos tipos de derechos, si no que se aplica a todos los derechos ²⁰, y esto en virtud del artículo 16 que consagra el derecho a la igualdad, o porque los Tratados internacionales establecen el derecho igualitario para acceder a los cargos públicos ²¹.

El Tribunal Superior de Justicia tiene una jurisprudencia restrictiva al respecto. Los casos que resolvió, como tribunal de alzada de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad, son litigios contra la Administración de la Ciudad, y por ello, en todos los casos entendió que se encontraba en juego un *derecho político* y no civil, y de este modo, no aplicó la equiparación constitucional, como veremos.

El primer caso que resolvió fue el de “Gottschau” ²², del año 2000, en el que una funcionaria del Poder Judicial de la Ciudad que había sido excluida de un concurso para ser designada Secretaria en virtud de su nacionalidad alemana. Aquí, la mayoría del Tribunal entendió que el artículo 20 de la Constitución Nacional no establece una equiparación rigurosa entre nacionales y extranjeros, y que estaba en juego el desempeño de una función pública, por lo que la nacionalidad como integrante del criterio de idoneidad estaba justificada. Hay que recordar que esta decisión fue revocada por la Corte Suprema, y que ordenó dictar una nueva sentencia, aunque el TSJ entendió que como había finalizado el concurso, el caso había devenido abstracto.

Más allá de que dicho precedente fuera dejado sin efecto por la Corte Suprema, el TSJ volvió a insistir en su posición en el caso “ADC s/ADI” de 2005, en donde se analizaba la constitucionalidad en abstracto del Estatuto Docente de la Ciudad que establecía el requisito de nacionalidad argentina para el ingreso a la carrera docente ²³. La Asociación por los Derechos Civiles interpuso esta acción

20 Así, Petracchi y Argibay en “Reyes Aguilera”,

21 Véase el fallo “Gottschau” de la Corte Suprema, ya citado.

22 TSJ, Expte 361/00 “Gottschau, Evelyn Patrizia c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de queja”, sentencia del 20 de junio de 2000.

23 TSJ, Expte. n° 3103/04 “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 31 de marzo

declarativa de inconstitucionalidad contra este requisito. El caso se resolvió con tres jueces que consideraron que la clasificación era razonable (Dres. Casás, Conde y Lozano) y dos jueces en disidencia entendieron que la clasificación no superaba el escrutinio estricto de las categorías sospechosas, que había que aplicar al caso (Dres. Maier y Ruiz). El Dr. Casás diferenció este caso del precedente “Repetto”²⁴ de la Corte Suprema, que oportunamente había dictaminado como Procurador General ante ese Tribunal, considerando que, en aquel caso, la actora pretendía dar clases en un establecimiento privado, y aquí la ley regulaba el ingreso a la docencia en establecimientos públicos. Esta diferencia implicaría -según el magistrado- que no estamos frente a derechos civiles del extranjero, sino que es un caso de empleo público, lo que sería un derecho político. De este modo, al entender que estamos frente a un caso de empleo público, no se aplicaría la equiparación del artículo 20 y por consecuencia se puede imponer como requisito de idoneidad la nacionalidad argentina²⁵. El juez Lozano, haciendo un extenso fallo, con una metodología interpretativa del originalismo, justificó por qué el empleo público no es uno de los derechos civiles.

Algo similar ocurrió en el caso “ADC s/ADI”²⁶ donde, nuevamente en abstracto, se impugnó la constitucionalidad de la ley 404 de la Ley Orgánica Notarial, que establece como requisito la nacionalidad argentina nativa o naturalizada con más de diez años de naturalización. El TSJ, con referencia a lo resuelto en la causa del estatuto docente, volvió a concluir que no era inconstitucional esta distinción.

De este modo, es uniforme la jurisprudencia del TSJ sobre que no resulta inconstitucional ni violatorio del principio de igualdad el es-

de 2005. Véase en esta misma obra “Principio de Igualdad en la Ciudad de Buenos Aires”, donde también analizo este precedente.

24 CSJN, “Repetto, Inés María c/Prov. de Buenos Aires”, *Fallos*, 311:2272, (1988).

25 Por el contrario, la Corte Suprema, en el fallo “Calvo y Pesini”, *Fallos*, 321:194 entendió que una ley provincial que impedía integrar la planta de los hospitales provinciales a quienes no eran argentinos, debía ser evaluada con un escrutinio estricto en virtud de su presunción de inconstitucionalidad.

26 TSJ, Expte. n° 4172/05 “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 9 de agosto de 2006.

tablecimiento del requisito de nacionalidad argentina para el ingreso a cualquier cargo estatal, ya sea judicial, notarial, o aun docente.

La Ciudad de Buenos Aires tiene numerosas leyes que establecen este requisito para el acceso a un cargo, empleo, o dentro de una regulación de cierta actividad. El TSJ se expidió de modo restrictivo sobre la Ley orgánica del Poder Judicial (ley 7), la Ley del Notariado (ley 404), el Estatuto Docente Municipal (Ordenanza F-Nº 40.593). Sin embargo, la Legislatura introdujo modificaciones que ampliaron los derechos de los migrantes. La ley 3933 si bien no eliminó el requisito de nacionalidad para ser escribano, redujo la antigüedad de la naturalización a seis años. Por su parte, la ley 1696, de mayo de 2005, modificó la ordenanza del estatuto docente, y estableció que pueden ser parte de la carrera docente los extranjeros. Sin embargo, aún quedan muchas restricciones al goce de derechos por parte de los migrantes. Entre ellos pude detectar los siguientes:

1. Carta orgánica del Banco Ciudad. Para ser Director del Banco Ciudad se requiere ser argentino nativo (ley 506 ²⁷);

2. Carrera municipal de los profesionales de la salud. La ordenanza F 41.455 aún vigente, establece que para ingresar a la carrera de profesionales de la salud se requiere ser ciudadano argentino nativo, naturalizado o por opción;

3. Carrera municipal de los profesionales de acción social. De modo similar, la ordenanza F 45.199 establece que para ingresar a la carrera de profesionales de acción social se requiere ser argentino nativo, naturalizado o por opción;

4. Estatuto del docente municipal de educación específica. Aún este estatuto de la Ordenanza F 36.432 no se reformó, y sigue requiriendo ser ciudadano argentino nativo, por opción o naturalizado, excepto que no haya candidatos en cuyo caso podrá recurrirse a un extranjero que domine el idioma;

5. Ley Integral de Seguridad Pública. La ley 5688 de noviembre de 2016 excluye a los extranjeros del ingreso al cuerpo de policía.

6. La misma ley admite extranjeros en el cuerpo de bomberos, siempre que tengan una residencia mínima de dos años.

7. Por otro lado, los extranjeros no pueden ocupar un cargo en el directorio de la obra social del personal de seguridad, de acuerdo a la misma ley 5688

27 Las reformas de la ley 1442, 1779, 2625 no eliminaron este requisito.

8. Con respecto a la seguridad privada, la ley 5688 establece que para poder ser parte de las empresas de seguridad privada, o para ser instalador y operador de equipos de monitoreo se debe ser ciudadano argentino, o con dos años de residencia.

9. Guía de turismo. La ley 5287 que modifica a la ley 1264 establece que para inscribirse en el registro de guías de turismo habrá que ser, entre otras cosas, ciudadano argentino nativo, por opción o naturalizado, o extranjero con más de 3 años de residencia en el país.

De este relevamiento puede verse que aún subsisten varias leyes que tratan de un modo desfavorable al migrante que al nacional en el acceso al empleo. Hay algunos casos graves, como la Carrera de Profesionales de la Salud, sobre todo con la alta tasa de médicos y profesionales extranjeros que trabajan en la Ciudad ²⁸, que por esta ordenanza, no pueden ingresar a los Hospitales de la Ciudad. En el caso “Gómez, Jorge Elvio” ²⁹, se discutió si el Hospital General de Niños “Ricardo Gutiérrez” podía efectivizar la contratación del actor como cirujano cardiovascular infantil ya que no cumplía con el requisito de nacionalidad argentina, en virtud de que había nacido en Estados Unidos. Ésta es una clara muestra de las consecuencias negativas que tiene esta política excluyente de los migrantes, tanto para la población en general como para los migrantes en particular ³⁰.

La Legislatura aún sigue aprobando leyes que diferencian el acceso a empleos por la nacionalidad. La ley 5688 es uno de estos supuestos, donde prohíbe el ingreso a las personas migrantes a la fuerza de policía. No se me pueden ocurrir argumentos para ello que no caigan en estereotipos discriminatorios. La misma ley sí permite

28 Para el año 2011, la cantidad de médicos extranjeros era de 4285 profesionales, lo que representa el 6,3% de los médicos en actividad. Véase el informe del Dr. Guillermo Williams, Dra. Isabel Duré, Lic. Carolina Dursi, “Médicos en Argentina”, Informe elaborado para el Observatorio de Recursos Humanos en Salud-Ministerio de Salud de la Nación, 2013.

29 Expte. n° 9019/12 “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Gómez, Jorge Elvio c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)’”.

30 En el caso, antes que se resolviera el amparo en la Ciudad, la Justicia federal concluyó el trámite de nacionalización que tuvo que iniciar el actor, por lo que finalmente resultó abstracto el pedido de inconstitucionalidad. El expediente que llega al TSJ es sobre la responsabilidad del Estado por no haberlo efectivizado en el momento en que se solicitó su contratación, que fue rechazado por el Tribunal.

extranjeros para el cuerpo de bomberos, con una residencia mínima de dos años. Pero también excluye a los migrantes del directorio de la obra social, lo que no tiene ninguna justificación. Lo mismo hace la Ley Orgánica del Banco Ciudad que excluye de su directorio a los potenciales directores extranjeros.

Quizás podría discutirse si es necesario acreditar cierto tiempo de residencia mínima en la Ciudad, para que la persona migrante tenga un conocimiento más profundo de la Ciudad. Sin embargo, habría que tenerlo en cuenta sólo para los cargos donde este tipo de conocimiento sea necesario, y este requisito debería ser tanto para extranjeros como para nacionales que no vivan en la Ciudad. Que se exija cierta residencia mínima para inscribirse en el registro de instalador de equipos de seguridad o en el de guías de turismo, no parece ser razonable de este modo.

IV. Derechos políticos

Los derechos políticos se vinculan con la participación en el sistema democrático. Como comunidad democrática, la Ciudad incluye a los migrantes y reconoce derechos a todas las “personas”, sin tener en cuenta su nacionalidad o situación migratoria. Lo mismo queda establecido en el artículo 11 de la Constitución de la Ciudad donde se reconoce el derecho a la autonomía, sin discriminación por razones de nacionalidad, entre otras.

Como explica DWORKIN, ser miembro de una comunidad no es sólo una cuestión de participación formal, sino también de que se dedique una adecuada consideración a los intereses de la persona. Incluso si esta persona tiene un voto, difícilmente se esperará que acepte como legítimas las decisiones de la mayoría si sabe que otros miembros de la comunidad no toman en serio sus intereses o si las instituciones establecidas de la comunidad demuestran desdén o indiferencia hacia él o su clase ³¹. Ser miembro de la comunidad no es sólo votar, sino ser tenido en cuenta y tratado con igual consideración y respeto.

La Constitución de la Ciudad, en el artículo 62, garantiza el derecho al sufragio “a los extranjeros residentes”, en igualdad de condiciones que los ciudadanos argentinos empadronados en este distrito. Para ello, la ley 334 creó un padrón electoral de extranjeros, donde

31 DWORKIN, *Freedom's Law*, p. 25. Citado por WALDROM, *Derecho y Desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid 2005, p. 387.

pueden inscribirse, de forma voluntaria, los residentes *permanentes* en la Ciudad, con más de tres años de residencia en la Ciudad. Esto deja afuera a los residentes regulares temporarios, que pueden haber venido al país con un contrato de trabajo, o a estudiar, etc. En las últimas elecciones, las legislativas de 2017, estaban inscriptos en el padrón 16.334 electores extranjeros, de los cuales participó en las elecciones solamente el 27,22% (4.418 votantes) ³².

Sin embargo, la Constitución sí impone el requisito de ser argentino para ser elegido para algunos cargos. Así, para ser elegido Diputado de la Ciudad, se requiere ser “argentino nativo, por opción o naturalizado” (art. 70). Lo mismo se requiere para ser electo Jefe de Gobierno (art. 97) y para ser juez del Tribunal Superior de Justicia (art. 112), y concordantemente para ser Fiscal General, Defensor General y Asesor General Tutelar (art. 126). No veo cómo la nacionalidad podría estar relacionada con la idoneidad para el cargo, de acuerdo a las funciones de cada uno de estos funcionarios.

La Constitución nada dice sobre los requisitos para ser miembro de la Junta Comunal de las Comunas, pero la ley 1777 requiere ser “argentino nativo, por opción o naturalizado” para ser electo comuero. No era un requisito constitucional la nacionalidad argentina para este cargo, pero la Legislatura lo quiso equiparar con el de Diputado, y por ello, cayó nuevamente en este requisito sin vinculación funcional con la idoneidad requerida.

V. Política criminal

Los migrantes también suelen ser víctimas del perfilamiento racial que hace la policía de la Ciudad, y son en general, sobre-vigilados y sobre-procesados por las instituciones penales. Esto no necesariamente se traduce en mayores condenas, pero sí en mayores procesamientos, con los inconvenientes que eso contrae.

De los datos del noveno informe de conflictividad surge que la policía de la Ciudad sigue realizando perfilamiento racial contra migrantes.

En todo el año 2016 se iniciaron 18.303 causas contravencionales. De ellas, el 81,2% fue iniciado contra ciudadanos argentinos, y

32 Datos disponibles en <https://www.eleccionesciudad.gob.ar/resultados/elecciones> (acceso octubre/2017).

18,8 contra migrantes³³. En materia penal, de las 12.988 causas iniciadas el 87,7% fue contra ciudadanos argentinos, y el 16,3% contra migrantes. Esto implica una leve sobrerrepresentación del 13% de migrantes que viven en la Ciudad³⁴, lo que no resultaría discriminatorio.

Sin embargo, cuando vemos las contravenciones que se cometen en el espacio público, donde se pone de manifiesto la relación de la policía con las personas que suelen buscar su sustento trabajando informalmente en la calle, las desproporciones discriminatorias saltan a la vista. Así, por ejemplo, en el caso de causas iniciadas por el artículo 81 del Código Contravencional (“oferta y demanda ostensible de sexo”), sumando las 3 comunas con mayores ingresos (la comuna 1, la comuna 7 y la comuna 10), puede observarse que en el año 2016 la policía, con anuencia de la Fiscalía, labró 2.335 actas. De ellas, contra ciudadanos argentinos fueron 738, lo que representa el 31,56%, y únicamente contra migrantes peruanos un total de 1.061, lo que constituye el 45,43% de las actas³⁵.

Esto no se condice con lo que sucede en la calle. En esas tres comunas, en la calle conviven trabajadoras sexuales (o mujeres en situación de prostitución) de varias nacionalidades, pero puede constatar que no son mayoritariamente peruanas. Aun más, cuando se analiza lo que acaece en el barrio de Constitución (comuna 1), la policía, y la fiscalía en su informe, relatan lo que sucede con los “varones peruanos” que son el 58,11% de los casos (924 actas de 1621). Sin embargo, éste es el modo discriminatorio con el que se refieren y registran a las mujeres trans que trabajan en la calle, en contra de lo dispuesto por la ley de Identidad de Género 26.743. Ése es el grupo perfilado por su identidad de género y nacionalidad por la policía. De las estadísticas parecería que casi el 60% de las trabajadoras sexuales de Constitución son personas trans peruanas y ello no es así, sino que éstas son sólo a quienes detienen los agentes de policía, y

33 MPF, Noveno informe de conflictividad, p. 44. Disponible en <https://www.fiscalias.gob.ar/wp-content/uploads/2017/10/NovenoInformeConflictividadR.pdf> (acceso octubre/2017).

34 Véase nota 15.

35 Cálculos propios sobre la tabla del Informe de Conflictividad citado, p. 146.

-con anuencia del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad- les inician una causa contravencional.

Hay que tener en cuenta que conforme la definición del tipo contravencional, la Fiscalía debe probar la “ostensibilidad”, lo que puede ser difícil de lograr. Por ello, la tasa de condenas suele ser muy bajo, habiendo llegado a 0 entre los años 2013 y 2015.

Tabla 1. Tasa de condenas por artículo 81 del Cód. Contravencional 2005 a 2015 ³⁶

Año	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Ingresos Art. 81	4134	5412	4069	3359	4308	7470	5427	2267	1876	1107	1289	1824
Condenas Art. 81	4	11	2	5	2	3	1	2	0	0	0	3
Tasa condenas 81	0,0968	0,2033	0,0492	0,1489	0,0464	0,0402	0,0184	0,0882	0	0	0	0,164

Esta falta de condenas nos muestra que lo que hace la policía, con la anuencia del MPF es puro proceso. Y lo hace de modo discriminatorio con los migrantes especialmente.

Algo parecido sucede con el artículo 83 de uso del espacio público para actividades lucrativas sin autorización (mayormente, venta ambulante y en varios casos también “trapitos”, más allá de que esta conducta esté tipificada por el artículo 79). Según el mismo informe de conflictividad, en las tres comunas con mayor incidencia (comunas 14, 1 y 3) los argentinos sufrieron el 34,28% de las 1575 actas iniciadas, mientras que los peruanos y bolivianos sumaron el 30,92% de ellas.

Sin esta desproporción en la persecución de este tipo de actividades, sesgada por la selectividad y el trato discriminatorio ³⁷ del

³⁶ Elaboración propia en base a: Ingresos 2007 a 2016, del Noveno Informe de Conflictividad, citado, p. 12. Ingresos 2005 y 2006, informe CM CABA, informe Ministerio Público Fiscal disponible en <https://versionanterior.jusbaires.gob.ar/node/55764>. Cantidad de condenas por artículo, Dirección de Estadísticas y Censos de la Ciudad, con fuente del Poder Judicial CABA, disponible en http://www.estadisticaciudad.gob.ar/eyc/wp-content/uploads/2015/05/seg_01_ax17.xls

³⁷ Sobre la diferencia entre trato desigual, impacto desproporcionado y categorías sospechosas me exployo de mayor modo en el artículo “El principio

accionar policial en la persecución, las contravenciones estarían repartidas de modo más o menos representativo alrededor del 13% de contravenciones a personas migrantes. Son estos casos los que lo hacen desproporcionarse en contra de las personas migrantes alimentando el estereotipo discriminatorio que los vincula con la delincuencia.

El TSJ ya tuvo oportunidad de expedirse en un caso donde se denunciaba justamente este trato desigual al momento de labrar actas contravencionales, y que se hacían por razones racistas y discriminatorias en el caso “Bara, Sakho”³⁸ En esa oportunidad, el TSJ tuvo por probado el perfilamiento racista y ordenó a la policía que garantice un control más estricto del MPF sobre el inicio de las actuaciones. Sin embargo, más de 7 años después de ese fallo, vemos que la situación no se ha modificado.

Por último, no hay que dejar pasar de largo que esta relación discriminatoria de la política criminal con los migrantes quedó de manifiesto mediante el convenio que firmó el Ministro de Justicia y Seguridad de la Ciudad con la Ministra de Seguridad de la Nación por la cual el Poder Judicial de la Ciudad cedió un inmueble para que funcionase la primera cárcel para migrantes del país³⁹. Este centro de detenciones sería usado por la Dirección Nacional de Mi-

de igualdad. Razonabilidad, categorías sospechosas, trato desigual e impacto desproporcionado”, en ELÍAS, GROSMAN, LEGARRE y RIVERA (comp.), *Tratado de los Derechos Constitucionales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014.

38 Expte. n° 6925/09 “Bara, Sakho s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en/Mbaye, Ibrahima s/inf. arts. de la ley 23.098 (Habeas Corpus). Para un desarrollo mayor, ver mi artículo “Voto del ‘Juez’ Demián Zayat en el fallo ‘Bara Sakho’ del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires”, sección “En los zapatos de...”, Revista Igualdad, Autonomía Personal y Derechos Sociales, de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, abril de 2016.

39 Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Justicia y Seguridad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Dirección Nacional de Migraciones y el Ministerio de Seguridad ambos de la Nación” firmado el 19 de agosto de 2016, y ratificado por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad por Resolución CM 139/2016 y su rectificatoria Res CM 159/16. Este convenio y sus ratificaciones fueron impugnados ante la Justicia de la Ciudad, y el expediente aún se encuentra en trámite.

graciones de modo previo a efectivizar las expulsiones decretadas sobre migrantes de la Ciudad.

VI. Conclusiones

A lo largo de este trabajo puede verse que la promesa constitucional de tratar por igual a los migrantes que a los nacionales, está incumplida. Que la consagración de la migración como derecho humano, y la obligatoriedad de todas las jurisdicciones de no hacer distinciones en el goce de derechos entre nacionales y extranjeros está lejos de ser cumplida en la Ciudad de Buenos Aires.

La Legislatura de la Ciudad aún sigue sancionando leyes que imponen entre los requisitos ser “argentino nativo, naturalizado o por opción” para actividades en donde la nacionalidad no sería indicativo de la idoneidad; ello es parte de que estemos en esta situación.

El Tribunal Superior de Justicia tiene la mirada más restrictiva posible en materia de igualdad entre nacionales y extranjeros. Por un lado, distingue entre tipos de derechos para ver si debe equipararse a los nacionales y a los migrantes, y siempre concluye que no. Entiende que la equiparación constitucional sólo es para los llamados “derechos civiles” como si pudieran ser distinguidos de los derechos “políticos” o “sociales”, olvidando la interdependencia de los derechos y la universalidad de todos ellos, y ve derechos políticos en todos los casos. Por otro lado, entiende a los derechos políticos únicamente como “votar en elecciones periódicas” y de este modo, limita el reconocimiento constitucional a sólo esa actividad.

El TSJ olvida que gozar de derechos políticos, como los reconoce la Constitución de la Ciudad, implica considerarlos como parte integrante de nuestra comunidad y tenerlos en cuenta al momento de definir las políticas inclusivas. La interpretación que hizo en “KMP” sobre el “anclaje” en la Ciudad, y el establecimiento de los 3 años de residencia, en contra de lo dispuesto específicamente por la ley 4036 y por el decreto 960/08 es la muestra más clara de cómo piensa el Tribunal la relación con los migrantes.

La policía de la Ciudad también es parte de este discurso xenóforo, y el Ministerio Público Fiscal, al no ejercer un control limitativo de la política criminal discriminatoria que lleva adelante en la Ciudad, resulta responsable de la aplicación discriminatoria del código contravencional de la Ciudad. Esto se complementa con el Convenio que firmó el Ministro de Justicia de la Ciudad, ratificado por el Con-

sejo de la Magistratura de la Ciudad, donde ceden gratuitamente el uso de un inmueble de la Ciudad para que funcione la cárcel de migrantes que requería la Dirección Nacional de Migraciones.

Todos estos aspectos nos deben llamar la atención sobre la agenda de inclusión que hay aún que pensar en torno a los derechos de las personas migrantes que vinieron a vivir a la Ciudad de Buenos Aires. La promesa tanto de los Constituyentes de 1853, como la de los Constituyentes porteños de 1996, o la de los Diputados y Senadores de la Nación de 2003, queda desairada cuando el ejercicio de los derechos resulta tan desigual en la práctica.