

La proyección de los estándares interamericanos de derechos humanos en el procedimiento administrativo: el caso de los procedimientos en materia migratoria en Argentina

Guillermo F. Treacy

SUMARIO: I. Introducción. II. Estándares del ICCAL y derechos de las personas migrantes. III. Hacia la convencionalización del procedimiento administrativo. IV. Algunos estándares del debido proceso migratorio en sede administrativa. V. Observaciones finales: derechos procedimentales e implicancias institucionales. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha ocupado especialmente de la situación de las personas migrantes, tanto en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)—en ejercicio de sus competencias consultiva o contenciosa— como en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).¹

¹ Esta ha elaborado estándares en informes sobre peticiones individuales, en informes de país, informes temáticos o en sus informes anuales. Además, debe mencionarse el trabajo de la Relatoría de Derechos de las Personas Migrantes (creada en 1996 como Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, cuyo mandato y denominación fue modificado en 2012).

La tutela multinivel de los derechos de personas en contextos de movilidad se desarrolla a partir de la articulación del sistema regional con el sistema universal de protección y con los ordenamientos internos. Las relaciones entre estos sistemas pueden ser de convergencia, de rechazo o de compromiso.² En principio, la pertenencia de los países de la región a un sistema común de defensa de los derechos fundamentales permite suponer una convergencia en esta materia, que se ve potenciada en países como Argentina, a partir del reconocimiento de jerarquía constitucional a distintos instrumentos internacionales de derechos humanos “en las condiciones de su vigencia”. Sin embargo, las prácticas institucionales (administrativas y judiciales) muestran, a veces, rechazo o indiferencia hacia la implementación de tales estándares.

Ello se debe a la tensión entre dos modos de concebir el fenómeno de la movilidad humana que encuentran su correlato en la legislación interna. En efecto, el paradigma inclusivo basado en un enfoque de derechos humanos en materia migratoria procura desplazar la concepción securitista que primaba hace algunas décadas. Varios Estados de la región han recogido explícitamente el concepto de migración como derecho humano y en su legislación interna reconocen a los migrantes derechos en paridad de condiciones con los nacionales, fomentando su integración en las sociedades de los países de acogida. Empero, estos propósitos pueden verse desnaturalizados por las prácticas institucionales: es responsabilidad de legisladores, administraciones públicas y jueces garantizar la efectividad de los estándares del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL), esto es, el *Ius Constitutionale Commune* promovido desde los órganos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

Estos han asumido un mandato transformador de las realidades de un continente afectado por desigualdades profundas y por debilidades institucionales, en un marco de democracia y de respeto por los derechos humanos.³ Bajo esa perspectiva pue-

² Jackson, Vicki C., “Constitutional comparisons: Convergence, resistance, engagement”, *Harvard Law Review*, vol. 119, núm. 1, 2005, p. 109.

³ Bogdandy, Armin von, “El mandato transformador del sistema interamericano. Legalidad y legitimidad de un proceso jurisprudencial extraordinario”.

La proyección de los estándares interamericanos de derechos humanos...

den examinarse los pronunciamientos de los órganos del sistema regional, orientados a empoderar a colectivos vulnerables y a reforzar las capacidades estatales para asegurar la plena vigencia de los derechos. Ello es especialmente válido en el caso de las personas migrantes, un colectivo que carece de poder político y que está expuesto a situaciones de exclusión en los Estados de acogida. Una nota sobresaliente del *Ius Commune* ha sido el reconocimiento de la condición de vulnerabilidad de ciertos sujetos, y es en el contexto de esa realidad que los jueces internos deben desarrollar ese mandato transformador, al punto que estos son considerados “jueces interamericanos”, en cuanto a su deber de aplicar las normas y jurisprudencia del sistema, ejerciendo un “control difuso de convencionalidad”.⁴

En este marco institucional se han ido configurando estándares puntuales para la observancia de los derechos humanos en contextos de movilidad humana.⁵ Estos constituyen límites concretos en las políticas migratorias de los Estados, que permiten ver puntos de convergencia y resistencia entre aquellos y las legislaciones estatales y su puesta en práctica. Teniendo en cuenta que la regulación migratoria es parte del derecho administrativo de cada Estado, los estándares inciden en un doble aspecto: el reconocimiento y expansión de los derechos de los extranjeros, y la necesidad de adecuaciones institucionales que permitan hacer efectivos esos derechos, como parte del deber de adoptar medidas legislativas y de cualquier otro carácter para respetar y garantizar los derechos humanos (art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —CADH—).

rio”, *Por un derecho común para América Latina. Cómo fortalecer democracias frágiles y desiguales*, trad. de Leonardo García Jaramillo, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2020, p. 31.

⁴ Véase, en tal sentido, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Estudios Constitucionales*, año IX, núm. 2, 2011, pp. 531-622. También Bogdandy, Armin von, *op. cit.*, p. 36.

⁵ Estos estándares han sido compilados en el informe CIDH, Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 46/15, 31 de diciembre de 2015, <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf>

GUILLERMO F. TREACY

En este trabajo mostraremos las relaciones entre los estándares interamericanos y la legislación interna argentina en una institución típica del derecho administrativo, como lo es el procedimiento que aplica la Administración pública en su relación con las personas migrantes.⁶ Para ello, nos referiremos sumariamente a los estándares en materia migratoria en general, a la configuración de estos en el ámbito del procedimiento administrativo, a fin de conformar un debido proceso migratorio, y a su recepción interna. Plantearemos que, además de la especificación de derechos procedimentales llevada a cabo por los órganos del Sistema Interamericano, la efectiva implementación de esos estándares requiere adecuaciones institucionales que modifiquen las prácticas administrativas.

II. ESTÁNDARES DEL ICCAL Y DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES

En primer lugar, debemos remarcar la diferenciación entre derechos sustantivos y derechos procedimentales. Estos últimos constituyen herramientas formales a fin de asegurar aquellos. Son procedimentales en la medida en que condicionan la actividad de la Administración, con prescindencia de la cuestión de fondo que debe resolverse.⁷ Antes de examinar los desarrollos específicos del *Ius Constitutionale Commune* en torno al debido proceso administrativo en materia migratoria, conviene sintetizar algunos principios que limitan la posibilidad de los Estados de implementar visiones restrictivas de los derechos humanos de las personas en contextos de movilidad.

⁶ Quedan fuera del ámbito de este trabajo el examen de regulaciones que presentan alguna contigüidad con la de los migrantes: los refugiados y las personas necesitadas de protección internacional o la adquisición de nacionalidad por parte de extranjeros. En cada caso las normas internas aplicables son diferentes, más allá de ciertos principios comunes.

⁷ Szente, Zoltán, “Conceptualising the principle of effective legal protection in administrative law”, en Szente, Zoltán y Lachmayer, Konrad (eds.), *The Principle of Effective Legal Protection in Administrative Law. A European Comparison*, Londres, Routledge, 2018, p. 15.

La proyección de los estándares interamericanos de derechos humanos...

Dos directrices troncales, que integran todo el sistema de protección de derechos humanos, son el principio pro persona y los principios de igualdad y no discriminación:

1. El principio pro persona juega en forma transversal, por cuanto exige al intérprete considerar todas las normas que inciden en la cuestión a decidir y acudir a la más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.⁸
2. El principio de igualdad y no discriminación se enlaza con el mandato transformador que asume el ICCAL y encuentra particular aplicación en el caso de víctimas que presentan factores especiales de vulnerabilidad. Es en aplicación de este principio que pueden extraerse obligaciones positivas a efecto de asegurar la efectividad de los derechos. Según la Corte, el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación pertenece al *ius cogens*,⁹ puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico.¹⁰ En línea con ese mandato trans-

⁸ Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los Derechos Humanos”, en Abregú, Martín (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, 2004, pp. 163-171. Este principio aparece expresamente en CIDH, Resolución 04/19, Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas, 7 de diciembre de 2019, principio 3.

⁹ Algunos autores han criticado la validez del razonamiento de la Corte en cuanto al reconocimiento de este principio como *ius cogens*, el que parece orientado a alcanzar a otros Estados que no son parte del sistema interamericano de protección, como Estados Unidos. Véase Beduschi, Ana, “The Contribution of the Inter-American Court of Human Rights to the Protection of Irregular Immigrants’ Rights: Opportunities and Challenges”, *Refugee Survey Quarterly*, vol. 34, diciembre de 2015, pp. 45-74. DOI: 10.1093/rsq/hdv012.

¹⁰ Corte IDH. OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión consultiva de 17 de septiembre de 2003. Serie A, núm. 18, párr. 101.

GUILLERMO F. TREACY

formador, el Tribunal señala la obligación de los Estados de adoptar medidas positivas para “revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”.¹¹ La Corte reconoce que

[...] los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado.¹²

Además, la Corte observa la existencia de factores culturales que pueden potenciar las situaciones de discriminación que sufren las personas migrantes en el ejercicio de sus derechos:¹³

- 1) El principio de no devolución (o *non refoulement*), tomado del derecho internacional de los refugiados,¹⁴ resulta

¹¹ *Ibidem*, párr. 104.

¹² *Ibidem*, párr. 112.

¹³ *Ibidem*, párr. 113.

¹⁴ La Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 se refiere a la expulsión (art. 33) y a la prohibición de expulsión y devolución (art. 34). Al respecto, establece límites a la facultad de los Estados de expulsar refugiados cuando ello pueda implicar un peligro para la vida o la libertad de estos por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas. En su OC-21/14, la Corte IDH se refirió al principio de no devolución aplicable en materia migratoria cuando están involucrados niñas, niños o adolescentes (véase párrs. 207-242). Sin embargo, varias de las consideraciones que fundan este principio en el ámbito interamericano pueden perfectamente aplicarse a los casos de personas adultas en situación de ser expulsadas.

La proyección de los estándares interamericanos de derechos humanos...

igualmente exigible en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y tiene específica incidencia en materia migratoria.¹⁵ En esa línea, la CADH establece que “en ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas” (art. 24.8). Otros tratados internacionales, de los que son parte los Estados del Sistema Interamericano, imponen en forma explícita o implícita limitaciones a la posibilidad de expulsar a no nacionales. En tal sentido se ha mencionado a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, cuyo artículo 3 prohíbe la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que será sometida a tortura. Del mismo modo, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas establece tal prohibición cuando haya razones fundadas para creer que la persona estaría en peligro de ser sometida a una desaparición forzada (art. 16). En esa misma línea pueden señalarse otros tratados que recogen implícitamente el principio en mención, tales como la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyos respectivos órganos de aplicación han emitido recomendaciones u observaciones generales en las que señalan límites a la facultad de los Estados de expulsar personas.¹⁶ Es

¹⁵ Así lo señala la CIDH, que se refiere a la complementariedad entre el derecho internacional de refugiados y el derecho internacional de los derechos humanos, observando que este principio se aplica en forma más amplia en ambos. Dicho órgano afirma que se trata de una norma consuetudinaria del derecho internacional, que se refuerza por el reconocimiento del derecho de buscar y recibir asilo. CIDH, Derechos humanos de migrantes, refugiados..., *cit.*

¹⁶ El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial señaló, en su Recomendación general núm. 30, que los extranjeros no deben ser retor-

decir, aun cuando la expulsión de una persona extranjera pudiera hallarse en alguna de las causales previstas en la legislación, la facultad estatal encuentra un límite si, en caso de ejecutarse la decisión, aquella pudiera sufrir un riesgo grave de violación a sus derechos humanos.

- 2) La no criminalización de los migrantes que carecen de documentos, que implica que esa conducta no puede ser abordada desde la óptica del derecho penal. En principio, las legislaciones en los países de la región parecen recoger esta garantía; sin embargo, ello no excluye la posibilidad de detenciones, que la Corte IDH ha examinado bajo el prisma del juicio de proporcionalidad. En el caso *Vélez Loo*¹⁷ el Tribunal consideró que la norma que permitía la privación de libertad como consecuencia de una irregularidad migratoria no perseguía una finalidad legítima de acuerdo con la CADH¹⁸ y que era necesario que el Estado justificara la necesidad de la medida, pues en “una sociedad democrática el poder punitivo solo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes

nados a un país o territorio donde corran el riesgo de sufrir abusos serios a sus derechos humanos, incluida la tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Véase punto 27, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=6&DocTypeID=11. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación general núm. 20, ha realizado precisiones en el mismo sentido a propósito de la prohibición de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes contenida en el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Véase punto 9, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=sp&TreatyID=8&DocTypeID=11. Por último, los comités de Derechos del Niño y de Trabajadores Migratorios han adoptado una Observación general conjunta, núms. 22 y 3, respectivamente, en la que se refieren a la prohibición de expulsar personas de su jurisdicción cuando de ello puedan derivar daños irreparables a su regreso como persecución, torturas, violaciones de derechos humanos u otros. Véase puntos 45-47, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/343/62/PDF/G1734362.pdf?OpenElement>

¹⁷ Corte IDH. *Caso Vélez Loo vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 218.

¹⁸ *Ibidem*, párr. 169.

La proyección de los estándares interamericanos de derechos humanos...

jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro”.¹⁹ No obstante, aunque regidas por el derecho administrativo, ello no ha significado suprimir en las legislaciones internas la posibilidad de detención de aquellos por irregularidades administrativas.²⁰ Por lo demás, en casos de detención por motivos vinculados a la situación migratoria debe seguirse un análisis de proporcionalidad.²¹

- 3) El principio de unidad familiar constituye una derivación del artículo 17 de la CADH, que se refiere a la protección de la familia y, en tal sentido, impone la correlativa obligación a los Estados. Por otra parte, las legislaciones internas que han establecido el derecho a migrar prevén expresamente el derecho a la reunificación familiar. En el caso argentino, si bien la ley vigente garantiza expresamente el derecho a la reunificación familiar,²² otras disposiciones resultan menos categóricas, al prever, ante cualquier irregularidad migratoria, la expulsión del país. La convencionalidad (y, por ende, la constitucionalidad) de esa prescripción legal se ve salvada por la posibilidad de una dispensa fundada en razones de reunificación familiar, cuya valoración es efectuada por la autoridad

¹⁹ *Ibidem*, párr. 170.

²⁰ La ley argentina admite, en general, la detención de migrantes (la denominada “retención”) que deban ser expulsados, por cualquier causal, cuando la orden esté “firme y consentida” y, excepcionalmente, antes de que adquiera firmeza (art. 70), medida que se efectiviza en dependencias de la autoridad migratoria (es decir, no en establecimientos penitenciarios), pero, para proceder a ella, es necesario contar con una previa orden judicial.

²¹ En el caso argentino, el nivel de intensidad del escrutinio judicial sobre los pedidos de retención resulta variable, aunque con predominio de la deferencia hacia el criterio de la autoridad migratoria.

²² Sin embargo, la normativa interna define de una manera restrictiva al grupo familiar: la persona migrante debe ser cónyuge (a lo que se añade el supuesto de que sea conviviente), hijo o padre de argentino para que proceda la dispensa de expulsión (art. 62). La Corte Suprema argentina ha interpretado en forma estricta estas hipótesis, negándose a admitir una dispensa, cuando mediaban otras relaciones de parentesco. Véase *Barrios Rojas*, Fallos 343:990 (2021).

migratoria,²³ y que luego puede ser sometida a revisión judicial.

La consideración de los niños como sujetos de especial protección, que ha merecido especial atención de los órganos interamericanos,²⁴ asume particular intensidad en el contexto migratorio, donde se ve potenciada su vulnerabilidad. En tal sentido, además de recordar su condición de titular de derechos, la Corte IDH se ha referido a los principios que dimanen de la Convención sobre los Derechos del Niño y que impactan en los contextos de movilidad: el principio de no discriminación; el del interés superior del niño; el de protección del derecho a la vida; a la supervivencia y al desarrollo, y el principio de respeto a la opinión del niño en todo procedimiento que le afecte.²⁵ Sobre esas bases, el Tribunal ha considerado que debía evitarse la privación de libertad de los niños migrantes, prohibición que se extiende también a sus progenitores, de modo que los Estados deben “optar por medidas alternativas a la detención de la familia”, que asegu-

²³ El art. 29 de la ley argentina prevé una serie de causales que impiden el ingreso o permanencia en el territorio nacional, y que habilitan a la expulsión del país. En su parte final prevé la posibilidad de que la autoridad migratoria, *con carácter excepcional*, dispense de la expulsión por motivos humanitarios o de reunificación familiar. En cuanto a los extranjeros residentes, el art. 62 prevé la posibilidad de cancelar la residencia y disponer su expulsión por los motivos allí previstos, aunque aquí prevé *como regla* la dispensa de expulsión en los casos en que acredite un vínculo familiar con un ciudadano argentino, salvo decisión debidamente fundada. En cualquier caso, estas decisiones son revisables en sede judicial.

²⁴ Corte IDH. OC-17/02. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión consultiva de 28 de agosto de 2002. Serie A, núm. 17. En relación con la niñez migrante, ha expedido una opinión específica: OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión consultiva de 19 de agosto de 2014. Serie A, núm. 21. Además, en diversos casos contenciosos se abordaron problemáticas conexas a la situación de los niños en contextos de movilidad: Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 130; *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C, núm. 282.

²⁵ Corte IDH. OC-21/14..., *cit.*, párr. 69.

ren la protección de la unidad familiar y la garantía del interés superior del menor.²⁶ Del mismo modo, y en virtud del principio de unidad familiar, la Corte ha llegado a considerar desproporcionada la expulsión de los progenitores por infracciones migratorias relacionadas con el ingreso o permanencia, sobre la base del interés superior del niño.²⁷ Otros aspectos, sobre los que volveremos, se relacionan con la participación de los niños en las instancias del procedimiento de expulsión.

III. HACIA LA CONVENCIONALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

En general, la codificación del procedimiento administrativo en América Latina ha constituido un primer paso hacia la limitación de la discrecionalidad de las autoridades públicas en su accionar. El propósito de tal codificación ha estado motivado por dos ideas fuerza: el establecimiento de un régimen para la actuación administrativa y la producción de sus actos, y la consagración de un sistema de garantías de los particulares frente a la Administración.²⁸ En este sentido, se trata de la elaboración de garantías instrumentales tendentes a asegurar la efectividad de los derechos de las personas, con prescindencia de que les asista la razón en cuanto a la pretensión de fondo.²⁹ El respeto de tales garantías formales, aun cuando no asegure que la decisión sea correcta, constituye un elemento central para evitar la arbitrariedad.

En Argentina, el dictado, en 1972, de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA)³⁰ ha sido un hito en la

²⁶ *Ibidem*, párr. 158 y *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana...*, *cit.*, párr. 360.

²⁷ Corte IDH. OC-21/14..., *cit.*, párr. 280.

²⁸ Brewer-Carías, Allan R., *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, Bogotá, Legis, 2003, p. 42.

²⁹ Szente, Zoltán, *op. cit.*, p. 15.

³⁰ Se trata de la Ley 19.549, que contiene principios generales de la actuación administrativa, los requisitos de los actos administrativos y normas sobre su impugnación judicial. La ley, dictada en 1972, fue modificada en 1977 (Ley 21.686) y en 2000 (Ley 25.344). A su vez, fue reglamentada por el

sumisión de la Administración pública a reglas jurídicas. Paralelamente con su dictado se mantuvieron algunos procedimientos especiales, entre ellos los aplicados en materia migratoria.³¹ Esta subsistencia de procedimientos especiales migratorios en la práctica significaba deslegalizar el procedimiento que se aplicaba en sede administrativa a personas migrantes, lo que incrementaba las posibilidades de decisiones discrecionales y con escaso control judicial.³² La ley vigente ha cambiado ese enfoque, más allá de ciertos retrocesos implementados por vía reglamentaria, que luego fueron revertidos.³³

Aun cuando en Argentina existe una tendencia legislativa a la unificación de los procedimientos administrativos, la materia migratoria presenta especificidades que están dadas por la particular situación de vulnerabilidad del sujeto migrante. La Ley de Política Migratoria vigente prevé algunas reglas procedimentales especiales, sin perjuicio de la aplicación supletoria de la LNPA. Este conjunto normativo debe ser “convencionalizado” a fin de

Decreto 1759/72, el cual también fue objeto de sucesivas modificaciones; las más relevantes tuvieron lugar en 1991 (Decreto 1883/91) y en 2017 (Decreto 894/2017).

³¹ El Decreto 9101/72 preveía, sin perjuicio de la aplicación supletoria de la Ley 19.549 y del Decreto 1759/72, el mantenimiento de los procedimientos en materia de migraciones (a los que no se individualizó —art. 1, inc. 4— del decreto precitado). Dicha norma fue suprimida en la siguiente modificación del Decreto 9101/72, realizada por conducto del Decreto 1883/91 y, luego, por el Decreto 722/96.

³² La consagración normativa de este enfoque tuvo lugar con la denominada “Ley Videla”, de 1981, que se mantuvo hasta 2003, con la sanción de la nueva ley migratoria. Dicha norma estaba animada de un espíritu de desconfianza hacia la persona migrante, con numerosas restricciones a sus derechos y con facultades casi omnímodas en el organismo administrativo, al que se le atribuían funciones de policía migratoria. Entre sus facultades estaba la de expulsar a extranjeros, en el marco de decisiones administrativas, prácticamente sin control judicial.

³³ La Ley de Política Migratoria de 2004 fue modificada en 2017 con base en un decreto de necesidad y urgencia (70/2017), que tuvo un sentido claramente regresivo, reduciendo los derechos procesales de las personas migrantes con el fin de asegurar su rápida expulsión del país. Finalmente, en 2021, se dejó sin efecto esta normativa —que fue impugnada por varias organizaciones de derechos humanos—, de modo que se volvió al régimen original de la ley de 2004.

La proyección de los estándares interamericanos de derechos humanos...

aplicarlo a las instancias procesales que involucren a personas migrantes. Los estándares del ICCAL pueden entenderse en clave de potenciar el acceso a la justicia como un derecho instrumental para el acceso a otros derechos y, en materia migratoria, el procedimiento administrativo es una primera etapa.

Ahora bien, entre los procedimientos seguidos ante los órganos de la Administración pueden distinguirse, en cuanto aquí interesa, procedimientos de gestión, recursivos y sancionadores,³⁴ que pueden tener lugar a propósito de las vicisitudes de la relación entre una persona migrante y la autoridad administrativa. En el primer caso se trata del reconocimiento de derechos jurídicamente protegibles de carácter administrativo de un particular, como lo puede ser la obtención de alguna de las categorías de residencia previstas en la legislación migratoria o su extensión en el tiempo. En caso de denegatoria, el trámite puede transformarse en un procedimiento de carácter sancionador si —constatada una irregularidad migratoria— la Administración decide disponer la cancelación de la residencia o la expulsión del país del sujeto infractor. A su vez, ello puede dar lugar a un procedimiento recursivo, a fin de cuestionar una decisión administrativa desfavorable.

En la “interamericanización” del procedimiento administrativo han tenido un papel clave varios pronunciamientos de la Corte IDH, en los que se fue avanzando la idea de que las llamadas “garantías judiciales” previstas en el artículo 8 de la CADH podían tener un ámbito que excedía el que era propio de los tribunales judiciales.

En efecto, el Tribunal regional concibe dicha norma como configuradora del *debido proceso legal*, en términos amplios, el cual no se limita a las actuaciones de órganos judiciales. En este sentido, ha dicho que su aplicación se extiende al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos.³⁵ Añadió que “cualquier actuación u

³⁴ Hutchinson, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*. Ley 19.549, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 11.

³⁵ Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, núm. 71, párr. 69 y sus

GUILLERMO F. TREACY

omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”.³⁶ Ello resulta especialmente pertinente en los casos de expulsiones de extranjeros, cuando son resueltas por autoridades administrativas en cada Estado, ya que ellas conllevan el ejercicio de facultades sancionatorias.

Ahora bien, la exigencia del debido proceso legal no se limita a actuaciones de la Administración, sino que el Tribunal regional la extendió a cualquier procedimiento que se refiera a la determinación de derechos en el orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”,³⁷ lo que abre la puerta a la aplicación de requisitos más específicos en el marco del procedimiento administrativo no sancionador. Concretamente, observó que “las garantías contempladas en el artículo 8.1 de la Convención son también aplicables al supuesto en que alguna autoridad pública adopte decisiones que determinen tales derechos, tomando en cuenta que no le son exigibles aquellas propias de un órgano jurisdiccional, pero sí debe cumplir con aquellas garantías destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria”.³⁸

Para aclarar el concepto de “debidas garantías” que contiene el artículo 8.1 de la CADH, es posible, con modulaciones, reconducirlo al artículo 8.2 de la CADH, donde se efectúa una detallada enumeración de garantías mínimas a las que tiene derecho “toda persona inculpada de delito”.³⁹ Ya tempranamente la Corte

citás; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C, núm. 74, párr. 102; *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C, núm. 243, párr. 116, entre otros.

³⁶ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C, núm. 72, párr. 124.

³⁷ *Ibidem*, párr. 125. También en *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú...*, cit., párr. 70; *Ivcher Bronstein vs. Perú...*, cit., párr. 103.

³⁸ Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay...*, cit., párr. 119 y sus citas. En este caso no se trataba de la aplicación de sanciones, sino de la determinación de derechos por parte de una autoridad administrativa.

³⁹ Además de consagrar la presunción de inocencia, el art. 8.2 de la CADH incluye una serie de garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o

La proyección de los estándares interamericanos de derechos humanos...

previó la posibilidad de que esas garantías tuvieran una fuerza expansiva hacia otros ámbitos distintos del penal, lo cual dependía de “las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular”, como factores a tener en cuenta para determinar en qué medida esas garantías del proceso penal podían ser extendidas a otro tipo de procedimientos de determinación de derechos.⁴⁰ Como veremos, el Tribunal regional ha extrapolado las garantías penales al procedimiento administrativo migratorio, algo que resulta plenamente coherente con el carácter sancionador que este puede tener. En efecto, la cancelación de la residencia o la expulsión del país de una persona migrante son expresiones del *ius puniendi* por parte del Estado, aun cuando formalmente no se trate de normas penales.

Ahora bien, para el Tribunal interamericano, las garantías del artículo 8 de la CADH no solo se aplican a procedimientos de carácter sancionador, sino que “cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un ‘juez o tribunal competente’ para la ‘determinación de sus derechos’, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa,

no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado [...] si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener su comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a ser declarado contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.

⁴⁰ Corte IDH. OC-11/90. Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva de 10 de agosto de 1990. Serie A, núm. 11, párr. 28. Esta línea jurisprudencial fue continuada en otros precedentes: *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú...*, cit., párr. 70; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú...*, cit., párr. 103; etcétera.

legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas”.⁴¹

En el caso del procedimiento administrativo, puede ser concebido como la primera etapa en el acceso a la justicia. Un funcionamiento eficiente de las estructuras administrativas podría evitar a los particulares la necesidad de acudir a los tribunales para dirimir sus conflictos. En este sentido, la aplicación progresiva de las garantías del artículo 8 de la CADH a órganos de la Administración pública es una oportunidad para revalorizar el procedimiento administrativo como instancia de prevención y resolución de conflictos. Lejos de tratarse de un mero trámite dilatorio, el procedimiento administrativo es la primera oportunidad de que dispone el particular —sea migrante o no— para hacer valer sus derechos. En tal sentido, la Corte Suprema argentina se ha referido al principio de “tutela administrativa efectiva”, que extrajo por contigüidad con el principio de tutela judicial efectiva reconocido a nivel constitucional y convencional.⁴² Este principio permite la aplicación de las garantías judiciales en el procedimiento administrativo, pues este “no solo constituye el ámbito a través del cual se debe procurar —con justicia— la satisfacción del interés público; en paralelo, *es también una instancia para la defensa de los derechos e intereses de los particulares*, sujeta —inexcusablemente— a los principios de legalidad, debido proceso adjetivo y sustantivo —o razonabilidad—” (cursivas añadidas).⁴³

⁴¹ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá...*, cit., párr. 124; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú...*, cit., párr. 104 y, especialmente (por su relación con las personas migrantes), la OC-21/14..., cit., párr. 126.

⁴² Según la Corte Suprema argentina, esta garantía “supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia —a lo que cabe agregar, ante las autoridades administrativas competentes— y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes (Fallos 310:276 y 937; 311:208) y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieran asistirle sino por medio de un proceso —o procedimiento— conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia —o decisión— fundada (Fallos 310:1819)” (in re *Astorga Bracht*, Fallos 327:4185, cdo. 6).

⁴³ CSJN, in re *Roa Restrepo, Henry*, Fallos 344:1013, voto del ministro Rosatti, cdo. 6 (citas omitidas).

La proyección de los estándares interamericanos de derechos humanos...

En síntesis, el ICCAL ha avanzado hacia la “convencionalización” del procedimiento administrativo y lo ha hecho por una doble vía. Por un lado, por analogía entre normas administrativas sancionadoras y normas penales, ha extendido, con ciertos matices, las garantías penales al ámbito del procedimiento administrativo sancionador. De este modo, cuando el artículo 8.1 de la CADH se refiere a la exigibilidad de las “debidas garantías” en “la sustanciación de cualquier acusación penal”, abre la puerta para la aplicación de aquellas a las distintas manifestaciones del *ius puniendi* estatal. Por tanto, el concepto de “acusación penal” parece adquirir ciertos perfiles autónomos, independientes del concepto que le pueda dar la legislación interna, donde una irregularidad migratoria no es un delito.⁴⁴ Este robustecimiento de garantías es atendible si se tiene en cuenta que el procedimiento migratorio puede culminar en la restricción de la libertad de la persona, en caso de decidirse su expulsión del país.⁴⁵ Una restricción tan intensa de derechos justifica la aplicación de garantías que son exigibles en el proceso penal.

Por otro lado, una segunda fase en el desarrollo de la protección de derechos lleva a extender las *debidas garantías* a toda hipótesis de “determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral o de cualquier otro carácter”, aun cuando no impliquen un ejercicio del *ius puniendi*. La Corte IDH ha dado señales de emprender este paso hacia la “convencionalización” de todos los procedimientos administrativos, lo cual permitiría postular que todos ellos, sean de gestión, sancionadores o impugnatorios, están impregnados por los estándares del *Ius Constitutionale Commune*.

⁴⁴ La similitud del art. 8 de la CADH con el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos —advertida por la Corte IDH en varios precedentes— permitiría trasladar a este ámbito el “test de Engel”, conforme al cual ha de partirse de un concepto autónomo de ilícito penal para decidir si son aplicables las garantías penales. Dicho test involucra tres elementos: a) la calificación legal que le otorga al hecho el derecho interno del Estado; b) la naturaleza de la ofensa, y c) la naturaleza y severidad de la sanción prescripta. Cfr. TEDH, *Caso Engel y otros vs. Países Bajos*, sentencia de 8 de junio de 1976, serie A, núm. 22, párr. 82.

⁴⁵ En Argentina, sin embargo, la detención exige siempre la previa intervención de un juez; en ningún caso puede la autoridad migratoria disponer por sí la privación de libertad de una persona migrante.

Ello permitiría, con los debidos matices, decidir si las garantías del artículo 8.2 de la CADH son aplicables a procedimientos administrativos aun cuando no esté en juego el ejercicio del *ius puniendi*.⁴⁶

IV. ALGUNOS ESTÁNDARES DEL DEBIDO PROCESO MIGRATORIO EN SEDE ADMINISTRATIVA

Sin ánimo de exhaustividad, es posible extraer algunas directrices del ICCAL provenientes de casos en que se abordó la situación de personas en contexto de movilidad y su impacto en el procedimiento administrativo. Estas conclusiones de los órganos del sistema —en especial de la Corte IDH— revelan convergencias en el plano normativo interno y resistencias a nivel de las prácticas institucionales, que permiten ponderar los desafíos que plantea el ICCAL desde una perspectiva de derechos.

4.1. Derecho a una decisión individualizada

El artículo 22.9 de la CADH prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros. De ello es dable inferir un derecho a una decisión individualizada, que haga mérito de las circunstancias particulares de cada sujeto migrante. No aparece como garantía explícita en la CADH, pero el Comité de Derechos Humanos, al interpretar el artículo 13 del PIDCP, ha señalado que la prohibición de arbitrariedad en las expulsiones, que en todos los casos deben ser “conforme a la ley”, “otorga a cada extranjero el derecho a que se adopte una decisión en su propio caso”, de modo que una expulsión masiva sería contraria a los derechos fundamentales de las personas.⁴⁷ La Convención Internacional sobre la Protec-

⁴⁶ En la OC-11/90, la Corte IDH señaló como factores a considerar las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, a fin de determinar qué garantías eran concretamente exigibles en un caso determinado (párr. 28).

⁴⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 15, La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, párr. 10. El Comité infiere el derecho a una decisión individualizada a partir de otras disposiciones del Pacto, relativas al derecho a aducir argumentos contra la expulsión y a que la de-

ción de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias establece explícitamente que “cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente” (art. 22.1). Esta directriz emerge explícitamente de la legislación interna (art. 66).

4.2. Derecho a ser oído y a asistencia letrada

El derecho a la asistencia jurídica es reconocido en el artículo 8.2, apartados d) y e), de la CADH, así como en el artículo 14.3, apartado d), del PIDCP. En el caso del procedimiento administrativo migratorio, su exigibilidad resulta indudable si se tiene en cuenta que se refiere a personas que no están familiarizadas con el sistema jurídico del país en que se encuentran. La Corte IDH ha establecido que en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de estas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso.⁴⁸ Ello justifica la necesidad de asistencia jurídica cuando se trata de un procedimiento sancionador.

Si bien tal asistencia podría no ser necesaria si se trata de un procedimiento de gestión, como lo es la regularización de su residencia en el país, creemos que sería igualmente exigible en este supuesto. En efecto, cuando la persona migrante acude a fin de regularizar su situación migratoria, podría reconocer circunstancias que le son desfavorables (un ingreso irregular, por ejemplo) y que quedan reflejadas en un acta de declaración migratoria, configurando una suerte de “confesión” obtenida sin presiones, pero con desconocimiento de las consecuencias que ella podría traer aparejadas. En esa eventualidad, ese reconocimiento puede dar origen a un procedimiento sancionador que culmine con la expulsión del extranjero del país. Por tanto, es relevante que

cisión sea sometida a revisión ante la autoridad competente, o bien ante la persona o personas designadas por ella, y a hacerse representar ante ellas, pues ello implica que tales argumentos deben ser analizados en cada caso.

⁴⁸ Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá...*, cit., párr. 146 y OC-18/03..., cit., párr. 126.

la asistencia letrada esté disponible ya en las primeras fases del procedimiento migratorio.

En cuanto a las características de esa asistencia, la Corte ha aclarado que el Estado tiene la obligación de suministrarla en forma gratuita, obligación de la que no puede ser relevado por la actividad de organizaciones no gubernamentales previstas a ese fin.⁴⁹ Cabe añadir que las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad —como normas de *soft law*, aplicables en el espacio jurídico latinoamericano—⁵⁰ destacan que las personas pertenecientes a grupos vulnerables deben contar con asistencia técnico-jurídica de calidad, especializada y gratuita para defender sus derechos.⁵¹

Por ende, esa asistencia jurídica tiene que ser eficaz —lo que supone idoneidad profesional—, oportuna, independiente y gratuita. La jurisprudencia interamericana ha aplicado los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados relativos a las salvaguardias especiales en asuntos penales, en cuanto a las garantías de actuación profesional cuando la persona se encuentra arrestada, detenida o presa. Tales incidencias no solo son posibles en procesos penales, sino también en conexión con procedimientos migratorios cuando se verifica una situación irregular.⁵²

En línea con esta exigencia, la ley argentina prevé que “los extranjeros que se encuentren en territorio nacional y que carezcan

⁴⁹ Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá...*, *cit.*, párr. 137.

⁵⁰ Las Reglas fueron aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (2008) y, si bien no son vinculantes, se engarzán con el sistema de fuentes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, contribuyendo a precisar estándares en la materia. En Argentina, la Corte Suprema se ha adherido a ellas y ha establecido que deben seguirse “como guía en los asuntos a que se refieren” (véase Acordada N° 5/2009).

⁵¹ Véase, en especial, las Reglas 30 y 31.

⁵² Conforme al numeral 8 de estos principios, “a toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial”. Véase Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Demanda de Interpretación de la Sentencia de Fondo y Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, núm. 128, párr. 166.

La proyección de los estándares interamericanos de derechos humanos...

de medios económicos, tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en aquellos procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, al retorno a su país de origen o a la expulsión del territorio argentino” (art. 86).⁵³ Este principio es inverso al que rige en el procedimiento administrativo general, donde no se exige la asistencia o representación letrada.⁵⁴ En el procedimiento migratorio, la asistencia legal se encuentra, en principio, a cargo de profesionales del Ministerio Público de la Defensa, que es un órgano extrapoder (es decir, que no recibe instrucciones de ninguna autoridad del Estado),⁵⁵ quedando a salvo la posibilidad de que el interesado acuda a otro profesional de su elección.

4.3. Derecho a la asistencia de un traductor o intérprete

Entre otros factores que pueden agravar sus desventajas procesales, el desconocimiento del idioma del país puede incidir en

⁵³ La ley parece exigir una situación de pobreza para tener derecho a la asistencia jurídica. Pero la reglamentación subsana este aspecto, pues prevé, ante la demanda que efectúe la persona migrante, la “inmediata intervención” de su asistente letrado (art. 86 del Decreto 616/2010).

⁵⁴ El art. 1, inc. f), apdo. 1) de la LNPA prevé, al referirse al derecho del particular a ser oído en el procedimiento administrativo, que este tiene derecho a “hacerse patrocinar y representar profesionalmente”, excepto “en los casos en que se planteen o debatan cuestiones jurídicas”. Es decir, la regla es la no exigibilidad de la asistencia letrada. Por su parte, la Corte IDH ha sido flexible en cuanto a si este recaudo hace al debido proceso: “las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso” (Corte IDH. OC-11/90..., *cit.*, párr. 28). Ello supone una apreciación de cada caso. En materia migratoria, este derecho está claramente establecido.

⁵⁵ El Ministerio Público de la Defensa estableció, en el ámbito de su estructura, una Comisión del Migrante, integrada por defensores/as públicos/as. El hecho de que fuera creada en ese ámbito institucional resulta pertinente, toda vez que asegura contar con profesionales específicamente dedicados a la materia migratoria, que presenta especificidades ante la interrelación de normas y estándares internacionales, regionales e internos que inciden en la cuestión migratoria.

las posibilidades reales de una persona migrante de ejercer el derecho a ser oído. Aquí el Estado debe proporcionar los medios para que la persona pueda participar útilmente en todas las fases del procedimiento administrativo (y, eventualmente, del judicial), lo que hace indispensable contar con un intérprete o un servicio de traducción. Sería ilusoria la mera posibilidad de dirigirse a los órganos del Estado en defensa de sus derechos si no puede hacerse entender por ellos. En tal sentido, el derecho a ser asistido por un traductor o intérprete —previsto en el artículo 8.2, apartado a), de la CADH— también constituye una de las “debidas garantías” a las que alude el artículo 8.1 exigibles en materia migratoria.⁵⁶ La ley argentina recoge expresamente el derecho a un intérprete si la persona migrante desconoce el idioma oficial (art. 86).

4.4. Derecho a la información sobre asistencia consular

En la opinión consultiva (OC) 16/99,⁵⁷ la Corte IDH partió de una norma de derecho internacional general —la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares— para extraer un derecho individual a la información sobre la asistencia consular, que integra las garantías del debido proceso en los casos en que la persona extranjera se encuentre detenida. Este derecho presenta particular importancia en el caso de las detenciones por motivos migratorios. En el ya citado caso *Vélez Loor*, el Tribunal señaló que de este modo se procura remediar la condición de especial

⁵⁶ En un caso relacionado con la responsabilidad de un Estado por un delito penal, la Corte IDH enfatizó que la víctima era mujer e indígena y, por tanto, “el Estado tiene el deber de continuar proporcionando los medios para que la víctima acceda y participe en las diligencias del caso, para lo cual debe asegurar la provisión de intérprete y apoyo desde una perspectiva de género, en consideración de sus circunstancias de especial vulnerabilidad”. Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, núm. 215, párr. 230.

⁵⁷ Corte IDH. OC-16/99. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión consultiva de 1 de octubre de 1999. Serie A, núm. 16.

vulnerabilidad que experimentan los extranjeros detenidos en un medio social y jurídico diferente al suyo y lo vinculó con las medidas de compensación que necesariamente deben adoptar los Estados para afrontar las condiciones de desigualdad real, que se traducen en obstáculos y deficiencias para acceder a la justicia (párr. 152). El Tribunal lo configuró con los siguientes elementos esenciales: 1) el derecho a ser notificado de sus derechos bajo la Convención de Viena; 2) el derecho de acceso efectivo a la comunicación con el funcionario consular, y 3) el derecho a la asistencia misma (párr. 153).

En el derecho argentino, la ley migratoria no prevé expresamente este derecho, pero su reconocimiento no es incompatible con ella. En caso de detención, dado que es ineludible la previa intervención judicial, los jueces que conozcan de ella deberán verificar que el individuo haya podido ejercer este derecho. Sin embargo, corresponderá a la Administración, en primer lugar, asegurar que la persona sujeta a un procedimiento administrativo pueda contactar al consulado de su país.

4.5. Derecho a contar con el tiempo y los medios para su defensa

Se trata de una garantía específica prevista como parte de las garantías de los procesos penales (art. 8.2.h CADH), pero que también pertenece a las “debidas garantías” en un procedimiento migratorio. En este caso asume relevancia la extensión de los plazos para contestar intimaciones, ofrecer y producir pruebas, y, eventualmente, interponer recursos contra decisiones adversas. Un plazo breve para realizar cualquiera de estos actos procedimentales resulta incompatible con la garantía de defensa y podría ser considerado inconvencional.⁵⁸

⁵⁸ A modo de ejemplo, en la ya mencionada reforma introducida por el Decreto 70/2017 (hoy derogada) se preveía un plazo de tres días, un plazo que, en general, no parecía compatible con la efectividad del derecho de defensa. Actualmente se prevén plazos de 10 o 15 días en el caso de recursos administrativos (según se trate del recurso de reconsideración o del recurso jerárquico; arts. 75 y 78, respectivamente) y de 30 días para el recurso judicial (art. 84).

El ejercicio efectivo de este derecho se vincula también con las formas de notificación a la persona migrante de las decisiones que puede tener interés en impugnar. Aquí es preciso tomar en cuenta la movilidad de las personas en esa situación y la necesidad de mantener una adecuada comunicación con ellas. Dado que una correcta notificación de los actos es esencial a fin de garantizar el ejercicio del derecho de defensa, se trata de un aspecto que tanto el organismo administrativo interviniente como el tribunal judicial deben tomar especialmente en cuenta. De otro modo, la sustancia del derecho se vería sacrificada ante la formalidad de una notificación realizada de un modo que no puede cumplir su propósito.

4.6. Derecho a la duración razonable del procedimiento administrativo

Este derecho, consagrado en el artículo 8.1 de la CADH, abarca todas las instancias procesales que en materia migratoria se inician con el procedimiento administrativo y pueden continuar —en caso de resolución desfavorable— con el desarrollo de una fase judicial. Dado el carácter general de las garantías que prevé la mencionada disposición, está fuera de duda su aplicabilidad al procedimiento migratorio.

La Corte IDH ha establecido una serie de criterios para establecer la razonabilidad del plazo, siguiendo en esto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *a)* la complejidad del asunto; *b)* la actividad del interesado, y *c)* la conducta de las autoridades judiciales.⁵⁹ Esto último, en la materia que nos ocupa, implica examinar la diligencia con que haya actuado la autoridad administrativa⁶⁰ —y luego la autoridad judicial—, pues se trata de evi-

⁵⁹ Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C, núm. 30, párr. 77. En sucesivos precedentes el tribunal ha ido aclarando los tres factores mencionados, generalmente en casos de sustancia penal.

⁶⁰ La Corte IDH hizo explícita referencia a que esta garantía era aplicable respecto de cualquier autoridad pública, inclusive no judicial. Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C, núm. 99, párr. 131.

La proyección de los estándares interamericanos de derechos humanos...

tar que la situación jurídica de una persona, en cuanto a la determinación de sus derechos, quede indefinida. A los tres factores mencionados, la Corte regional ha añadido la afectación que la duración del procedimiento producía en la situación jurídica del interesado⁶¹ y el análisis global del procedimiento.⁶² Desde luego, estos factores cuentan no solo cuando la persona migrante se encuentra detenida, sino en cualquier procedimiento relacionado con la determinación de sus derechos.

La Corte Suprema argentina se ha referido expresamente a la garantía del plazo razonable de duración del proceso en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, invocando la jurisprudencia de la Corte IDH.⁶³ El criterio es indudablemente aplicable en el marco de los procedimientos migratorios.

Cabe señalar que la ley migratoria argentina prevé un remedio específico frente a la inacción administrativa, que tiene cierta raigambre en el derecho administrativo: se trata del amparo por mora de la Administración, conforme al cual puede requerirse una orden judicial de “pronto despacho” tendente a que la autoridad administrativa se pronuncie en el plazo que judicialmente se le fije, en función de la naturaleza y complejidad del caso pendiente.⁶⁴ Se trata de un mecanismo relativamente ágil para poner fin a la incertidumbre creada por la ausencia de una decisión fundada.

⁶¹ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, núm. 149, párr. 204; *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C, núm. 192, párr. 155; *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C, núm. 246, párr. 152; entre otros.

⁶² Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua...*, cit., párr. 81; *Caso Furlan y familiares vs. Argentina...*, cit., párr. 149; etcétera.

⁶³ CSJN, *Losicer*, Fallos 335:1126 (2012). En esa oportunidad se trataba de sanciones aplicadas a un particular con base en el poder de policía financiera que ejerce el Banco Central.

⁶⁴ Ley 25.871, art. 85. Esta norma es análoga a la que establece con carácter general —para cualquier procedimiento administrativo— el art. 28 de la LNPA de 1972.

4.7. Garantía de una debida motivación de las decisiones administrativas

Este derecho —que en el plano normativo interno tiene reconocimiento expreso—⁶⁵ presupone la obligación de la autoridad administrativa de pronunciarse, pero apunta a la calidad de la decisión que se adopta. La Corte IDH se ha referido a esta garantía, en conexión con el principio de no discriminación, al exigir que la decisión de la autoridad administrativa debe permitir constatar que los criterios previstos en la ley fueron analizados y aplicados en forma objetiva en cada caso.⁶⁶

Pero, además, apunta a la calidad de la decisión que se adopte, por cuanto no debe ser arbitraria y debe tomar en consideración los argumentos expuestos por la persona. En tal sentido, la existencia de motivación suficiente en un acto administrativo relacionado con la situación migratoria de una persona constituye una condición necesaria para evitar la arbitrariedad. Por ende, la técnica para el control judicial de decisiones arbitrarias —más o menos deferente al criterio de la Administración— será clave para decidir si la motivación es suficiente para descartar la arbitrariedad.

En relación con ello, la Corte IDH ha observado que

[...] la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y esta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso.⁶⁷

⁶⁵ La LNPA argentina establece como uno de los componentes de la garantía del debido proceso adjetivo el derecho a una decisión fundada, que consiste en que “el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes a la solución del caso” (art. 1, inc. f), apdo. 3, de la ley).

⁶⁶ Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay...*, cit., párrs. 184 y 185.

⁶⁷ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá...*, cit., párr. 126.

La proyección de los estándares interamericanos de derechos humanos...

Ahora bien, ello exige un juicio de proporcionalidad que debe formar parte de la fundamentación del acto de expulsión o la denegatoria del permiso para permanecer en el país.

La ley argentina suministra algunos criterios para efectuar dicho juicio de proporcionalidad, pero el criterio parece ser restrictivo. En efecto, luego de referirse a las causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros en el país, establece que la autoridad migratoria “*podrá admitir excepcionalmente*, por razones humanitarias o de reunificación familiar, en el país en las categorías de residentes permanentes o temporarios, mediante resolución fundada en cada caso particular, a los extranjeros comprendidos en el presente artículo” (art. 29) (cursivas añadidas). Es decir, se prevé la posibilidad de invocar razones humanitarias o de reunificación familiar para dispensar a una persona extranjera de la expulsión, aunque se establece que ello es facultativo y excepcional.⁶⁸

En los casos en que los extranjeros se encuentren residiendo legalmente en el país, la ley prevé, ante la configuración de causales normativamente previstas, la cancelación de la residencia y ulterior expulsión. Aquí la norma diferencia dos hipótesis: *a*) que la persona migrante sea padre, hijo o cónyuge de argentino, en cuyo caso la regla sería la dispensa de expulsión, salvo decisión fundada de la autoridad administrativa, y *b*) que se verifiquen factores como el plazo de permanencia legal inmediata anterior a la configuración de las causales impeditivas de la permanencia en el país, u otras circunstancias personales o sociales de la persona, en cuyo caso *podrá* otorgarse la dispensa.

En cualquiera de esos supuestos, la ley interna exige un juicio de ponderación. A la luz de los precedentes interamericanos, puede afirmarse que esa motivación se satisface si el órgano decisor realiza un juicio de proporcionalidad específico, considerando:

⁶⁸ En el caso *Barrios Rojas* de 2021, ya citado, la Corte Suprema argentina interpretó en forma estricta el derecho de reunificación familiar (limitado a los integrantes del grupo familiar primario) y sostuvo que “la concesión de una dispensa para permanecer en el país es discrecional para la administración y [...] solo puede ser concedida de modo excepcional y mediante resolución especialmente fundada, circunstancia que no se verificó en el presente caso”.

GUILLERMO F. TREACY

a) la legitimidad de los fines tomados en cuenta por el Estado al disponer la medida; b) la adecuación, y c) la proporcionalidad en sentido estricto. En otras palabras, las razones del Estado —al disponer una expulsión, solicitar una detención o denegar un pedido de residencia— deben ser contrastadas con los argumentos expuestos por la persona migrante a la luz del principio de proporcionalidad.

Sin embargo, las prácticas administrativas han tenido un sentido restrictivo. Los precedentes administrativos, en particular en momentos en que prevalecía el criterio securitista, revelan que la Administración se limitaba a verificar la configuración de algunas de las causales impeditivas y sobre esa base decidían la expulsión. Esta práctica resulta contraria a la garantía de una debida motivación, la cual conlleva un mandato, desde la perspectiva convencional, de ponderar y evaluar las razones que puedan justificar o no la dispensa de expulsión. Por su parte, los precedentes jurisprudenciales también revelan una visión restrictiva al revisar el juicio de ponderación efectuado por la Administración.

4.8. El derecho a recursos efectivos

A diferencia de las normas generales de procedimiento administrativo, que prevén la ejecutoriedad de las decisiones de la Administración,⁶⁹ en materia migratoria este principio se invierte: todas las decisiones sobre expulsiones o deportaciones son susceptibles de recursos administrativos o judiciales, los cuales tienen efectos suspensivos (art. 82 de la Ley 25.871). Este carácter suspensivo de los recursos previstos en la ley migratoria resulta coherente con la convencionalización del procedimiento administrativo. En efecto, el recurso judicial contra las decisiones de la autoridad migratoria puede ser visto como la primera oportunidad de la persona migrante de ser escuchada por un órgano “independiente e imparcial” con los alcances del artículo 8.1 de la CADH. En definitiva, el carácter suspensivo de los recursos previstos para impugnar las decisiones de la autoridad migratoria

⁶⁹ De conformidad con el art. 12 de la LNPA, los actos administrativos tienen fuerza ejecutoria y los recursos administrativos o judiciales no suspenden, en principio, la facultad de ejecutarlos.

forma parte de la tutela judicial efectiva. Por lo demás, el control judicial posterior de los actos de la administración debe ser pleno, tanto sobre los hechos como sobre el derecho.⁷⁰ Desde luego, ello debe incluir la posibilidad de la persona de ofrecer y producir prueba para argumentar su caso, que es un derecho ya previsto en las normas generales sobre procedimiento administrativo.

Sin embargo, basados en el carácter excepcional de la dispensa, algunos tribunales han postulado que el control judicial sobre ese aspecto debía ser restrictivo, lo cual no parece compatible con un remedio judicial efectivo, pues la ponderación que realiza la Administración debe ser analizada por los tribunales a la luz del principio de proporcionalidad, que constituye una garantía contra la arbitrariedad de la decisión.

4.9. La participación de los niños en el procedimiento migratorio

Un problema particular, que en la práctica administrativa y judicial interna no tiene respuestas unívocas, se relaciona con el derecho de los niños a participar en los procedimientos que pueden afectarlos, derecho que surge del artículo 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Más allá de que también les son aplicables —con las adaptaciones propias de su situación vulnerable— las garantías inherentes al debido proceso que ya hemos mencionado, un obstáculo frecuente es la omisión de respetar su derecho a ser oídos.

⁷⁰ Sin embargo, de una manera algo equívoca, la ley migratoria establece que tanto el recurso judicial como la consecuente intervención y decisión del órgano judicial competente para entender en él *se limitarán* al control de legalidad, debido proceso y de razonabilidad del acto motivo de impugnación (art. 89). No obstante, el control de razonabilidad allí previsto permite un control de la evaluación efectuada en sede administrativa, tanto desde el punto de vista de los hechos como del derecho. En otras palabras, la norma habilita al juez para realizar un control del debido proceso adjetivo, y también sustantivo. Chausovsky, Gabriel, “Aspectos jurídicos sobre la nueva ley de migraciones”, en Giustiniani, Rubén (comp.), *Migración: un derecho humano*, Buenos Aires, Prometeo, 2004, p. 124. Entendemos que esta referencia normativa al principio de razonabilidad autoriza a aplicar el examen de proporcionalidad respecto de las decisiones migratorias.

GUILLERMO F. TREACY

La OC-21/14 ha concluido que, conforme al derecho internacional de los derechos humanos, las garantías que deben regir en *todo proceso migratorio, sea administrativo o judicial*, que involucre a niñas o niños son:

- i) el derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio;
- ii) el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado;
- iii) el derecho a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales;
- iv) el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete;
- v) el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular;
- vi) el derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante;
- vii) el deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados;
- viii) el derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada;
- ix) el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos, y
- x) el plazo razonable de duración del proceso.

Como puede apreciarse, varias de estas garantías son coherentes con el marco general de protección previsto para personas adultas, con las modulaciones que demanda la especial protección que el sistema exige respecto de la situación de niños, niñas y adolescentes.⁷¹

En el plano del derecho interno, la normativa migratoria no contiene previsiones expresas respecto de la participación de

⁷¹ También el Comité de Protección de Trabajadores Migrantes y el Comité de los Derechos del Niño se han referido a la cuestión, a través de la Observación general conjunta núm. 3. Allí se refieren al derecho de los niños a ser oídos, en especial en los procedimientos administrativos o judiciales relacionados con su situación migratoria o la de su familia, y “con independencia del de sus padres” (párr. 37).

La proyección de los estándares interamericanos de derechos humanos...

los niños en el procedimiento. Las autoridades administrativas tampoco prevén dicha participación y tal falencia se extiende al ámbito judicial donde no se suelen arbitrar medios para que el menor pueda ser oído por sí o por un representante. Esta situación resulta especialmente delicada cuando se trata del hijo argentino de un progenitor migrante respecto del cual se puede decidir la expulsión. Tanto las autoridades administrativas como las judiciales han sido renuentes a reconocer la intervención del menor en un proceso migratorio, pese a que existen buenas razones para modificar esa práctica institucional que afecta el derecho a la vida familiar del menor. En todo caso, debería hacerse una aplicación de otras leyes internas

V. OBSERVACIONES FINALES: DERECHOS PROCEDIMENTALES E IMPLICANCIAS INSTITUCIONALES

A la luz del ICCAL, el debido proceso administrativo supone diferentes tipos de obligaciones, que resultan de extender las “garantías judiciales” de los procesos judiciales (art. 8 CADH) a todo tipo de actuaciones de una autoridad pública. En primer término, la analogía más clara ha sido entre las garantías propias de los procesos penales u otros procedimientos —como los administrativos— que pudieran derivar en la aplicación de sanciones. Ello resulta relevante para construir las bases de un derecho administrativo sancionador, apegado a los estándares de derechos humanos y, así, neutralizar (o, al menos, morigerar) los elementos más autoritarios presentes en las relaciones jurídico-administrativas. El siguiente paso de la construcción del ICCAL en esta materia ha sido en la dirección de considerar que, por cuanto involucran la determinación de derechos, los actos administrativos y el procedimiento para su dictado también deben estar impregnados de las “debidas garantías” a las que alude el artículo 8.1 de la CADH, aun cuando no se trate de la aplicación de sanciones.

Los desafíos que plantea el fenómeno migratorio obligan a continuar con el desarrollo de estas garantías. En tal sentido, la convergencia de la ley migratoria argentina vigente y el desarrollo del ICCAL en esta materia constituyen, en realidad, un punto de partida para asegurar la vigencia de los derechos huma-

nos. Pero el principal desafío consiste en la efectiva implementación de estos estándares en las prácticas de los órganos administrativos que intervienen en cuestiones migratorias, ya que los objetivos de la ley pueden verse desnaturalizados por prácticas administrativas incompatibles con ella. Como señala Ferrajoli, y ello resulta plenamente aplicable al ámbito de la región, se ha configurado un “infra-derecho administrativo” a partir de reglamentaciones y disposiciones que, debiendo subordinarse a la ley, la contradicen, pero que son más efectivas y obligatorias que la misma ley en el ámbito de la Administración pública.⁷²

El primer contacto de la persona migrante con el Estado de acogida se verifica a través de una institución administrativa —en Argentina, la Dirección Nacional de Migraciones— cuya actuación está enmarcada por normas generales y sectoriales de derecho público. Dicho organismo es el que tiene a su cargo la gestión de cualquier vicisitud relacionada con la situación migratoria de quienes ingresan al país.

Ahora bien, el ICCAL obliga al robustecimiento de las capacidades estatales para que los derechos de las personas sean reales y efectivos, y no meras declaraciones. Desde uno de sus primeros pronunciamientos, la Corte IDH señaló que la obligación de garantizar los derechos “implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.⁷³ El Tribunal regional sostuvo que “la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.⁷⁴

⁷² Ferrajoli, Luigi, *Manifesto per l'uguaglianza*, Bari, Laterza, 2018, p. 210.

⁷³ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 166.

⁷⁴ *Ibidem*, párr. 167.

La proyección de los estándares interamericanos de derechos humanos...

Por ello, además de la especificación de derechos procedimentales que componen las “debidas garantías” a las que alude el artículo 8.1 de la CADH en materia migratoria, se requieren instituciones estatales acordes para hacer efectiva la obligación de garantizar esos derechos. Si bien la autoridad migratoria en Argentina es una institución sujeta al control del poder ejecutivo, integra la Administración descentralizada, condición necesaria, pero no suficiente, para que se trate de una autoridad “independiente e imparcial”. Aun con las limitaciones de ese marco institucional, el cumplimiento del deber de garantía de los derechos puede orientarse en dos direcciones.

Por un lado, el avance hacia una Administración preventiva, enfocada en hacer posible el ejercicio de los derechos por parte de personas que se encuentran en situaciones de exclusión, con preferencia a una concepción represiva que, frente al indicio de alguna posible irregularidad o incumplimiento de las normas, intenta acelerar el procedimiento de expulsión, cuando el trámite podría orientarse a evaluar las posibilidades de regularización. En general, la Administración pública debería estar guiada por el denominado “principio promocional”, conforme al cual deben crearse las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad de los ciudadanos sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento.⁷⁵ Una cuestión relevante es la capacitación de los funcionarios en estándares aplicables relativos a los derechos humanos de los migrantes, las garantías del debido proceso y el derecho a la asistencia consular.⁷⁶ La reglamentación de la ley migratoria argentina se refiere también específicamente a este punto y a los contenidos de esa capacitación.⁷⁷

⁷⁵ En esa línea, un documento de *soft law* interesante —al menos como indicativo de una *opinio iuris* regional— es la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, en la Ciudad de Panamá, Panamá, los días 18 y 19 de octubre de 2013, <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/07/Carta-Iberoamericana-de-los-Derechos-y-Deberes-del-Ciudadano-en-Relacion-con-la-Administracion-Publica-10-2013.pdf>. El principio mencionado figura en el punto 3 de la citada Carta.

⁷⁶ Corte IDH. *Caso Vélez Lóor vs. Panamá...*, *cit.*, párr. 278.

⁷⁷ Concretamente, el art. 9 de la reglamentación aprobada por Decreto 616/2010 establece: “La DIRECCION NACIONAL DE MIGRACIONES, por

GUILLERMO F. TREACY

Otro aspecto que forma parte de las garantías institucionales se vincula con la realización, por parte de la autoridad migratoria, del control de convencionalidad sobre las normas que aplica y, a veces, dicta. Si bien la ley argentina en la materia, en su texto vigente, se adecúa razonablemente a los estándares de derechos humanos, las interpretaciones y prácticas institucionales muchas veces traslucen un enfoque securitista incompatible con la perspectiva del ICCAL. Para ese control de convencionalidad, un obstáculo es que, en el orden jurídico argentino, la declaración de invalidez de normas no es —en principio— factible en sede administrativa.⁷⁸ No obstante ello, la normativa vigente no impide, dentro del marco previsto en la norma, que a través de una interpretación conforme se modifiquen prácticas a fin de asegurar la vigencia de los estándares del *Ius Commune*.

sí o a través de convenios que suscriba con organismos que actúen en jurisdicción de los Gobiernos Nacional, Provincial, Municipal o de la CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES y con los demás organismos o instituciones que corresponda, desarrollará las siguientes acciones: // a) Dictar cursos periódicos de capacitación para sus agentes y para los que cumplan tareas en las fuerzas que componen la Policía Migratoria Auxiliar, poniendo especial énfasis en la necesidad del conocimiento por parte de aquellos de los derechos, deberes y garantías de los extranjeros. // b) Organizar un sistema de formación e información sobre los derechos y deberes que acuerda la Ley N° 25.871 y sus modificatorias y la presente reglamentación para funcionarios, empleados públicos y personal que se desempeña en entes privados que tienen trato con los extranjeros, en especial las entidades educativas, de salud, alojamiento y transporte. // c) Brindar información en materia migratoria a extranjeros, en especial para facilitar los trámites necesarios para cumplir con su radicación. A tal fin se contemplará la utilización de sus lenguas de origen y la asistencia de intérpretes lingüísticos y mediadores culturales”. Es interesante observar que esta reglamentación es algunos meses anterior a la que la Corte IDH dictó en la sentencia *Vélez Loor*.

⁷⁸ Aquí, como lo ha recordado la Corte IDH, los órganos con competencias jurisdiccionales deben hacer ese control de convencionalidad, dentro del marco de sus competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (*Caso Vélez Loor vs. Panamá...*, *cit.*, párr. 287 y sus citas). De todos modos, como decimos en el texto, aun sin llegar a la declaración de “inconvencionalidad”, los órganos administrativos pueden y deben realizar una interpretación conforme de las normas y receptor así los estándares de derechos humanos.

La proyección de los estándares interamericanos de derechos humanos...

Por tanto, la lectura del debido proceso migratorio a través del ICCAL tiene consecuencias en materia de derechos y en cuanto al funcionamiento de las instituciones. Este último aspecto ha empezado a ser tomado en cuenta por los órganos interamericanos en sus decisiones y su profundización será clave para consolidar en la región “dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, tal como lo establece la Carta de la Organización de los Estados Americanos en su preámbulo.

BIBLIOGRAFÍA

- BEDUSCHI, Ana, “The Contribution of the Inter-American Court of Human Rights to the Protection of Irregular Immigrants’ Rights: Opportunities and Challenges”, *Refugee Survey Quarterly*, vol. 34, diciembre de 2015. DOI: 10.1093/rsq/hdv012.
- BOGDANDY, Armin von, “El mandato transformador del sistema interamericano. Legalidad y legitimidad de un proceso jurisgenerativo extraordinario”, *Por un derecho común para América Latina. Cómo fortalecer democracias frágiles y desiguales*, trad. de Leonardo García Jaramillo, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2020.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, Bogotá, Legis, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi, *Manifesto per l’uguaglianza*, Bari, Laterza, 2018.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Estudios Constitucionales*, año IX, núm. 2, 2011.
- HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Ley 19.549*, Buenos Aires, Astrea, 1987.
- JACKSON, Vicki C., “Constitutional comparisons: Convergence, resistance, engagement”, *Harvard Law Review*, vol. 119, núm. 1, 2005.

GUILLERMO F. TREACY

PINTO, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los Derechos Humanos”, en ABREGÚ, Martín (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, 2004.

SZENTE, Zoltán, “Conceptualising the principle of effective legal protection in administrative law”, en SZENTE, Zoltán y LACHMAYER, Konrad (eds.), *The Principle of Effective Legal Protection in Administrative Law. A European Comparison*, Londres, Routledge, 2018.