

GARANTÍAS MÍNIMAS, TUTELA ADMINISTRATIVA Y MIGRANTES

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA
Secretario de la Asociación de Docentes de la
Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires;
Juez en lo Contencioso Administrativo Federal.

*Que nunca oíste la hojarasca crepitar.
Spinetta, 1976.*

SUMARIO: 1. Las garantías mínimas. 2. Principio de presunción de inocencia. 3. El derecho a conocer previa y detalladamente la acusación. 4. El derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa. 5. El derecho a recurrir. 6. Migrantes.*

I. LAS GARANTÍAS MÍNIMAS

El art. 8.2 de la Convención establece una serie de garantías mínimas a las que tiene derecho toda persona inculpada de un delito, a lo largo del proceso penal. Sin embargo, la Corte entiende que corresponde extender su alcance respecto de cualquier determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Puntualmente, en el caso “Baena” (2001), expresa que “el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden ‘civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter’. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; [la persona] tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes”¹.

Este precedente ha establecido una doctrina que, por algún tiempo, se ha entendido como de futuro incierto por ser tan “altamente controversial” que incluso

* El presente trabajo es una reversión de ALONSO REGUEIRA, Enrique, *Discrecionalidad, Convencionalidad y Administradxs*, 1º ed., Buenos Aires, Lajouane, 2024, Capítulo IV, pp. 131-139 y 156-178.

1 Caso “Baena Ricardo y otros Vs. Panamá” (Fondo, Reparaciones y Costas), 02/02/2001, Serie C No. 72, párr. 125.

ha dividido a integrantes de la Corte². Sin embargo, termina por consolidarse en el Caso “Tribunal Constitucional (Camba Campos)” (2013), en donde se ratifica que “a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias [la persona] tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal”³.

2 SALMÓN, Elizabeth y Cristina BLANCO, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 1º ed., Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Cooperación Alemana al Desarrollo Agencia de la GIZ, 2012, pp. 87 y 88.

3 “La Corte Interamericana, como también la Comisión en el ejercicio de sus funciones, ha planteado el razonamiento de manera consistente en un conjunto de supuestos que no dejan duda acerca de la creación de un verdadero estándar jurisprudencial en la materia” (Corte IDH, caso “Tribunal Constitucional [Camba Campos y otros] Vs. Ecuador” [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas], 29/08/2013, Serie C No. 268, párr. 166, con cita del caso “Tribunal Constitucional Vs. Perú” [Fondo, Reparaciones y Costas], 31/01/2001, Serie C No. 71, párr. 70).

De esta manera, el sistema interamericano “se ha pronunciado sobre el proceso de titulación de tierras de un pueblo indígena, el proceso administrativo sancionatorio de carácter laboral (Cf. Corte IDH, caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá’ [Fondo, Reparaciones y Costas], Sentencia del 2 de febrero de 2001 y ‘Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia’ [Fondo, Reparaciones y Costas], Sentencia del 27 de noviembre de 2008), uno relativo a la cancelación de nacionalidad (Cf. Corte IDH, caso ‘Ivcher Bronstein Vs. Perú’ [Fondo, Reparaciones y Costas], Sentencia del 24 de septiembre de 1999), procesos seguidos por [autoridades] electorales sobre la inscripción de candidatos (Cf. Corte IDH, caso ‘Caso Yatama Vs. Nicaragua’ [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas], Sentencia del 23 de junio de 2005), los que determinan la situación migratoria de un extranjero (Cf. CIDH, Informe sobre terrorismo y derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II.116. 22 de octubre de 2002), procesos disciplinarios de fuerzas armadas o policiales (CIDH, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos OEA/Ser.L/V/II.5. 31 de diciembre de 2009), procedimientos decisorios de entrega de información pública (Corte IDH, caso ‘Claude Reyes y otros Vs. Chile’ [Fondo, Reparaciones y Costas], Sentencia del 19 de septiembre de 2006), la inhabilitación política (Corte IDH, caso ‘López Mendoza Vs. Venezuela’ [Fondo, Reparaciones y Costas], Sentencia del 1 de septiembre de 2011), las labores de una comisión decisoria sobre prestaciones económicas (Corte IDH, caso ‘Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay’ [Fondo, Reparaciones y Costas], Sentencia del 13 de octubre de 2011) y hasta a un procedimiento de juicio político llevado a cabo por el Congreso de la República para destituir [integrantes] del Tribunal Constitucional (Cf. Corte IDH, ‘Tribunal Constitucional Vs. Perú’ (Fondo), ya cit.). En este sentido, no cabe una lectura restrictiva o literal de las ‘garantías judiciales’ del artículo 8 de la Convención centrada exclusivamente en los procesos judiciales, sino que su interpretación remite a su aplicación en ‘todas las instancias procesales’ (Corte IDH, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia [arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos]. Opinión Consultiva OC- 9/87 del 6 de octubre de 1987)” (Salmón - Blanco, ya cit., pp. 84 a 86).

“Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”⁴.

Por consiguiente, también “pueden ser aplicables a procesos de carácter sancionatorio. Ahora bien, lo que corresponde en cada caso es determinar las garantías mínimas que conciernen a un determinado proceso sancionatorio no penal, según su naturaleza y alcance”⁵.

La jurisprudencia interamericana efectúa algunas precisiones respecto de la incidencia de tales garantías mínimas en el proceso disciplinario. Sin perjuicio de que algunas de ellas tendrán un desarrollo más detallado, cabe recordar que el citado artículo también recepta como garantías, la invalidez de obtener una confesión bajo coacción (art. 8.3), la imposibilidad de ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos por los que la persona ha sido absuelta por sentencia firme (art. 8.4)⁶ y la garantía de que el proceso penal sea, por principio, público (art. 8.5).

4 “La Corte se ha pronunciado en su jurisprudencia sobre la aplicabilidad del artículo 8.2 de la Convención Americana, entre otros, en el marco de dos casos relacionados con un juicio político y la destitución de [integrantes] del Tribunal Constitucional del Perú por el Congreso, y un juicio político contra vocales del Tribunal Constitucional ecuatoriano, así como en el ámbito del desarrollo procesos administrativos y laborales conducidos por el Poder Ejecutivo en contra de funcionarios públicos y ciudadanos. Además, en el caso ‘Vélez Loor Vs. Panamá’, la Corte aplicó el artículo 8.2.h respecto a la revisión de una sanción administrativa de privación de libertad, considerando que el ‘artículo 8.2.h de la Convención [...] consagra un tipo específico de recurso que debe *ofrecerse* a toda persona sancionada con una medida privativa de libertad, como garantía de su derecho a la defensa’. En estas sentencias, la Corte no ha limitado la aplicación del artículo 8.2 de la Convención Americana a procesos penales, sino la ha extendido, en lo pertinente, a procesos administrativos ante autoridades estatales y a procesos judiciales de carácter no penal en el ámbito constitucional, administrativo y laboral; así mismo ha indicado que tanto en estas como en otro tipo de materias ‘el individuo tiene también derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal’” (Corte IDH, caso “Maldonado Ordoñez Vs. Guatemala” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 03/05/2016, Serie C No. 311, párrs. 73 y 74, con cita de casos “Tribunal Constitucional Vs. Perú” (Fondo), ya cit. párr. 70; “Tribunal Constitucional (Camba Campos), ya cit., párr. 166; “Baena”, ya cit.; “Ivcher Bronstein Vs. Perú (Reparaciones y Costas), 06/02/2001, Serie C No. 74; “Vélez Loor Vs. Panamá” (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 23/11/2010, Serie C No. 218, párr. 178 y “Mohamed Vs. Argentina” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 23/11/2012, Serie C No. 255).

5 Corte IDH, casos “Maldonado”, ya cit., párr. 175; “Urrutia Laubreaux Vs. Chile” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 27/8/2020, Serie C No. 409, párr. 102 y “Cuya Lavy y otros Vs. Perú” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 28/09/2021, Serie C No. 438, párr. 152.

6 El “Tribunal advierte que la falta de especificación relativa a qué sanciones previas se consideraron y aplicaron como circunstancias agravantes y la imposición de la sanción más grave posible, muestra un apartamiento del deber de motivación, que además significó una vulneración al principio *ne bis in idem*, en tanto se habría aplicado la circunstancia agravante contenida en el literal c) del artículo 30 del Reglamento de Disciplina de la Policía Nacional, referida a la

2. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Este principio “constituye un fundamento de las garantías judiciales, lo que también resulta aplicable a los procesos sancionatorios como expresión del *ius puniendi* del Estado. La presunción de inocencia implica que la persona imputada no debe demostrar que no ha cometido la conducta que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa y cualquier duda debe ser usada en beneficio de la persona acusada. Así, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en la persona acusada. Por otro lado, el respeto del principio de presunción de inocencia implica que [las personas encargadas de juzgar] no inicien el proceso con una idea preconcebida de que la persona acusada ha cometido la conducta que se le imputa”⁷.

3. EL DERECHO A CONOCER PREVIA Y DETALLADAMENTE LA ACUSACIÓN

Respecto de lo prescrito en el art. 8.2.b de la Convención, explica que “el derecho a conocer previa y detalladamente la acusación formulada implica que las personas evaluadas tengan conocimiento, de forma precisa, de los criterios generales de evaluación utilizados por la autoridad competente para determinar su permanencia en el cargo. Lo anterior, [...] es indispensable para el ejercicio del derecho a la defensa”⁸.

En definitiva, “este derecho implica que se haga una descripción material de la conducta imputada que contenga los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa”, por lo que “el Estado debe informar [a la persona interesada] no solamente de la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan, sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de esta y la caracterización legal que se da a esos hechos”⁹.

“De ahí que [la persona imputada] tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. Como parte de las garantías mínimas establecidas en el artículo 8.2 de la Convención, el derecho a contar con comunicación previa y detallada de la acusación se aplica tanto en materia penal como en los otros órdenes señalados en el art. 8.1 de la Convención,

ejecución del hecho ‘en presencia del personal’, es decir, tomando en cuenta para dicha agravante la misma conducta objeto de reproche, como lo era la falta de respeto hacia otros miembros de la institución policial” (Corte IDH, caso “Mina Cuero Vs. Ecuador” [Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas], 07/09/2022, Serie C No. 464, párr. 103).

7 Corte IDH, caso “Mina Cuero”, ya cit., párr. 96. En similar sentido, ver caso “Maldonado”, ya cit., párr. 85.

8 Corte IDH, caso “Cuya Lavy”, ya cit., párr. 153.

9 Corte IDH, caso “Mina Cuero”, ya cit., párr. 85.

a pesar de que la exigencia en los otros órdenes puede ser de otra intensidad o naturaleza. Ahora bien, cuando se trata de un proceso disciplinario sancionatorio el alcance de esta garantía puede ser entendido de manera diversa, pero en todo caso implica que se ponga en conocimiento del sujeto disciplinable cuales son las conductas infractoras del régimen disciplinario que se le imputan”¹⁰.

Pueden encontrarse casos en los que la Corte constata un incumplimiento de esta garantía ante la ausencia de una “información que fuera clara respecto de la motivación del proceso de destitución, así como una mínima referencia a la relación existente entre los hechos respecto de los cuales se aplicaría la sanción disciplinaria y la norma supuestamente infringida”¹¹. También, cuando la persona encartada “en ningún momento previo a la imposición de la sanción” fue informada “del inicio de un proceso disciplinario en su contra, de las normas presuntamente infringidas ni se le brindó un análisis claro y concreto respecto a la aplicación de dichas normas”¹².

4. EL DERECHO A CONTAR CON EL TIEMPO Y LOS MEDIOS ADECUADOS PARA PREPARAR LA DEFENSA

Esta garantía, reconocida en el art. 8.2.c de la Convención, “obliga al Estado a permitir el acceso de la persona al conocimiento del expediente llevado en su contra e implica que se debe respetar el principio del contradictorio, que garantiza la intervención de la persona en el análisis de la prueba. Además, los medios adecuados para presentar la defensa comprenden todos los materiales y pruebas utilizados, así como los documentos exculpatorios”. Asimismo, en relación con los procesos de evaluación de funcionarias y funcionarios públicos, la Corte establece que esta garantía “implica que la persona evaluada tenga derecho a conocer las razones por las cuales las autoridades competentes consideran que hay incompetencia o incumplimiento, a ofrecer argumentos orientados a desvirtuar la postura de las autoridades antes de una decisión definitiva y, en general, a ofrecer pruebas sobre la idoneidad de su desempeño”¹³.

10 Corte IDH, casos “Maldonado”, ya cit., párr. 80 y “Urrutia”, ya cit., párr. 113.

11 “[N]o resultaba claro el motivo específico por el cual la señora Maldonado estaba siendo objeto de un proceso disciplinario; en consecuencia, no contó con información detallada de las razones por las cuales podría ser destituida de su trabajo” (caso “Maldonado”, ya cit., párrs. 82 y 83).

12 Corte IDH, caso “Urrutia”, ya cit., párr. 115.

13 “[Las] presuntas víctimas no tuvieron oportunidad de conocer el informe emitido por la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación de Jueces y Fiscales del CNM y por lo tanto no pudieron desvirtuar dicho el informe ni presentar pruebas de descargo, por esta razón este Tribunal considera que el Estado es responsable de la violación de los derechos a conocer previa y detalladamente la acusación formulada y a tener el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, contenidos en los artículos 8.2.b) y 8.2.c) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma Convención” (Corte IDH, caso “Cuya Lavy”, ya cit., párrs. 154 y 158).

Por último, se observa que este derecho se encuentra muchas veces entrelazado con el derecho a conocer previa y detalladamente la acusación explicitado en el acápite anterior.

A modo de ejemplo, puede recordarse el caso “Mina Cuero” (2022), en el que “la Corte advierte que “no consta en las actuaciones una notificación escrita en virtud de la cual se haya comunicado a la presunta víctima los motivos específicos por los que se iniciaba el procedimiento administrativo en su contra ni su eventual configuración legal, es decir, las causales normativas que determinarían la probable comisión de infracciones disciplinarias por parte del señor Mina Cuero. En consecuencia, la falta de una notificación que cumpliera tales exigencias impidió a la presunta víctima ejercer adecuadamente su derecho de defensa, en tanto desconocía los hechos específicos frente a los cuales debía formular su estrategia defensiva”. También considera allí que el hecho de que se citara a audiencia declaratoria a la presunta víctima con un día de antelación, aun cuando ella “compareció a la audiencia asistid[a] por un abogado defensor particular, y propuso como prueba el testimonio de una prima, a quien no se le permitió declarar, esto no determina que se haya concedido al interesado del tiempo y los medios adecuados para preparar su defensa”¹⁴.

En el caso “Maldonado” (2016), por su parte, se observa que “no obstante, la señora Maldonado contó con el tiempo y la posibilidad de defenderse a nombre propio y a pesar de haber sido asistida por los defensores de su elección, los medios para la preparación de su defensa no fueron adecuados como consecuencia de la falta de la claridad respecto del motivo específico por el cual se iniciaba el proceso de destitución en su contra. Lo anterior constituyó una vulneración adicional al derecho a la defensa de la señora Maldonado, contenido en el artículo 8.2.c) de la Convención Americana. Esta falta de información constituyó una violación a la garantía de contar con información previa y detallada del proceso iniciado en su contra, contenida en el artículo 8.2.b) de la Convención Americana”¹⁵.

5. EL DERECHO A RECURRIR

En lo atinente a esta garantía (art. 8.2.h), la Corte considera que “la resolución que notifica la sanción disciplinaria adoptada, al igual que aquella que notifica el inicio de la investigación y los cargos, debe establecer los recursos a que tiene derecho el interesado, el plazo de su interposición y la autoridad competente para su conocimiento”. Pues, “el acceso a las garantías judiciales exige que la persona que pueda verse afectada en sus derechos comprenda plenamente los recursos disponibles y cómo accionar”. “[La] materia sancionatoria

14 Corte IDH, caso “Mina Cuero”, ya cit., párrs. 86, 87 y 90.

15 Corte IDH, caso “Maldonado”, párr. 84 y, en similar sentido, caso “Urrutia”, ya cit., párr. 117.

es generalmente técnica y si no se conocen los recursos al alcance de la persona sancionada, su desconocimiento se puede convertir en una barrera del acceso a los medios de impugnación previstos en el ordenamiento interno”¹⁶.

6. MIGRANTES

El caso de los procesos de expulsión de migrantes es de destacar, debido a la especial atención y detalle con la que la Corte Interamericana aborda el tema. Sobre todo, en el caso “Habbal” (2022), que entendemos como paradigmático, ya que las consideraciones allí expuestas reúnen prácticamente todos los puntos que hemos analizado en diferentes acápite de este trabajo.

Allí, se explica “que el debido proceso debe ser garantizado a toda persona, independientemente del estatus migratorio, puesto que el amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna”. De tal modo “el Estado debe respetar las garantías mínimas del debido proceso en procedimientos migratorios de expulsión, las cuales son coincidentes con aquellas establecidas en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención Americana”. Dichos “procedimientos no pueden resultar discriminatorios, y además las personas deben contar con las siguientes garantías mínimas: a) ser informadas expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como: i) la posibilidad de exponer sus razones y oponerse a los cargos en su contra, y ii) la posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular, asesoría legal y, de ser el caso, traducción o interpretación; b) en caso de decisión desfavorable, deben tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin, y c) ser formal y fehacientemente notificadas de la eventual decisión de expulsión, que debe estar debidamente motivada conforme a la ley”¹⁷.

Por lo demás, especifica que “si bien el debido proceso y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de las niñas y niños migrantes, el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de asegurar un acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido proceso y velar por que el interés superior se erija en una consideración primordial en todas las decisiones administrativas o judiciales que se adopten”. Sobre estas consideraciones “se deben formular los procesos administrativos o judiciales en los que se resuelva acerca de derechos de las niñas o niños migrantes

16 Corte IDH, caso “Mina Cuero”, ya cit., párr. 92 y, en igual sentido, caso “Nissen Pessolani”, ya cit., párr. 86.

17 Corte IDH, caso “Habbal y otros Vs. Argentina” (Excepciones Preliminares y Fondo), 31/08/2022, Serie C No. 463, párrs. 59 y 60.

y, en su caso, de las personas bajo cuya potestad o tutela se hallan aquéllos, los cuales deben ajustarse a su condición, necesidades y derechos”¹⁸.

De esta forma, establece “las garantías específicas que deben cumplirse en todo proceso migratorio que involucre personas menores de edad, en relación con los siguientes aspectos: (i) el derecho a ser [notificadas] 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 [autoridades especializadas]; (iii) el derecho de ser [oída] y a participar en las diferentes etapas procesales; (iv) el derecho a ser [asistida] gratuitamente por [personas traductoras] y/o intérpretes; (v) el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; (vi) el derecho a ser [asistida] por [...] representante legal y a comunicarse libremente con [tal] representante; (vii) el deber de designar a [tutoras o tutores] en caso de [ellas estén no acompañadas o separadas]; (viii) el derecho a que la decisión que se adopte evalúe [su] interés superior [...] y sea debidamente fundamentada; (ix) el derecho a recurrir la decisión ante un [...] tribunal superior con efectos suspensivos; y (x) el plazo razonable de duración del proceso”¹⁹.

Por último, aunque quizás escape al objeto de este trabajo, es interesante destacar que la Corte Interamericana también ha establecido criterios a los fines de valorar, más allá de la tutela administrativa efectiva adjetiva, el debido proceso objetivo o la juridicidad y razonabilidad de las decisiones que se adopten sobre la materia²⁰.

En tal sentido, reconoce que “en materia migratoria, el derecho de la niña o del niño a la protección de la familia, y en particular al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible, siempre prevalecerá excepto en aquellos casos en los cuales la separación de la [persona niña] de [una o ambas personas progenitoras] sería necesaria en función de su interés superior. No obstante, el derecho a la vida familiar de la [primera] *per se* no supera

18 En cuanto a este aspecto, al analizar la responsabilidad del estado argentino, la Corte interamericana “advierde que la Resolución 1088 omitió considerar el impacto que la expulsión podría tener en Monnawar Al Kassar, Hifaa Al Kassar y Natasha Al Kassar, y en esa medida no evaluó el interés superior de las niñas ni fundamentó adecuadamente dicha decisión conforme a este principio. Asimismo, la Corte advierde que la decisión omitió considerar las circunstancias particulares del niño Mohamed Al Kassar, hermano e hijo de las presuntas víctimas, respectivamente, quien en la época de los hechos tenía menos de un año de vida y había nacido en Argentina. Si bien la Resolución 1088 no ordenó la expulsión del niño Mohamed Al Kassar, la autoridad omitió analizar cómo la expulsión de su madre y sus hermanas afectaría su vida familiar. En ese sentido, el Tribunal considera que, aun cuando el niño no era parte del proceso, la autoridad migratoria debió tomar en cuenta el impacto que la expulsión tendría en Mohamed Al Kassar, y exteriorizar dicho razonamiento” (Ibidem, párrs. 65 y 77).

19 Ibidem, párr. 66.

20 Sobre el control de juridicidad, legalidad y razonabilidad de la Administración, ver ALONSO REGUEIRA, ya cit., en particular, los capítulos II y IV y V.

la facultad de los Estados de implementar sus propias políticas migratorias en consonancia con los derechos humanos, en el marco de los procedimientos relativos a una expulsión de [las segundas]. Por consiguiente, para determinar la convencionalidad de cualquier medida migratoria que pueda implicar la separación de los niños o niñas de su familia, es necesario evaluar que la medida: esté prevista en ley y cumpla con los requisitos de (a) idoneidad, (b) necesidad y (c) proporcionalidad, es decir, debe ser necesaria en una sociedad democrática”²¹.

En definitiva, “cualquier [autoridad administrativa] o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de [una o ambas personas progenitoras] debe, al emplear el análisis de ponderación, contemplar las circunstancias particulares del caso concreto y garantizar, del mismo modo, una decisión individual, de acuerdo a los parámetros previamente señalados, evaluando y determinando el interés superior de la niña o del niño”²².

Por último, cabe traer a colación el análisis específico que ha efectuado la Corte Interamericana respecto del alcance del derecho a la libertad personal en procedimientos migratorios de expulsión, respecto de los cuales se debe respetar, por supuesto, el principio de legalidad penal receptado en el art. 9 de la Convención²³.

En cuanto a este punto, recuerda que “dado que en una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger

21 En “aquellos supuestos en que la [persona niña] tiene derecho a la nacionalidad –originaria, por naturalización o por cualquier otra causa establecida en la legislación interna– del país del cual [una o ambas personas progenitoras] pueden ser [expulsadas] a raíz de una situación migratoria irregular, o bien cumple con las condiciones legales para residir permanentemente allí, resulta claro que la niña o el niño conserva el derecho a seguir disfrutando de su vida familiar en el referido país y, como componente de ello, el disfrute mutuo de la convivencia entre [ellas]”. De modo que, “la ruptura de la unidad familiar a través de la expulsión de [una o ambas personas progenitoras] por infracciones migratorias relacionadas con el ingreso o permanencia resulta desproporcionada en estos supuestos, pues el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la vida familiar que puede traer aparejado repercusiones en la vida y el desarrollo de la niña o del niño aparece como irrazonable o desmedido frente a las ventajas que se obtienen al forzar [las personas progenitoras] a abandonar el territorio por causa de una infracción de carácter administrativo” (Corte IDH, caso “Habbal”, ya cit., párrs. 70 y 71).

22 Ibidem, párr. 72, en el cual estima “esencial que, al realizar tal evaluación, los Estados aseguren el derecho de [las personas niñas] de tener la oportunidad de ser [oídas] en función de su edad y madurez y que su opinión sea debidamente tenida en cuenta en aquellos procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la expulsión de sus [personas progenitoras]. En el caso en que la niña o el niño es nacional del país receptor, pero uno o ninguno de sus padres lo es, escuchar a la niña o al niño es necesario para entender el impacto que una medida de expulsión [de las personas progenitoras] podría generar sobre la misma o el mismo. A su vez, otorgarle a la [personas niña] el derecho a ser [oída] es fundamental para determinar si hay una alternativa más apropiada a su interés superior”.

23 Puede profundizarse sobre esta cuestión en ALONSO REGUEIRA, ya cit., Capítulo V, Apartado II, pp. 179-188.

los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro, la detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos”. En consecuencia, estima que “son arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, y mediante una evaluación individualizada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas que sean efectivas para alcanzar aquellos fines”²⁴.

De tal modo, “del artículo 7.3 de la Convención se desprende que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aun calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad”. [Por lo que] “se requiere que la ley interna, el procedimiento aplicable y los principios generales expresos o tácitos correspondientes sean, en sí mismos, compatibles con la Convención. Así, no se debe equiparar el concepto de ‘arbitrariedad’ con el de ‘contrario a ley’, sino que además debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad”²⁵.

Por consiguiente, “para que una medida cautelar restrictiva de la libertad no sea arbitraria es necesario: a) que se presenten presupuestos materiales relacionados con la existencia de un hecho ilícito y con la vinculación de la persona

24 Respecto a la imposición de medidas de privación de libertad, señala que, “si bien puede perseguir una finalidad legítima y resultar idónea para alcanzarla, al conjugar los criterios desarrollados y en virtud del principio de interés superior de la niña o del niño, la privación de libertad de niñas o de niños por razones exclusivas de índole migratoria excede el requisito de necesidad, toda vez que tal medida no resulta absolutamente indispensable a los fines de asegurar su comparecencia al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación”. Aunado a ello, “que la privación de libertad de una niña o niño en este contexto de ninguna manera podría ser entendida como una medida que responda a su interés superior”. En este sentido, considera que “existen medidas menos gravosas que podrían ser idóneas para alcanzar tal fin y, al mismo tiempo, responder al interés superior de la niña o del niño”. En suma, que “la privación de libertad de un niño o niña migrante en situación irregular, decretada por esta única circunstancia, es arbitraria, y por ende, contraria tanto a la Convención” (Corte IDH, caso “Habbal”, ya cit., párrs. 61 y 69).

25 Asimismo, recuerda que “el contenido esencial del artículo 7 de la Convención Americana es la protección de la libertad del individuo contra toda interferencia arbitraria o ilegal del Estado”. En ese sentido, afirma que “este artículo tiene dos tipos de regulaciones bien diferenciadas entre sí, una general y otra específica. La general se encuentra en el primer numeral: ‘[t]oda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales’. Mientras que la específica está compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (artículo 7.2) o arbitrariamente (artículo 7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (artículo 7.4), al control judicial de la privación de la libertad (artículo 7.5) y a impugnar la legalidad de la detención (artículo 7.6). Así, cualquier violación de los numerales 2 al 7 del artículo 7 de la Convención acarreará necesariamente la violación del artículo 7.1 de la misma” (Ibidem, párrs. 62 y 63).

procesada a ese hecho, *b*) que esas medidas cumplan con los cuatro elementos del “test de proporcionalidad”, es decir con la finalidad de la medida que debe ser legítima (compatible con la Convención Americana), idónea para cumplir con el fin que se persigue, necesaria y estrictamente proporcional, y *c*) que la decisión que las impone contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas”²⁶.

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Es Abogado y Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Profesor Titular de Posgrado en la Universidad Nacional de La Matanza y en la Universidad Nacional de José Clemente Paz. Coordinador del Área de Derecho Administrativo de los Cursos de Capacitación del Fuero Contencioso Administrativo Federal. Secretario de la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Juez en lo Contencioso Administrativo Federal. <https://uba.academia.edu/alonsoregueira>.

26 En esta lógica, la Corte también señala que “son arbitrarias las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos, tal como el derecho a la libertad personal, que no se encuentren debidamente fundamentadas” (Ibidem, párr. 64).

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Tomo Amarillo

Editor

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo

JORGE EDUARDO MORÁN



ROSENKRANTZ - ALONSO REGUEIRA - CANDA - CAPPONI - CICERO
DAMSKY - FIGUEREDO - GUSMAN - GUTIÉRREZ COLANTUONO - HUBEÑAK
LARA CORREA - RAMOS - SCHEIBLER - ABERASTURY - AMOEDO
PITTIER - CONDE - ENRICI - GARCÍA MORITÁN - GARCÍA PULLÉS
ISABELLA - MARRA - MARRA GIMÉNEZ - SAMMARTINO - SANTANGELO
ALVAREZ TAGLIABUE - CARRILLO - MONOD NÚÑEZ - COMADIRA
FOLCO - KODELIA - THEA - MARCHETTI - MARTÍNEZ - OLMOS SONNTAG



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

AJUFE
Asociación de Juristas y Académicos de la
República Argentina



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



FUERO EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL

1ª Edición: Febrero de 2025

Bases para la Libertad en el Derecho Administrativo Argentino - Tomo Amarillo / Enrique Alonso Regueira ... [et.al.] 1a. edición - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2025.

685 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-46364-3-0

1. Bases de Datos. I. Alonso Regueira, Enrique.
CDD 342

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina

COMISIÓN ACADÉMICA EDITORIAL

Luisella Abelleyro	Edgardo Tobías Acuña
Santiago Paredes Adra	Federico Martín Amoedo
Andrés Ascárate	Tomás Brandan
Ignacio Bence Pieres	Paula Brunetti
Mario Cámpora	Luis Casarini
María Ceruli	Dominique Ekstrom
Rosario Elbey	Hernán Gerding
Federico Giacoia	Lorena González Rodríguez
Nazareth Azul Imperiale	Ángeles Lausi
Facundo Maciel Bo	Milagros Marra
Lucia Martín	Lucía Flavia Ojeda
Gimena Olmos Sonntag	Lautaro Pittier
Matías Posdeley	Marina Prada
Gerardo Ruggieri	Juan Ignacio Stampalija
Juan Ignacio Sueldo	Maximiliano Werner

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Tomo Celeste

Editor

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo

LEANDRO VERGARA

MAQUEDA - ALONSO REGUEIRA - CIMINELLI - DIANA - FERNÁNDEZ
GELLI - LÓPEZ - MONTI - REJTMAN FARAH - RODRÍGUEZ - SAGGESE
TREACY - WÜST - BUTELER - CASARINI - LÓPEZ CASTIÑEIRA
CERTOMA - GALLEGOS FEDRIANI - HEILAND - MACIEL BO - RUBIO
STUPENENGO - VINCENTI - YLARRI - BARRA - BRANDAN - CORMICK
ERBIN - LOSA - SACRISTÁN - SALVATELLI - STORTONI



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

AJUFE
ASOCIACIÓN DE JUECES Y FISCALES ARGENTINOS



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



FUERO EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Tomó Blanco

Editor

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo

MARCELO DANIEL DUFFY

**LORENZETTI - ALONSO REGUEIRA - AMESTOY - COVIELLO
FREEDMAN - VILLENA - KODELIA - NIELSEN ENEMARK - SCHAFRIK
SEIJAS - SPOTA - BOTO ÁLVAREZ - CASARINI - DURAND - FACIO
GERDING - PERRINO - SALTZER CHAVEZ - ABERASTURY - CILURZO
DUBINSKI - LISTE - MORTIER - OTERO BARBA - PÉREZ
SILVA TAMAYO - THOMAS - TOIA - VEGA - ZICAVO**



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

AJUFE
Asociación de Juristas y Académicos de la
Facultad de Derecho de la
Universidad de Buenos Aires



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



FUERO EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL