

Expulsión de migrantes. Interés superior del niño. Test de razonabilidad

TEDH. *Case of Unuane v. United Kingdom*, 24 de noviembre de 2020

Por Mariana Kohan¹ y Rosario Muñoz²

1. Introducción

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado a lo largo de su jurisprudencia una postura sólida respecto de la injerencia y grado de afectación que la deportación de una persona puede tener en el derecho a la vida familiar –protegido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos–. Sin dejar de reconocer un amplio margen de apreciación de los Estados en la adopción de tales medidas, en los casos que llegaron a su conocimiento determinó que deberán estar previstas por ley, perseguir un fin legítimo y ser necesarias en una sociedad democrática. Sólo cuando reúna todos estos requisitos se entenderá que es legal y no arbitraria y que, por lo tanto, se encuentra de conformidad con lo establecido en el artículo 8 del Convenio.³

1 Abogada (UBA). Especialista en Derecho Penal (UTDT). Prosecretaría administrativa en la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación.

2 Abogada *cum laude* (UBA). Maestranda en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (American University). Especialista en Políticas Públicas de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF/UNER). Secretaria de Primera Instancia en la Unidad de Relaciones Institucionales en el Ámbito Internacional de la Defensoría General de la Nación. Profesora de Derechos Humanos (UNPAZ). Autora de diversos artículos de opinión e investigación y coautora en obras colectivas.

3 Conf. TEDH. *Bousarra v. Francia*. Aplicación Nº 25672/07, Court (Fifth Section), 23 de septiembre de 2010, par. 41; *Üner v. Países Bajos*. Aplicación Nº 46410/99, Court (Grand Chamber), 18 de octubre de 2006, par. 54-58; *Boultif v. Suiza*. Aplicación Nº 54273/00, Court (Second Section), 2 de agosto de 2001, par. 48; entre muchos otros. Véase también CIDH. Informe No. 81/10, Caso 12.562, “Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros (Estados Unidos)”, 12 de julio de 2010, párr. 54.

En tal sentido, destacó que cuanto más sólidos son los vínculos del individuo y más prolongada su residencia, más difícil será para el Estado demostrar la proporcionalidad de la medida en el test de razonabilidad o proporcionalidad que debe llevarse a cabo caso a caso.⁴ Además, estimó que el mismo test debe realizarse respecto de la duración de la prohibición de residir.⁵

El SIDH receptó e hizo propia esta jurisprudencia europea no solo en casos contenciosos, sino también en su faz consultiva.⁶

Como vemos, se observa un consenso entre los órganos de protección de derechos humanos, mantenido a lo largo de su jurisprudencia constante, respecto de la necesidad de realizar un test de equilibrio o proporcionalidad de las medidas que impliquen la expulsión de una persona de un territorio del que no es nacional, escrutinio que se ve agravado si la medida afecta de algún modo los intereses de niños, niñas y adolescentes.⁷ Resulta evidente que esa obligación cabe a todo órgano administrativo y judicial que intervenga en esta clase de procesos.

En el caso que aquí analizaremos, el TEDH hace propicia la oportunidad para retomar esa senda y profundizar el análisis en ese sentido.

2. Hechos

Charles Unuane –el demandante– nació en Nigeria en 1963. En 1992 conoció a su pareja y en 1995 se casaron, aunque esa relación se rompió en 1998, año en que el Sr. Unuane se trasladó al Reino Unido. Allí inició una relación con una ciudadana portuguesa que en 1999 se formalizó, contrayendo matrimonio. En agosto de ese mismo año obtuvo su derecho de residencia.

En diciembre de 2000 ingresó al Reino Unido su pareja nigeriana, reanudando poco tiempo después su relación y a partir de entonces nacieron sus tres hijos: D (en 2002); B (en 2004); y C (en 2006). Poco después del nacimiento, a D se le diagnosticó un defecto cardíaco congénito poco común.

En febrero de 2005, el Sr. Unuane fue declarado culpable de obtener una transferencia de dinero mediante engaño y condenado a un período de trabajo no remunerado y al pago de una multa. Luego, en noviembre de 2009, junto a su pareja fueron condenados por falsificar una treintena de solicitudes

4 Conf. TEDH. “Beldjoudi v. Francia”, Aplicación Nro. 12083/86, 26 de marzo de 1992, y “Berrehab v. Países Bajos”, Aplicación Nro. 10730/84, Court (Chamber), 21 de junio de 1988.

5 Conf. TEDH. “Maslov v. Austria”, Aplicación Nro. 1638/03, Court (Grand Chamber), 23 de junio de 2008, párrs. 88 y 99.

6 Ver Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párrs. 153, 275, 279 y 281. CIDH, *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 31 de diciembre de 2015.

7 Para un análisis más extenso ver Mendos, L. y Muñoz, R. (2012). Garantías procesales en procesos de expulsión de migrantes: estándares internacionales y su recepción en el derecho interno argentino. En S. Rey (ed.), *Problemas Actuales de Derechos Humanos. Tomo I* (pp. 165-217). Buenos Aires: EUDEBA, y Muñoz, R. (abril de 2017). La potestad de dispensa como facultad discrecional –exclusiva– de la Dirección Nacional de Migraciones. Recuperado de <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Estudios/>

de permiso para permanecer en el Reino Unido. El demandante fue condenado a una pena de cinco años y seis meses de prisión, mientras que su pareja a dieciocho meses de prisión.

Con base en la Ley de fronteras del Reino Unido de 2007, el secretario de Estado del Departamento del Interior ordenó la deportación del solicitante el 2 de junio de 2014, considerando que el artículo 32 (5) habilitaba la deportación de extranjeros condenados, entre otras cosas, a un período de prisión de al menos doce meses. Por las mismas razones se ordenó la deportación de su pareja y de B y C, en tanto familiares dependientes de la pareja del solicitante, quienes en ese momento, a diferencia de D, aún no eran ciudadanos británicos.

Es importante destacar aquí que las Reglas de inmigración del Reino Unido establecen que no se hará efectiva la expulsión cuando pueda violar los derechos del extranjero en virtud de la Convención sobre Refugiados o la CEDH; es decir, cuando la protección de la vida privada y/o familiar supera el interés público de efectuar la deportación. En tal sentido, el Ministerio del Interior del Reino Unido ha interpretado que las propias Reglas de inmigración establecen cómo alcanzar el equilibrio entre el interés público y el derecho individual, teniendo en consideración la jurisprudencia pertinente y proporcionando un proceso de toma de decisiones coherente y justo, de modo tal que toda decisión adoptada de conformidad con las Reglas será, salvo casos excepcionales, compatible con el artículo 8 del Convenio.⁸

En efecto, las normas inglesas establecen que la deportación de un extranjero que ha sido condenado es de interés público y que cuanto más grave sea el delito cometido, mayor es el interés público en su deportación –párrafos 398 a 399A del Reglamento de Inmigración–. Ahora bien, si ha sido sentenciado a un período de prisión menor a cuatro años, podrá exceptuarse si (a) ha residido legalmente en el Reino Unido durante la mayor parte de su vida, (b) está social y culturalmente integrado en el Reino Unido, (c) habría obstáculos muy importantes para su integración en el país al que se propone deportarlo, y (d) cuando tenga una relación genuina y subsistente con una pareja, o una relación parental genuina y subsistente con un hijo/a y el efecto de la deportación sobre su pareja o el niño/a sería indebidamente severo. Si ha sido sentenciado a un período de prisión mayor a cuatro años, para superar el interés público en la deportación, requiere que existan circunstancias muy apremiantes o excepcionales, además de las excepciones antes descritas.

En el caso concreto del Sr. Unuane, el secretario de Estado consideró que el solicitante no había demostrado ninguna circunstancia excepcional que supere el interés público a favor de la deportación, pues había sido condenado a un período de prisión mayor al establecido en la norma. En cuanto a su hijo “D” entendió que podría salir voluntariamente del Reino Unido para continuar su vida familiar con sus padres y hermanos en Nigeria, donde podría acogerse al tratamiento de su afección cardíaca.

⁸ Así lo consideró expresamente la Corte de Apelaciones, al considerar que los tribunales ingleses deben prestar atención a las directrices contenidas en las sentencias de Estrasburgo, pues la idea es, precisamente, evitar violaciones al artículo 8 del CEDH. *Court of Appeal, NA (Pakistan) v. Secretary of State for the Home Department*, EWCA Civ 662, June 2016.

Tal decisión fue apelada por el Sr. Unuane y su pareja, considerando que su deportación a Nigeria infringiría el artículo 8 del Convenio, particularmente por no haberse considerado de manera suficiente la afectación que ello ocasionaría a sus hijos, en particular a D, que era ciudadano británico. Entre la prueba presentada por el Sr. Unuane se encuentra un informe médico que explicaba que D ya se había sometido a tres tratamientos a corazón abierto y que necesitaría una nueva cirugía en un futuro cercano, intervención que no estaría disponible en Nigeria, y en consecuencia, enviar a D a dicho país tendría un “impacto significativo en su futuro a largo plazo”.

El 9 de febrero de 2015, el Tribunal de Primera Instancia desestimó la apelación del demandante, y consideró a los miembros de su familia como dependientes de su solicitud. Así, la apelación interpuesta por su pareja no podría tener éxito si el propio solicitante no lo lograba. Esta decisión fue nuevamente apelada, interviniendo el Tribunal Superior, que consideró que se había incurrido en un error material de derecho al tratar las apelaciones como indivisibles.

El 5 de octubre de 2016 el Tribunal Superior dictó sentencia. Allí comenzó analizando las apelaciones en favor de los niños B y C. Considerando que habían vivido toda su vida en el Reino Unido, que no tenían experiencia de la vida en Nigeria y que sus padres tampoco estarían allí “bien conectados”, era poco probable que, de ser enviados allí, se encontraran en buenas circunstancias. Por lo tanto, concluyó que lo mejor para los niños era permanecer en el Reino Unido.⁹

A continuación, el Tribunal consideró la posición de D. Reconoció que había pruebas claras de que la cirugía que requeriría en el futuro no estaba disponible en Nigeria. Además, dado que el tratamiento médico del Servicio Nacional de Salud se basaba en la residencia, D no podría ir a Nigeria y regresar al Reino Unido en algún momento en el futuro para la cirugía. En cualquier caso, como D era ciudadano británico y menor de edad, no se podía esperar que abandonara el Reino Unido. El Tribunal aceptó además que, debido a su condición médica y la próxima cirugía, sería bueno para él contar con el apoyo de su madre en ese momento. Por lo tanto, concluyó que las apelaciones de la pareja del solicitante y los hijos menores de edad eran admisibles, porque el efecto de separarlos sería “indebidamente severo” para los niños.

En relación con el Sr. Unuane, el Tribunal determinó que la apelación no podía prosperar, pues, a diferencia de su esposa, su condena era mayor a los cuatro años de prisión, y en consecuencia, solo podía exceptuarse en razón de circunstancias muy apremiantes, no alcanzando con la alegación de los vínculos familiares.

El demandante solicitó permiso para apelar la decisión del Tribunal Superior, considerando que la sentencia de la Corte Suprema en “Hesham Ali contra el Secretario de Estado del Departamento del Interior” debería haber influido en su análisis.¹⁰ Sin embargo, dicha solicitud fue denegada por considerar que la decisión impugnada no contenía “errores de derecho discutibles”.

9 TEDH. *Case of Unuane v. United Kingdom*, Application no. 80343/17, Court (Fourth Section), 24 de noviembre de 2020, párr. 18.

10 En el caso *Hesham Ali*, la Corte Suprema orientó a tribunales y cortes para considerar que el hecho de que una reclamación quede fuera de las excepciones previstas para los condenados entre doce meses y

Finalmente, el Sr. Unuane fue deportado el 27 de febrero de 2018, circunstancia que motivó su petición ante el TEDH, ya que consideró que su deportación a Nigeria interfirió de manera desproporcionada en su vida privada y familiar, encuadrando su solicitud como una violación a los artículos 8 y 13 del CEDH.

3. La sentencia del TEDH

En primer lugar, el Tribunal realizó un análisis de los principios generales que deben ser tenidos en cuenta cuando la deportación de un migrante puede importar una violación al artículo 8 del Convenio.

Explicó que, si bien la Convención no garantiza el derecho de un extranjero a entrar o residir en un país determinado, y que los Estados contratantes están facultados para expulsar a un extranjero condenado por delitos penales a fin de mantener el orden público, sus decisiones en esta esfera, en la medida en que puedan interferir con un derecho protegido por el párrafo 1 del artículo 8 del CEDH, deben ser conformes a la ley y necesarias en una sociedad democrática. Y aclaró que ello importa estar justificadas por una necesidad social apremiante y, en particular, guardar proporción con la legítima necesidad invocada.¹¹ Además, explicitó que estos principios se aplican independientemente de que un extranjero haya entrado en el país de acogida como adulto o a una edad muy temprana, o incluso haya nacido en él.¹²

Asimismo, recordó que en el caso “Boultif”¹³ precisó los criterios pertinentes que utilizará para apreciar si una medida de expulsión es necesaria en una sociedad democrática y proporcionada al objetivo legítimo perseguido. Estos criterios son: a) la naturaleza y gravedad de la infracción cometida por el solicitante; b) la duración de la estancia del solicitante en el país del que va a ser expulsado; c) el tiempo transcurrido desde la comisión de la infracción y la conducta del solicitante durante ese período; d) las nacionalidades de las distintas personas interesadas; e) la situación familiar del solicitante, como la duración del matrimonio, y otros factores que expresan la eficacia de la vida familiar de la pareja; f) si el cónyuge tenía conocimiento del delito en el momento en que entabló una relación familiar; g) si

cuatro años no significa que deba rechazarse necesariamente. Será necesario que el interés público supere las circunstancias excepcionales alegadas por el solicitante. De igual modo, determinó que es deber de los tribunales de apelación, como órganos judiciales independientes, hacer su propia evaluación de la proporcionalidad de la deportación en cualquier caso particular sobre la base de sus propias conclusiones en cuanto a los hechos y su comprensión de la ley pertinente. Sin embargo, cuando se ha establecido una política basada en una evaluación general de proporcionalidad, se debe otorgar un peso considerable a esa evaluación. Así, concluyó que el tribunal lleva a cabo su tarea sobre la base de los hechos tal como los encuentra en las pruebas que tiene ante sí y en el derecho establecido por la ley y la jurisprudencia. En última instancia, tiene que decidir si la deportación es proporcionada en el caso particular que tiene ante sí, equilibrando el peso del interés público en la deportación con el impacto de esta en la vida privada y familiar del extranjero. Al hacerlo, debe dar el peso apropiado a las evaluaciones del Parlamento y del secretario de Estado sobre la fuerza del interés público en general en la deportación de delincuentes extranjeros y también considerar todos los factores relevantes para el caso específico en cuestión.

¹¹ Ídem nota 9, párr. 70.

¹² Ídem nota 9, párr. 71.

¹³ TEDH. *Boultif v. Suiza*. Aplicación Nº 54273/00, Court (Second Section), 2 de agosto de 2001, párr. 48.

hay hijos del matrimonio y, en caso afirmativo, su edad; y h) la gravedad de las dificultades que pueda encontrar el cónyuge en el país al que vaya a ser expulsado el solicitante.

Luego, recordó que en el caso “Üner”¹⁴ hizo explícitos otros dos criterios implícitos en los ya señalados: el interés superior y el bienestar de los hijos, en particular la gravedad de las dificultades que puedan encontrar los hijos del solicitante en el país al que se lo va a expulsar; y la solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares con el país de acogida y con el país de destino.

Una vez realizadas estas consideraciones preliminares sobre los principios generales aplicables al caso, el TEDH abordó los dos planteos principales del demandante: 1) que, debido a los requisitos de los párrafos 398 y 399 del Reglamento de Inmigración, el Tribunal Superior no pudo evaluar a fondo la proporcionalidad de su deportación; y 2) que su deportación del Reino Unido interfirió de manera desproporcionada con su derecho al respeto de su familia y su vida privada.

En cuanto al primer planteo, el TEDH entendió que las normas de inmigración no impidieron necesariamente que los tribunales nacionales utilicen los criterios de “Boultif” para determinar si una medida de expulsión era necesaria y proporcionada. Ello, debido a que han confirmado –y el gobierno ha reiterado ante el TEDH– que el Reglamento de Inmigración y el artículo 117C de la Ley de nacionalidad, inmigración y asilo de 2002 permiten que se tengan en cuenta todos los factores pertinentes en la evaluación de la proporcionalidad y que, al considerar si existen “circunstancias excepcionales” o “muy apremiantes”, las autoridades deben tener en cuenta el criterio de proporcionalidad exigido por el TEDH.

Incluso, el Tribunal citó jurisprudencia del Tribunal de Apelación y del Tribunal Supremo del Reino Unido en los cuales los magistrados nacionales explícitamente establecieron que todo tribunal que aplicara los criterios exigidos por el Reglamento de Inmigración y la Ley de 2002 debería tener en cuenta la orientación impartida por las autoridades de Estrasburgo, ya que el esquema de la parte 5A de la Ley de 2002 y los párrafos 398 a 399A de las Normas de Inmigración tenían por objeto

garantizar el cumplimiento de los requisitos del artículo 8 mediante un enfoque estructurado, destinado a garantizar que se tenga debidamente en cuenta el interés público de la expulsión, teniendo en cuenta al mismo tiempo otros factores pertinentes señalados por la jurisprudencia de Estrasburgo y la jurisprudencia nacional.¹⁵

En cuanto a si la deportación importó en este caso una interferencia desproporcionada a la vida privada y familiar del demandante, el TEDH consideró que efectivamente, resultó incompatible con los derechos establecidos en el artículo 8 de la Convención. Para así decidir, detalló que

14 TEDH. *Üner v. Países Bajos*, Aplicación N° 46410/99, Court (Grand Chamber), 18 de octubre de 2006, párr. 58.

15 Ídem nota 9, párr. 81.

ha tendido a examinar la gravedad de un crimen en el marco del ejercicio de ponderación previsto en el artículo 8 del Convenio, no sólo en función de la duración de la pena impuesta, sino más bien en función de la naturaleza y las circunstancias del delito o delitos penales concretos cometidos por el demandante de que se trate y de su repercusión en la sociedad en su conjunto. En ese contexto, el Tribunal ha considerado sistemáticamente los delitos de violencia y los delitos relacionados con las drogas como el extremo más grave del espectro penal. Pero aclaró que, de todas formas, el hecho de que el delito cometido por un solicitante se encuentre en el extremo más grave del espectro penal no es en sí mismo determinante del caso. Se trata más bien de un factor que debe ponderarse en la balanza, junto con los demás criterios que se desprenden de las sentencias Boultif y Üner.¹⁶

Y finalmente, realizando el test de proporcionalidad correspondiente concluyó que

el propio Tribunal Superior reconoció el fuerte vínculo del demandante con su pareja y sus hijos, todos los cuales permanecerían en el Reino Unido. También reconoció que su pareja y sus hijos lo necesitaban, y que esa necesidad de apoyo parental era particularmente aguda en el caso de D, debido a su estado de salud y a la próxima intervención quirúrgica. Por último, admitió que su permanencia en el Reino Unido redundaba en el interés superior de sus hijos, factor al que, según la jurisprudencia del Tribunal, debe atribuirse una importancia considerable. Habida cuenta de estas apreciaciones cuidadosas y detalladas del Tribunal Superior, que deben tener un peso significativo en la apreciación integral de la proporcionalidad [...] considera que, en las circunstancias del caso de autos, la gravedad de la infracción o infracciones concretas cometidas por el demandante no era de tal naturaleza o de tal magnitud que pudiera prevalecer sobre el interés superior de los hijos como para justificar su expulsión. Considera, por tanto, que la expulsión del demandante fue desproporcionada en relación con el objetivo legítimo perseguido y, como tal, “necesaria en una sociedad democrática”.¹⁷

En resumen, el TEDH consideró que las leyes de inmigración del Reino Unido no impiden la realización del test de proporcionalidad correspondiente de acuerdo a los criterios establecidos en reiterada jurisprudencia por ese Tribunal, pero que en este caso los tribunales y autoridades intervinientes no lo habían realizado adecuadamente, llegando así a una solución incompatible con el artículo 8 del CEDH.

4. Aplicación de los estándares en el derecho argentino

Como se observa, el TEDH recordó y reafirmó su desarrollo jurisprudencial en la materia, haciendo hincapié en dos puntos centrales: el peso determinante que los Estados asignan a los antecedentes penales al tiempo de realizar el test de proporcionalidad de la medida y la importancia del apoyo

¹⁶ Ídem nota 9, párr. 87.

¹⁷ Ídem nota 9, párr. 89.

parental, particularmente, si los hijos o las hijas se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad –en el caso, el estado de salud de uno de los hijos del demandante–.

Llevado al caso argentino, no resulta difícil identificar ciertos aspectos comunes con las problemáticas planteadas en el caso de análisis contra el Reino Unido. En particular, mencionaremos brevemente tres problemas con los que se encuentran las personas migrantes que apelan sus órdenes de expulsión de Argentina: a) la pretendida discrecionalidad de la Administración Pública en relación con la aplicación de la dispensa por reunificación familiar; b) la ausencia de realización del test de proporcionalidad y razonabilidad a la hora de resolver estos casos; y c) la violación de los derechos e interés superior de los niños/as cuyos progenitores –o quienes ejercen las funciones parentales– se pretende expulsar.

A diferencia del entramado jurídico inglés, en el caso argentino se ha pretendido limitar, desde la propia norma –art. 89 de la Ley N° 25.871–, las potestades de revisión jurisdiccional de lo resuelto en sede administrativa, bajo la alegación de la discrecionalidad de la Administración Pública y la supuesta especialización de la Dirección Nacional de Migraciones en la materia.¹⁸ Sobre la base de ello, la mayoría de los jueces y las juezas competentes limitaron su potestad para realizar en el caso concreto el correspondiente test de razonabilidad, desconociendo así la normativa y jurisprudencia internacional aplicable en la materia que analizamos en el presente artículo.

Por otro lado, la Ley de Migraciones no establece pautas claras para realizar el test de proporcionalidad o razonabilidad. A diferencia de otras leyes de la región,¹⁹ no hay criterios o parámetros objetivos para ponderar los vínculos familiares o las razones humanitarias para otorgar excepciones, así como tampoco los hay respecto del arraigo, la reinserción social, ni ninguna otra circunstancia subjetiva de la vida del migrante y su familia en el país. En tal sentido, el Comité de Trabajadores Migratorios recomendó al Estado argentino establecer un procedimiento aplicable a todos los casos para

- i) Identificar el núcleo familiar del trabajador migrante; ii) Reconocer el arraigo y vínculo de la persona migrante en Argentina [...] v) Aplicar el test de proporcionalidad en procedimientos administrativos de sanción, así como en los recursos de revisión judicial de esos mismos procesos; vi) Analizar cada caso con enfoque de derechos en los cuales participan jueces calificados en la materia y con conocimiento de la Convención.²⁰

18 Durante la vigencia del Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) N° 70/2017 –hoy derogado por DNU N° 138/2021– ello se vio agravado mediante la modificación del art. 62 *in fine* y la incorporación del art. 62 *bis*, que limitaron la potestad de dispensa –considerada exclusiva de la DNM– a penas menores a tres años.

19 A modo de ejemplo, la ley brasilera N° 13445, en su art. 55 prevé que será exceptuado de la expulsión quien tuviere hijo/a brasileño/a bajo su custodia o dependencia económica o socioafectiva o tiene una persona brasileña a su cargo; tiene un cónyuge o pareja que reside en Brasil, haber ingresado a Brasil hasta los 12 años, residiendo desde entonces en el país; es una persona mayor de 70 años que ha vivido en el país por más de 10 años.

20 Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, *Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de la Argentina*, 13 de septiembre de 2019, párr. 31.

Sin embargo, lo cierto es que, en términos generales, y especialmente en los casos de órdenes de expulsión dictadas en base a condenas penales, pareciera ser que no hay casi nada que los/as migrantes puedan acreditar en sus expedientes que logre revertir su orden de expulsión. Tanto en sede administrativa como judicial se le otorga a la condena penal un peso desproporcionado que parece anular por completo cualquier otra circunstancia o derecho invocados, que por lo general no son siquiera abordados en las sentencias a pesar de su expresa solicitud en los recursos presentados. Incluso se ha afirmado que su ponderación no es obligatoria por no encontrarse regulada en la ley.²¹

De este modo, tomando como ejemplo el caso inglés bajo análisis, en primer lugar, la ley debe garantizar la posibilidad de exceptuar a una persona cuando su deportación pueda afectar desproporcionadamente su vida privada y familiar. En tanto tal ejercicio debe realizarse en cada caso concreto, limitantes absolutas atadas al monto de la pena no parecen, en principio, ajustarse a los estándares de protección de los derechos humanos, sin perjuicio de que el escrutinio sea más estricto cuando el delito cometido ha sido más grave.

En segundo lugar, esa potestad no puede ser exclusiva del órgano administrativo. Por el contrario, debe garantizarse el adecuado control judicial, es decir, el test de proporcionalidad y razonabilidad de la medida cabe tanto a autoridades administrativas como judiciales. Por cierto, la revisión de todos los extremos del caso hace también a la garantía de un recurso adecuado y efectivo y al acceso a una tutela judicial efectiva.

Finalmente, la Ley N° 25871 tampoco establece expresamente la necesidad de ponderar el interés superior del niño/a y que sus intereses se vean representados en el expediente de sus progenitores asegurándose el derecho a ser oídos y a ser representados por un/a funcionario/a competente y especializado. Si bien ello es igualmente exigible por imperio de otros tratados internacionales y leyes internas,²² jueces y juezas han rechazado sistemáticamente tal intervención e incluso en aquellos casos en que la han otorgado, luego no tienen en cuenta el interés superior del niño o niña en sus sentencias.²³ El Comité de Trabajadores Migratorios también ha recomendado específicamente al Estado argentino subsanar este aspecto del procedimiento.²⁴

Como puede verse, entonces, al igual que en el caso del Reino Unido bajo análisis, el problema principal no parece encontrarse hoy en día en la normativa argentina, sino en la interpretación y aplicación

21 A modo de ejemplo, CNACAF, Sala IV, *ODUNUKWE, JOSEPH ONYEBUCHI Y OTRO c/ EN - DNM s/ RECURSO DIRECTO DNM* (Expte. 25319/2019), 4 de abril de 2020, considerando 8: "respecto a la falta de consideración de las circunstancias subjetivas del migrante, cabe señalar que el legislador no ha establecido criterios que subsanen tal extremo a raíz del tiempo transcurrido en el país y del alcance de las penurias que constituye la deportación para su familia. De este modo, no puede sustentarse válidamente que la DNM haya actuado de forma ilegítima o arbitraria, sino que aplicó la normativa migratoria usando las potestades legales reconocidas en ella". En igual sentido, Sala IV, *NUÑEZ HURTADO, VICTOR HUGO c/ EN-M INTERIOR-DNM s/ RECURSO DIRECTO DNM* (Expte. 47861 / 2016), 22 de abril de 2021, considerando 7.

22 Art. 59 del Código Civil y Comercial de la Nación, art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño, y arts. 8 y 19 de la CADH.

23 Conf. Informe alternativo del Ministerio Público de la Defensa para el proceso de examen del segundo informe periódico, en el marco de la 310 Sesión sobre la Lista de Cuestiones Previas a la Presentación de Informes (2 de septiembre de 2019 - 11 de septiembre de 2019). Recuperado de https://www.mpd.gov.ar/pdf/aplicacion_derechos_humanos/CM%20Informe%20Alternativo.pdf

24 Ídem nota 23.

que de ella realizan los magistrados y las magistradas, además de la autoridad administrativa. Una lectura sistémica del conjunto de normas aplicables bastaría para resolver los problemas antes enumerados, pues tanto la normativa local e internacional y la jurisprudencia aplicable prevén la necesidad de realizar el test de razonabilidad, los parámetros aplicables a ello, la ponderación del interés superior de niños y niñas y su derecho a ser oídos y oídas en forma directa y con la intervención de un/a funcionario/a público/a especializado que los/as represente.

Sin embargo, teniendo en cuenta la violación sistemática de estos principios por parte de las autoridades administrativas y judiciales, y a fin de resguardar de mejor forma los derechos humanos involucrados, su incorporación explícita en la normativa resulta necesaria. Por eso, el hecho de que el DNU N° 138/2021 haya previsto la necesidad de formar un comité para reformar la Ley N° 25871 parece ser una buena oportunidad para contemplar, repensar y mejorar ciertos aspectos relacionados con las problemáticas analizadas en este apartado.

A modo de ejemplo, en relación con la dispensa por reunificación familiar, se podría prever en la ley una definición más precisa y adaptada al concepto actual y amplio de “familia”, y que refiera expresamente la necesidad de tener en especial consideración la situación de los niños y niñas que se desarrollan en hogares monoparentales. Además, sería importante que se incluya como sujetos de este tipo de dispensa a progenitores afines y abuelos/as con nietos/as a cargo. Y en cualquier caso en que se invoque la reunificación familiar, la norma debería expresamente establecer la intervención obligatoria de las defensorías de Menores e Incapaces cuando la persona a quien se pretende expulsar tenga hijos/as menores de edad o personas menores o con discapacidad a su cargo.

Por otra parte, podría precisarse mejor qué constituye razones humanitarias a los fines de la dispensa, incluyendo supuestos específicos –aunque no taxativos–, como por ejemplo aquellos/as migrantes que tuviesen a su cargo a personas con discapacidad o que padezcan problemas graves o crónicos de salud, especialmente en este último caso si se trata de menores de edad.

Nos encontramos ante una buena oportunidad para ello ante la puerta abierta del DNU N° 138/2021. En ese sentido, sería aconsejable que las autoridades encargadas de llevar adelante dicha reforma tomen como referencia los criterios establecidos por el TEDH en su jurisprudencia sostenida y actualizada.