



AMERICAN UNIVERSITY

W A S H I N G T O N , D C

CLINICAL PROGRAM

February 16, 2012

Inter-American Court of Human Rights
Pablo Saavedra-Alessandri
Secretary of the Court,
Apdo. 6906-1000
San José, Costa Rica

RE: CDH-OC-21/305

Dear Secretary Saavedra-Alessandri,

Enclosed please find a memorial on the *Request for an Advisory Opinion on Migrant Children before the Inter-American Court of Human Rights*, addressing the detention of unaccompanied migrant youth in the United States. This memorial is submitted to the Inter-American Court of Human Rights on behalf of the Women's Refugee Commission, Kids in Need of Defense, and the National Center of Refugee and Immigrant Children. It is in support of the request of Argentina, Brazil, Uruguay, and Paraguay for a determination of minimum standards of treatment as per the American Convention on Human Rights and the American Declaration of Rights and Duties of Man.

Ongoing representation of WRC, NCIRC, and KIND will be provided by me, as director of the Clinic, or by Prof. David Baluarte, another faculty member in the Clinic. Law student interns Regina Verret and Anna Maitland prepared this submission, with my oversight. Dean's fellow Maria Leoni Zardo prepared the translation. Please direct future correspondence from the Court to my attention.

This memorial was submitted by electronic copy to <corteidh@corteidh.or.cr> on February 16, 2012 in Spanish and English.

Sincerely,

Prof. Richard J. Wilson

Enclosures

Richard J. Wilson
Professor of Law and Director
International Human Rights Law Clinic
American University
Washington College of Law

WASHINGTON COLLEGE OF LAW

4801 MASSACHUSETTS AVENUE, NW SUITE 417 WASHINGTON, DC 20016-8184 202-274-4140 FAX: 202-274-0659



AMERICAN UNIVERSITY

W A S H I N G T O N , D C

Clinical Program

February 17, 2012

Inter-American Court of Human Rights
Pablo Saavedra-Alessandri
Secretary of the Court,
Apdo. 6906-1000
San José, Costa Rica



RE: CDH-OC-21/305

Dear Secretary Saavedra-Alessandri,

Enclosed please find a memorial on the *Request for an Advisory Opinion on Migrant Children before the Inter-American Court of Human Rights*, addressing the detention of unaccompanied migrant youth in the United States. This memorial is submitted to the Inter-American Court of Human Rights on behalf of the Women's Refugee Commission, Kids in Need of Defense, and the National Center of Refugee and Immigrant Children. It is in support of the request of Argentina, Brazil, Uruguay, and Paraguay for a determination of minimum standards of treatment as per the American Convention on Human Rights and the American Declaration of Rights and Duties of Man.

Ongoing representation of WRC, NCRIC, and KIND will be provided by me, as director of the Clinic, or by Prof. David Baluarte, another faculty member in the Clinic. Student Attorneys Regina Verret and Anna Maitland prepared this submission, with my oversight. Dean's fellow Maria Leoni Zardo prepared the translation.

This memorial was submitted by electronic copy to <corteidh@corteidh.or.cr> on February 16, 2012 in Spanish and English.

Sincerely,

REGINA VERRET
American University
Washington College of Law
4801 Massachusetts Ave.,
N.W.
Washington, DC 20016
202.274.4147

ANNA MAITLAND
American University
Washington College of Law
4801 Massachusetts Ave.,
N.W.
Washington, DC 20016
202.274.4147

PROF. RICHARD J. WILSON,
SUPERVISOR
American University
Washington College of Law
4801 Massachusetts Ave.,
N.W.
Washington, DC 20016
202.274.4147

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

**EN EL ASUNTO DE LA OPINION
CONSULTIVA SOLICITADA ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS POR ARGENTINA, BRAZIL, URUGUAY Y
PARAGUAY SOBRE NIÑOS INMIGRANTES**

ESCRITO PRESENTADO POR LAS SIGUIENTES ORGANIZACIONES ESPECIALIZADAS EN EL TEMA DE LOS DERECHOS DE NIÑOS INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS DETENIDOS EN LOS ESTADOS UNIDOS:

Women's Refugee Commission

Jennifer Podkul, Oficial de Programas
122 E. 42nd St., New York, NY 10168
jenniferp@wrcommission.org 202.822.0166 x 38
www.womensrefugeecommission.org

The National Center for Refugee and Immigrant Children

U.S. Committee for Refugees & Immigrants

Stacy Jones & Sara McDowell, Abogados
2231 Crystal Dr. Suite 350, Arlington, VA 22202
sjones@uscridc.org / smcdowell@uscridc.org 703.310.1130 x 3122
www.NationalChildrensCenter.org

Kids in Need of Defense

Megan M. McKenna, Director de Comunicación y Estrategia
1331 G. St., NW, Washington, DC 20005
mmckenna@supportkind.org 202.824.8687
www.supportkind.org

Regina Verret
Anna Maitland
Prof. Richard J. Wilson, Supervisor
American University
Washington College of Law
4801 Massachusetts Ave., N.W.
Washington, DC 20016
202.274.4147

*Asesores legales para las Organizaciones
WRC, NCRIC, and KIND*

I. INTERES

Este escrito es presentado en representación de Women’s Refugee Committee, el National Center for Refugee and Immigrant Children y Kids in Need of Defense, todas organizaciones especializadas en los derechos de los niños inmigrantes no acompañados en los Estados Unidos. El Women’s Refugee Commission (“WRC”) es una organización que promueve, a través de campañas legislativas y administrativas, los derechos de los migrantes como grupo vulnerable en Estados Unidos, incluyendo a los niños no acompañados. El WRC investiga las condiciones en las que algunos migrantes son detenidos a través de visitas periódicas de monitoreo a centros de detención en Estados Unidos, y a través de la realización de entrevistas a detenidos. La información recogida de estos trabajos de investigación se utiliza para diseñar y recomendar modificaciones de políticas que respeten los derechos de los inmigrantes más vulnerables. La National Center for Refugee and Immigrant Children (“NCRIC”) es un programa del Comité de Estados Unidos para Refugiados e Inmigrantes. El NCRIC se dedica a proveer, en Estados Unidos, asistencia legal y social gratuita a niños inmigrantes no acompañados por adultos. Asimismo, el NCRIC implementa programas de capacitación y concientización respecto de como trabajar con niños inmigrantes. En particular, estas iniciativas se concentran en asegurar que los niños inmigrantes no acompañados reciban asistencia legal y social que les permita transitar e interactuar con el sistema legal de inmigración en los Estados Unidos. Kids in Need of Defense (“KIND”), por su parte, trabaja en colaboración con varios abogados de grandes firmas de abogados que tengan interés y motivación en representar a niños inmigrantes no acompañados en procesos de deportación. KIND cuenta con oficinas en siete ciudades de Estados Unidos y trabaja, adicionalmente, en campañas para modificar políticas públicas y prácticas que puedan tener el efecto de mejorar el cuidado y la atención a este grupo de niños tan vulnerable.

II. INTRODUCCION

Miles de niños menores de 18 años migran anualmente hacia los Estados Unidos sin documentación.¹ Se dirigen hacia ese país en busca de su familia o de una oportunidad, o huyendo de abusos y persecuciones, incluyendo por bandas criminales, u otras amenazas a sus vidas.² Miles de niños son dejados sin acompañamiento al quedar solos porque sus padres son deportados.³ Cuando estos niños procuran cruzar las fronteras se encuentran expuestos al riesgo del tráfico de personas, abusos y otros tipos de victimización.⁴ Y aún cuando logran entrar a los Estados Unidos, permanecen en un estado de alta vulnerabilidad ya que deben permanecer escondidos de las autoridades mientras procuran encontrar sus familias o un trabajo.⁵ Y en los casos que son detenidos, es usual que no conozcan sus derechos legales o que sufran abusos o malos tratos.⁶

¹ NCRIC estima que entre 85.000-115.000 niños sin documentación entran a los Estados Unidos anualmente.

“Migrar” en este contexto se refiere a la forma en que la Comisión ha utilizado el término, es decir, en forma intercambiable con el término inmigrante, y se refiere a una persona sin documentos de identificación u autorización que se encuentra en un país distinto al suyo de origen. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre Inmigración en los Estados Unidos: Detención y Debido Proceso*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 78, p. 18 (30 de diciembre, 2010).

² Amanda Levinson, *Unaccompanied Immigrant Children: A Growing Phenomenon with Few easy Solutions*, MIGRATION INFORMATION SOURCE, disponible en <http://www.migrationinformation.org/Feature/display.cfm?id=823> (accedido por última vez el 17 de noviembre de 2011).

³ Ver WOMEN’S REFUGEE COMMISSION, *TORN APART BY IMMIGRATION ENFORCEMENT: PARENTAL RIGHTS AND IMMIGRATION DETENTION* (2010)

⁴ National Center for Refugee and Immigrant Children, U.S. Committee for Refugees and Immigrants, <http://www.refugees.org/our-work/child-migrants/about-ncric.html> (accedido por última vez el 17 de noviembre de 2011).

⁵ Susan Ferris, *Border Patrol Scrutinized for Tactics with Minors Crossing into the U.S.*, CENTER FOR PUBLIC INTEGRITY, http://www.tucsonsentinel.com/nationworld/report/090211_immigration_children/border-patrol-scrutinized-tactics-with-minors-crossing-into-us/ (accedido por última vez el 17 de noviembre de 2011).

⁶ *Id.*

Solamente en 2009, más de 40.000 niños fueron detenidos por el Departamento de Seguridad Nacional (“DHS”) mientras intentaban ingresar a los Estados Unidos.⁷ Asimismo, muchos otros niños son detenidos anualmente dentro de Estados Unidos. De los 40.000 niños detenidos, aproximadamente 6.000 niños no acompañados fueron transferidos al cuidado y la custodia del Departamento de Salud y Servicios Humanos (“HHS”).⁸ Al no contar con padres o tutores responsables que defiendan sus intereses, estos niños se ven obligados a navegar el sistema de inmigración solos y con poca, o ninguna, ayuda. En este sentido, los derechos de debido proceso de estos niños se ven comprometidos por la falta de asesores legales en un sistema judicial de inmigración que está diseñado para adultos. Situación que empeora debido a que los Estados Unidos abusa de los mecanismos de detención y utiliza con muy poca frecuencia medidas alternativas.⁹ A pesar de numerosos avances en la forma de tratar a los niños inmigrantes no acompañados en los Estados Unidos, tales como el aumento en la utilización de custodia por padres temporales o la transferencia de la custodia a sectores más apropiados dentro del HHS, serios problemas relativos a la representación legal y a las detenciones aún permanecen.

Este escrito, presentado en el asunto de la *Solicitud de Opinión Consultiva sobre Niñez Migrante ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, se concentrará en el tema de la detención de niños no acompañados en los Estados Unidos. Por este motivo, se centrará exclusivamente en

⁷ LESLEY SAPP, FACT SHEET: APPREHENSIONS BY THE U.S. BORDER PATROL: 2005-2010, 2 (Julio de 2011).

⁸ ADMINISTRATION FOR CHILDREN AND FAMILIES, OFFICE OF REFUGEE RESETTLEMENT-DIVISION OF UNACCOMPANIED CHILDREN’S SERVICES, DHS UAC APPREHENSIONS PLACED IN ORR/DUCS CARE, FY 2009 BY STATE *disponible en*

http://www.acf.hhs.gov/programs/orr/programs/FY2009UAC_ApprehensionsMap.pdf.

⁹ *Ver* WOMEN’S REFUGEE COMMISSION & ORRICK HERRINGTON & SUTCLIFF LLP, HALFWAY HOME: UNACCOMPANIED CHILDREN IN IMMIGRATION CUSTODY (2009) [HALFWAY HOME]; THE LEGAL ASSISTANCE FOUNDATION OF METROPOLITAN CHICAGO & CHICAGO APPLESEED FUND FOR JUSTICE, VIDEOCONFERENCING IN REMOVAL HEARINGS: A CASE STUDY OF THE CHICAGO IMMIGRATION COURT, 16, 54 (2005).

las preguntas 2 a 6 presentadas por los Estados y se referirá, brevemente, a los temas centrales que han sido identificados como causales de que no puedan ejercer con plenitud sus derechos. Las organizaciones WRC, NCRIC y KIND le solicitan a la Corte que considere estos derechos para el caso en que otorgue la Opinión Consultiva:

- Utilización limitada de medidas de detención y protección durante detenciones:
 - La detención de niños inmigrantes no acompañados continúa siendo un hecho común en los Estados Unidos. Medidas alternativas de detención deberían ser utilizadas en conformidad con los artículos 1, 7, 8, 19 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos (“Convención Americana”), y el artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (“Declaración Americana”).¹⁰
- La utilización de medidas restrictivas de detención continúa siendo una práctica fundamental de los Estados Unidos en relación con los niños inmigrantes no acompañados. Las medidas de detención deberían ser de último recurso, y por el tiempo más corto posible y esta Corte ya ha determinado que la detención no puede ser utilizada como una medida de castigo en contra de personas inmigrantes. En consecuencia, estas prácticas violan los artículos 1, 2, 7, 8, 19, 22, 25 y 29 de la Convención Americana y los artículos 1 y 25 of de la Declaración Americana.

¹⁰ Convención Americana de Derechos Humanos, 18 de Julio de 1978, 1144 U.N.T.S. 123, 9 I.L.M. 673; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Res. XXX, Acto Final de la Novena Conferencia Internacional de Estados Americanos (Unión PanAmericana), Bogotá, Colombia, 30 de marzo-2 de mayo, 1948, 38; reimpressa en Manual de Normas Existentes Pertinentes a Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.23 Doc. 21 Rev. 6, at 5 (1979); 1 Annals of the O.A.S. 130 (1949); Documentos Básicos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OAS/Ser.L/V/I.4 Rev. 9 (2003); y 43 Am. J. Int'l L. Supp. 133 (1949).

- Debido Proceso
 - Los oficiales gubernamentales que detienen a los niños, principalmente en la frontera, son usualmente los mismos a cargo de determinar si estos niños son víctimas de tráfico de personas o tienen miedo de ser perseguidos en el caso de que regresen a sus países de origen. Estos oficiales no están especializados en la asistencia a niños y reciben mínimo entrenamiento respecto de la identificación de niños en situaciones de riesgo. Como consecuencia, las conclusiones arribadas en esas determinaciones son usualmente incorrectas, lo que puede disminuir las posibilidades de esos niños de solicitar asilo o buscar protección de traficantes y otras personas que los ponen en peligro. Asimismo, las presiones para aceptar la deportación antes de que puedan comprender cabalmente sus derechos a solicitar asilo u otros recursos legales, puede ocasionar que los niños terminen regresando a una vida peligrosa y de amenazas. Este resultado es violatorio del principio de “non-refoulement” que se encuentra consagrado en el artículo 22 de la Convención Americana y el artículo 27 de la Declaración Americana.
 - Los niños inmigrantes no acompañados no son garantidos con un derecho a contar con representación legal a expensas del gobierno. En muchos casos, los niños no cuentan ni siquiera con una protección mínima de un tutor *ad litem* y deben navegar solos por un sistema legal de inmigración diseñado para adultos. Estos hechos constituyen una violación al artículo 8 de la Convención Americana.
 - Asimismo, los Estados Unidos utiliza un sistema de videoconferencia para llevar a cabo los procedimientos judiciales de algunos niños detenidos. No llevar a cabo procedimientos presenciales ante un juez contraviene los artículos 1, 2, 7, 8, 19 y

25 de la Convención Americana y los artículos 1, 18, and 26 de la Declaración Americana.

III. Aspectos generales del sistema legal de los Estados Unidos

En los Estados Unidos, la legislación sobre asuntos de inmigración compete al gobierno federal. Si bien los estados han comenzado a adoptar un rol más activo respecto del control de inmigración, esto normalmente se realiza a través de la colaboración con el Departamento de Seguridad Nacional, o a través de la compatibilización de las leyes estatales con las federales. La ley de Inmigración y Naturalización (“INA”) es la normativa principal en los Estados Unidos relativa a la inmigración. Esta ley determina quienes pueden ingresar al país, como pueden hacerlo y bajo qué circunstancias se les puede negar el ingreso o ser deportados del país.¹¹

En 1996, el gobierno federal de los Estados Unidos se vio forzado a reformar la legislación y políticas de detención de niños inmigrantes no acompañados a causa de lo resuelto en el caso judicial *Flores v. Reno*.¹² Este caso obligó al gobierno a establecer nuevas políticas y programas con la finalidad de proteger los derechos de estos niños, incluyendo la provisión de garantías de

¹¹ Deportable Aliens, 8 U.S.C.A. § 1227 (2008).

¹² Stipulated Settlement Agreement, *Flores v. Reno*, Case No. CV85-4544-RJK (C.D. Cal. 1996) [*Flores*]. Existen pocas decisiones judiciales en los Estados Unidos relacionadas con inmigración. La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos ha generalmente adoptado una doctrina denominada “doctrina de poderes plenos” y ha determinado que el Congreso y el Poder Ejecutivo tiene poder exclusivo sin supervisión judicial sobre su constitucionalidad. El poder y la autoridad de los Estados Unidos, como le es atribuido por su soberanía, para prohibir o regular la inmigración de extranjeros es plena; y el Congreso puede escoger, como le parezca, las agencias que llevaran a cabo las políticas y reglas que resuelva adoptar. Y, mientras estas agencias no trasciendan los límites de autoridad o abusen de la discrecionalidad que se les otorga, sus decisiones no están abiertos a ser cuestionados o revisados por las cortes. See *Kaoru Yamataya v. Fisher*, 189 U.S. 86 (1903). Ver además *Choy Gum v. Backus*, 223 F. 487, certiorari negado 239 U.S. 649 (1916).

que los niños inmigrantes serían mantenidos en el ambiente menos restrictivo posible, atendiendo a su edad y necesidades.¹³ Además, el caso requirió que el gobierno de los Estados Unidos proceda de inmediato a transferir a los niños inmigrantes no acompañados a sitios apropiados, a instruir a los niños respecto de sus derechos y a mantenerlos en un lugar seguro, limpio y con acceso a comida, agua y la asistencia médica necesaria.¹⁴ Adicionalmente, en el 2002, la ley de Seguridad Nacional del 2002 demandó que el DHS transfiera a todos los niños inmigrantes no acompañados a la custodia del HHS.¹⁵ Por otro lado, la ley William Wilberforce sobre la Protección de Víctimas del Tráfico de Personas (“TVPRA”) que fue aprobada en el 2008, ordenó al Departamento de Seguridad Nacional a que realice, dentro de las 48 horas en las que un niño fue detenido, un análisis respecto de si el ingreso del niño a los Estados Unidos podría ser admitido antes de avanzar con el regreso del niño a su país de origen.¹⁶

La ley de Seguridad Nacional del 2002 (“HSA”) define al niño inmigrante no acompañado (“NINA”) como un niño, menor de 18 años de edad, carente de estatus migratorio legal en los Estados Unidos y que no cuenta con un padre o tutor legal en los Estados Unidos que este cargo de su custodia y protección.¹⁷ Teniendo en cuenta esta definición, las garantías legales aplican a

¹³ *Flores, supra* note 12, IV ¶11.

¹⁴ *Id.*, V ¶12.

¹⁵ Ley de Seguridad Nacional (Homeland Security Act) del 2002, 6 U.S.C.A. §462(g)(2) (2002).

¹⁶ William Wilberforce Trafficking Victims Protection Reauthorization Act del 2011, H.R. 7311, 110th Cong., 2nd Sess. (2008) §1232 [TVPRA].

¹⁷ El término “niño inmigrante no acompañado” significa un niño que:

(A) No tiene estatus de inmigración legal en los Estados Unidos;

(B) No ha obtenido 18 años de edad; y

(C) respecto a quienes—

(i) no existe padre o tutor legal en los Estados Unidos; o

(ii) no existe padre o tutor legal disponible en los Estados Unidos que pueda brindar cuidado y custodia física.

Children’s Affairs, 6 U.S.C. §279(g)(2) (2002).

Para los motivos de este escrito, NINA será utilizado en forma intercambiable con niño/s inmigrante/s no acompañado/s, niño inmigrante y niño.

un grupo muy reducido de niños ya que excluye, por ejemplo, a niños que cuentan con un estatus migratorio legal pero permanecen no acompañados.¹⁸ Para los motivos de este escrito, por niños inmigrantes no acompañados se entiende aquellos que califican como tales bajo la legislación de los Estados Unidos.

Existen dos organismos del gobierno federal con competencia para detener NINA en los Estados Unidos: el Departamento de Seguridad Nacional (“DHS”) y el Departamento de Salud y Servicios Humanos (“HHS”). El encargado de aplicar la legislación de inmigración es el DHS. Las agencias responsables por llevar a cabo estas tareas son la Agencia de Inmigración y Aduanas (“ICE”) y la de Protección de Fronteras de los Estados Unidos.¹⁹ El DHS es la agencia gubernamental que inicialmente tiene contacto con los NINA en el curso de sus operaciones.²⁰ Este organismo está a cargo de determinar si el niño inmigrante es menor de 18 años y califica para la definición legal de “no acompañado”.²¹ Una vez que el niño es determinado como un NINA, el DHS está obligado a transferir su custodia al HHS dentro de las 72 horas siguientes a su detención.²²

¹⁸ Mientras KIND brinda asistencia a niños que pueden tener un adulto que actúe como tutor en los Estados Unidos, WRC ha identificado que algunos niños que tienen potenciales tutores no son, problemáticamente, calificados como NINA. HALFWAY HOME, *supra nota* 9, p. 7.

¹⁹ Para los fines de este escrito, estas agencias serán todas incluidas bajo la denominación general de DHS.

Homeland Security, <http://www.dhs.gov/files/programs/immigration-enforcement.shtm> (accedido por última vez el 17 de noviembre de 2011).

²⁰ DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD NACIONAL, OFICINA DEL INSPECTOR GENERAL, MANEJO DE NIÑOS INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS DEL CBP 24 (2010) *disponible en* http://www.oig.dhs.gov/assets/Mgmt/OIG_10-117_Sep10.pdf.

²¹ *Id.*

²² *Id.* en 2.

Dentro del HHS se encuentra la Oficina de Ubicación de Refugiados (“ORR”) que, asimismo, supervisa la División de Servicios de Niños (“DCS”).²³ La DCS fue creada en el 2003 como parte de una reforma en el tratamiento brindado a los NINA dentro de los Estados Unidos.²⁴ La HHS ha creado una variedad de opciones de custodia para los NINA, variando entre un régimen de padres temporales a centros de detención muy parecidos a prisiones, para los niños sospechados de estar en conflicto con la ley.²⁵

El HHS define la misión del DCS como la de considerar el interés superior del niño en todas las decisiones y acciones que tome relacionadas con la ubicación de cada NINA, sea en un centro o con un cuidador autorizado.²⁶ Estos cuidadores deben asegurar al niño el acceso a servicios de educación, salud mental, servicios médicos y servicios recreacionales.²⁷ Si bien la transferencia de estos niños al HHS es una mejora sustancial respecto de prácticas pasadas en las que el DHS mantenía a los niños bajo su custodia, todavía permanecen problemas significativos relativos a la implementación de una perspectiva de protección en el cuidado y custodia de los NINA en Estados Unidos. Muchos niños permanecen en centros de detención penal, no reciben adecuadas

²³ Para los fines de este escrito, estas agencias serán referidas conjuntamente con el término HHS. SERVICIOS DE NIÑOS NO ACOMPAÑADOS, ADMINISTRACIÓN PARA LOS NIÑOS Y SUS FAMILIAS http://www.acf.hhs.gov/programs/orr/programs/unaccompanied_alien_children.htm (accedido por última vez el 17 de noviembre de 2011)

²⁴ Ley de Seguridad Nacional, Homeland Security Act of 2002, 6 U.S.C.A. §462(g)(2) (2002). En noviembre de 2011 el Registro Federal de los Estados Unidos anunció que el Departamento de Servicios de Salud y Humanos estaría modificando la denominación de la División de Servicios de Niños no Acompañados (DUCS) con la de División de Servicios de Niños (Division of Children’s Services -DCS). Debido a este cambio reciente, muchos de los documentos citados en este escrito continúan refiriéndose al DCS en lugar del DUCS. Departamento de Salud y Servicios Humanos, 60 Fed. Reg. 218, 70149 (10 de Nov de 2011).

²⁵ Esperanza Immigrant Rights Project, http://www.esperanza-la.org/index.php?option=com_content&view=article&catid=9:for-immigrants&id=69:the-different-types-of-childrens-immigration-detention (accedido por última vez el 17 de noviembre de 2011)

²⁶ Unaccompanied Children’s Services, Administration for Children & Families, http://www.acf.hhs.gov/programs/orr/programs/unaccompanied_alien_children.htm (accedido por última vez el 17 de noviembre de 2011)

²⁷ *Id.*

oportunidades de educación, o se enfrentan con restricciones respecto de sus derechos a un debido proceso.²⁸

Mientras que los centros institucionales ofrecen ciertas oportunidades educativas, no todos ellos están sujetos a las mismas regulaciones y requisitos, como si lo hace el gobierno con las escuelas públicas. Además, los niños no reciben ningún tipo de escolaridad u otro registro una vez que dejan el centro, lo que evita que puedan progresar en igualdad de condiciones que los niños no detenidos.²⁹ Asimismo, si el niño es eventualmente entregado a un familiar dentro de los Estados Unidos, igualmente no reciben ningún documento que establezca que adquirieron cierto nivel de conocimiento en un área determinada, o cuales fueron las calificaciones obtenidas en las clases cursadas.

IV. Aspectos generales del Derecho Internacional

Varios instrumentos internacionales que otorgan protección para personas inmigrantes adultas y niños residentes, otorgan también protección para niños no acompañados. A pesar de que no ha sido ratificada por los Estados Unidos, la Convención de los Derechos del Niño (CDN) ha sido universalmente ratificada y otorga los estándares internacionales para la detención de niños.³⁰ En particular, el artículo 37 de la CDN establece que los Estados se abstengan de implementar

²⁸ HALFWAY HOME, *supra* nota 9, p. 18.

²⁹ *Id.*, p. 25.

³⁰ Colección de Tratados de las Naciones Unidas,

http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en

(accedido por última vez el 17 de noviembre de 2011) A pesar de no ser parte de este tratado, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos ha citado la CDN en dos oportunidades para determinar que los niños menores de 18 años no pueden ser sujetos a la pena de muerte y que sentencias de por vida sin posibilidad de salir no pueden aplicarse a niños menores de 18 años que no han sido responsables de un homicidio. *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005); *Graham v. Florida*, 78 U.S.L.W. 4387 (2010).

detenciones arbitrarias o ilegales de niños y, establece también, que dichas detenciones se realicen por el período de tiempo más corto posible.³¹ Asimismo, esta norma requiere que, cuando un niño es detenido, reciba asistencia legal y sea tratado con dignidad y que, salvo por estrictas excepciones, sea mantenido en lugares separados de donde se encuentran detenidas las personas adultas.³² Solamente ante circunstancias excepcionales puede prohibírsele a un niño recibir correspondencia y visitas de sus familiares.³³ Además de este artículo 37, la CDN establece una serie de obligaciones adicionales respecto de los niños, como por ejemplo su derecho a ser tratado con dignidad, el reconocimiento de que las necesidades del niño deben atenderse a su edad e interés superior y su derecho a no ser mental o físicamente abusado.³⁴ Tanto la Comisión como la Corte han determinado que las disposiciones de la CND deben ser incorporadas como parte de las obligaciones de todos los Estados partes de la Convención Americana, ya que se trata de una parte fundamental del cuerpo internacional de protección de los niños.³⁵

Asimismo, además de la CDN, existen tres documentos internacionales fundamentales relativos a la detención de los niños: las Reglas de las Naciones Unidas sobre Estándares Mínimos para la Administración de Justicia Juvenil (“Reglas de Beijing”), los Lineamientos de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (“Guía de Riyadh”) y las Reglas de las

³¹ Convención de los Derechos del Niño, art. 24, Dec. 12, 1989, G.A. Res. 44/25, art. 37(b), 1577 U.N.T.S. 3, 28 I.L.M. 1456 (1989) [CDN].

³² La CDN permite a los niños ser detenidos con familiares adultos. *Id.*, art. 37(b)

³³ *Id.*, art. 37 (b)(c).

³⁴ *Ver* CDN, *supra* nota 31.

³⁵ *Caso Villagrán-Morales et al (“Niños de la Calle”) v. Guatemala*, Meritos, Corte Interamericana de Derechos Humanos. (ser. C) No. 63, para 194 (19 de Nov. de 1999); La Comisión también se ha referido a las declaraciones de las Naciones Unidas que han definido las obligaciones de las CND. *Menores detenidos v. Honduras*, Caso No. 11.491, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Reporte 41/99, para 72 (10 de Marzo de 1999).

Naciones Unidas para la Protección de Niños Privados de Libertad (“PNPL”). Estos documentos establecen una serie de principios que deben servir de guía para la detención de niños.³⁶ En este sentido, estos principios establecen que la detención sea una medida de último recurso y establecen varios mecanismos de protección que deben estar a disposición de esos niños que se encuentran detenidos. Estos mecanismos de protección incluyen el derecho a la privacidad, a la educación, a la asistencia médica psicológica y física adecuada, a la prohibición de castigos corporales, el derecho a la asistencia legal y al monitoreo y control sobre los centros de detención.³⁷ Las Reglas de Beijing Rules y de Riyadh establecen que el interés superior del niño debe ser la principal preocupación cuando se trata de niños detenidos,³⁸ y las PNPL establecen que la detención debe ser únicamente aplicada como una medida extraordinaria y por el menor período de tiempo posible.³⁹

Otro instrumento internacional que se aplica a la situación de personas inmigrantes detenidas es la Convención para la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias, la cual garantiza a los trabajadores inmigrantes y a sus familias el derecho a la libertad y seguridad personal.⁴⁰ Asimismo, garantiza la asistencia consular y legal en caso de procedimientos judiciales o contenciosos.⁴¹ Por otro lado, el Pacto Internacional sobre Derechos

³⁶ Ver Kristina Touzenis, *Human Rights of Migrant Children*, INTERNATIONAL MIGRATION LAW (2008).

³⁷ Guías de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, G.A. Res. 45/112, U.N. Doc. A/RES/45/112 (14 de diciembre de 1990) [Riyadh Guidelines]; Reglas de Naciones Unidas para la Protección de Jóvenes Privados de Libertad, G.A. Res. 45/113, U.N. Doc. A/RES/45/113 (14 de diciembre de 1990); A:RES:40:33. Reglas de Naciones Unidas sobre los Estándares Mínimos para la Administración de Justicia Juvenil, G.A. Res. 40/33, A/RES/40/33 (29 de noviembre de 1985)[Beijing Rules].

³⁸ Reglas de Beijing, *supra* nota 37, art. 14.2; Guías de Riyadh, *supra* nota 37, art. 4 & 5.

³⁹ Reglas PNPL, *supra* nota 37, art. 13.

⁴⁰ Esta Convención no ha sido ratificada por los Estados Unidos. Convención Internacional para la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y los Miembros de sus Familias, G.A. Res. 45/158, art. 16, U.N. Doc. A/RES/45/158 (18 de diciembre de 1990).

⁴¹ *Id.*

Civiles y Políticos, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes también garantizan derechos a las personas inmigrantes detenidas, incluyendo niños no acompañados. Entre estos derechos se incluye el derecho a ser tratado con dignidad, la prohibición de la tortura y otros tratos crueles o inhumanos, el principio de non-refoulement y los derechos de debido proceso.⁴²

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictado varias decisiones e informes relativos a la detención de niños inmigrantes. El artículo 19 de la Convención Americana establece el derecho de los niños a las medidas de protección requeridas por su edad por parte de su familia, la sociedad y el Estado.⁴³ La Comisión Interamericana ha determinado que existe una violación al artículo 19 en los casos en los que el Estado ha fallado en adoptar las medidas de protección apropiadas para proteger a los niños de toda forma de violencia psicológica y física.⁴⁴ En el 2003, la Corte determinó en su Opinión Consultiva sobre el Estatus Legal de los Derechos de los Trabajadores Indocumentados que las personas inmigrantes que han entrado ilegalmente a un país no pueden ser tratados solamente por ese motivo como delincuentes, sino que deben ser tratados como titulares de derechos.⁴⁵ Por lo tanto, derechos humanos básicos como el derecho a

⁴²Estados Unidos ha ratificado tanto el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos como la Convención Universal para la Eliminación de la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes. Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, G.A. Res. 2200A (XXI), art. 7, 10, 21 U.N. Doc. A/6316 (23 de marzo de 1976) [ICCPR]; Declaración Universal de Derechos Humanos, G.A. Res. 217A (III), art. 13, U.N. Doc. A/810 (10 de diciembre de 1948) [UDHR]; Convención Universal para la Eliminación de la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, G.A. Res. 39/46, U.N. Doc. A/39/51 (26 de junio de 1987).

⁴³ Convención Americana de Derechos Humanos, *supra* nota 10, Art. 19.

⁴⁴ *Quintanilla v. El Salvador*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Reporte 6/94, para 3(d) (1 de febrero de 1994)

⁴⁵ Beth Lyon, *The Inter-American Court of Human Rights Defines Unauthorized Migrant Workers' Rights for the Hemisphere: A Comment on Advisory Opinion 18*, pg 550.

la dignidad, al debido proceso y el principio de non-refoulement, continúan siendo aplicables a estas personas sin importar su estatus de inmigrantes ilegales.

Asimismo, la Opinión Consultiva del año 2002 sobre la Condición Jurídica y los Derechos Humanos de los Niños (OC-17) determinó que las medidas legales implementadas por los Estados que afecten a los niños, deben ser creadas en conformidad con el principio del interés superior del niño.⁴⁶ El principio del interés superior del niño fue definido como un principio fundamental en los derechos del niño que se basa en la propia dignidad del ser humano, en las características particulares de los niños y en la necesidad de fomentar su desarrollo.⁴⁷ Esta perspectiva es, a su vez, consistente con la CDN que establece que la custodia y detención en sistemas de justicia juvenil deben estar en conformidad con el interés superior del niño.⁴⁸ Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño también ha establecido que, de acuerdo a la CDN, la protección del interés superior del niño incluye su derecho a ser escuchado directamente y a través de representantes, y que el interés superior del niño no puede ser utilizado a la conveniencia de los Estados partes.⁴⁹ Además, la Corte, en la OC-17, ha afirmado que los niños son titulares plenos de derechos bajo la ley pero que requieren asistencia de sus padres o tutores para ejercerlos.⁵⁰ La CDN también define los derechos de los niños a participar activamente en el ejercicio de sus derechos, especialmente respecto de sus derechos a ser escuchado y representado.⁵¹ En consecuencia, tanto la OC-17, como la CDN utilizan el principio del interés

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños*, Opinión Consultiva OC-17/2, ¶¶58, 59 (28 de agosto de 2002) [OC-17].

⁴⁷ *Id.* ¶56

⁴⁸ CDN, *supra* nota 31, artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37, 40.

⁴⁹ Comentario General No. 10 sobre Derechos del Niño y Justicia Juvenil, Comité de los Derechos del Niño, Rep. sesión 45. Enero, 15- Febrero 4, 2007, UN Doc. CRC/C/GC/10 (25 de abril de 2007).

⁵⁰ *Ver* OC-17, *supra* nota 46.

⁵¹ CDN, *supra* nota 31, art. 9 & 12.

superior del niño como un criterio de evaluación que incluye el respeto de la capacidad del niño de participar en el ejercicio de sus derechos, así como de su derecho de expresar sus necesidades y preferencias en los procedimientos administrativos o judiciales. En forma consistente con el derecho internacional, la Corte ha determinado que la privación de libertad de los niños a causa de ser inmigrantes indocumentados solo puede ser utilizada en las circunstancias más extremas. Además, los niños deben ser asegurados de poder ejercer sus derechos al debido proceso y la asistencia de tutores.⁵²

V. DISCUSION

A. **Los Estados Unidos han fallado en la Implementación de Medidas Alternativas para los Niños Inmigrantes no Acompañados en los Centros donde la Detención debería ser una Medida de Último Recurso**

Bryan, un niño Hondureño de 16 años, fue detenido por el DHS en el año 2011. Mientras lo arrestaban, oficiales del DHS lo empujaron al suelo provocando que se cortara en la pierna y perdiera un zapato. Los oficiales no permitieron que el niño recuperara su zapato antes de trasladarlo a una fría celda, donde, además, se le fue negada una frazada. En su lugar, Bryan recibió papel higiénico que intentó utilizar para calentar su cuerpo poniéndolo en el suelo como una barrera entre su cuerpo y el piso de concreto. La única comida que recibió mientras estuvo detenido estaba congelada y, al dársela, los oficiales del DHS se la tiraban al suelo.⁵³

⁵² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Reporte sobre Inmigración en los Estados Unidos: Detención y Debido Proceso*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 78, p. 18 (30 de diciembre de 2010).

⁵³ Información proporcionada por Women's Refugee Commission (3 de diciembre de 2011).

Los niños son inicialmente identificados y detenidos por el DHS. Y, como la historia de Bryan lo demuestra, esta primera instancia de detención puede ser altamente punitiva y abusiva.⁵⁴ La mayoría de los centros en los que los niños son detenidos por el DHS son centros para detenciones de corto tiempo a lo largo de la frontera entre los Estados Unidos y México. En esos lugares, los niños han denunciado dormir en el piso, en sábanas infectadas de insectos y en centros mantenidos, a propósito, a muy bajas temperaturas.⁵⁵ Otros niños son privados de libertad junto con adultos y con ninguna protección o supervisión que pueda asegurar su seguridad.⁵⁶ La organización no gubernamental “No More Deaths” ha revelado un dato de gran preocupación: los oficiales del DHS usualmente se niegan a darle agua a los niños detenidos y les proveen, únicamente, con los elementos más precarios para poder sobrevivir.⁵⁷

Los centros de detención del HHS son considerados medidas alternativas a la detención por el DHS.⁵⁸ El HHS ha aumentado la utilización de custodia por padres temporales, ha creado residencias especiales para alojar a los niños, y ha disminuido la utilización de centros de

⁵⁴ HALFWAY-HOME, *supra* nota 9, p. 9-10; NO MORE DEATHS, A CULTURE OF CRUELTY: ABUSE AND IMPUNITY IN SHORT TERM U.S. BORDER PATROL CUSTODY 5 (2011), *disponible en* <http://www.cultureofcruelty.org/wp-content/uploads/2011/09/CultureofCrueltyFinal.pdf>.

⁵⁵ “No existen lugares adecuados para los niños en los centros de las fronteras. Como los adultos, los niños duermen en el suelo, sobre finos colchones y con sábanas de plástico o sobre bancos de cemento, diarios o camas de plástico” (“There are no appropriate sleeping accommodations for children in Border Patrol stations. Like adults, children sleep on cold floors, thin mats, plastic sheets, cement benches, newspaper or plastic boat beds.”) En algunos refugios temporales, los niños ni siquiera fueron provistos con sábanas. Cuando se le preguntó a los oficiales de control de fronteras (Border Patrol), éstos respondieron que en un principio se les daba sábanas, pero que muy rápidamente estas se encontraban infectadas de insectos. HALFWAY HOME, *supra* nota 9, p. 10.

⁵⁶ *Id.* 9.

⁵⁷ NO MORE DEATHS, A CULTURE OF CRUELTY: ABUSE AND IMPUNITY IN SHORT TERM U.S. BORDER PATROL CUSTODY 5 (2011), *disponible en* <http://www.cultureofcruelty.org/wp-content/uploads/2011/09/CultureofCrueltyFinal.pdf>

(Explicando que los niños son negados de agua en mayor medida que los adultos).

⁵⁸ Citando medidas utilizadas para promocionar el interés superior del niño. U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES : OFFICE OF REFUGEE RESETTLEMENT, UNACCOMPANIED CHILDREN’S SERVICES http://www.acf.hhs.gov/programs/orr/programs/unaccompanied_alien_children.htm (accedido por última vez el 25 de noviembre de 2011).

seguridad.⁵⁹ Sin embargo, a pesar de los esfuerzos para minimizar la utilización de prácticas de privación de libertad, el HHS aún utiliza con frecuencia centros que se parecen mucho a prisiones. Muchos de estos centros se encuentran alejados de zonas urbanizadas que pudieran ofrecer los servicios legales y sociales apropiados a los niños.⁶⁰

El HHS ofrece cuatro posibilidades principales de alojamiento. La elección entre estas opciones está basada en un análisis que realiza el HHS en cada caso y en la disponibilidad de lugar en cada uno de los centros, y no en la proximidad que el centro tenga con el lugar en que el niño fue detenido o con el lugar en el que residan sus familiares o haya servicios apropiados.⁶¹ La custodia por padres temporales puede ser a corto o a largo plazo, pero continúa siendo la opción más limitada.⁶² Estos programas de custodia por padres temporales varían entre programas de corto plazo para aquellos niños que se espera puedan reunirse con sus familias, y programas de largo plazo para aquellos niños que puedan obtener un estatus legal que les permita permanecer en los Estados Unidos. Los niños en estos programas de custodia por padres temporales a largo plazo suelen asistir a la escuela en iguales condiciones que los restantes niños de Estados Unidos.

⁵⁹ HALFWAY-HOME, *supra* nota 9, p. 14.

⁶⁰ “a pesar de los mejores esfuerzos de las organizaciones sin fines de lucro y de los servicios voluntarios para brindar asistencia legal a niños no acompañados privados de libertad, la mayoría de éstos niños, que se encuentran en centros alejados de los centros urbanos, no reciben asistencia legal” (“...despite the best efforts of a number of nonprofit organizations and pro bono services to provide legal representation to unaccompanied minors in detention, the sheer number of children, most of whom are in facilities far from urban centers, means that the majority receive no counsel at all.”) Levinson, *supra* nota 2.

⁶¹ Por ejemplo, para calificar para custodia de padres temporales de largo plazo, el niño debe haber estado privado de libertad por más de cuatro meses, debe razonablemente calificar para poder permanecer legalmente en los Estados Unidos y debe tener buenos antecedentes de conducta. ESPERANZA IMMIGRANT RIGHTS PROJECT, http://www.esperanza-la.org/index.php?option=com_content&view=article&catid=9:for-immigrants&id=69:the-different-types-of-childrens-immigration-detention (accedido por última vez el 21 de noviembre de 2011).

⁶² *Id.*

Sin embargo, la mayoría de los niños son alojados en centros de refugio. Estos centros generalmente ofrecen pocas posibilidades de educación y ofrecen servicios de asistencia y cuidados médicos. A pesar de los esfuerzos que se realizan, muy pocos de los asesores que trabajan en estos centros tienen la capacitación necesaria para el trabajo y existe muy poca supervisión sobre el funcionamiento de los centros. Además, las oportunidades de educación no se corresponden con las oportunidades que tienen los niños que no están en estos centros y, por lo tanto, esto les impide progresar en la misma medida que otros niños de la misma edad.⁶³ En este sentido, por ejemplo, un centro de refugio en Los Fresnos, en Texas lleva a cabo clases para los niños de hasta 5 horas por día. Sin embargo, estos cursos no son enseñados por maestros certificados, ni se ajustan a los requerimientos de la educación formal.⁶⁴ Por otro lado, mientras que algunos de estos centros son abiertos y permiten a los niños que salgan y entren de los mismos, otros centros son cerrados, usualmente cercados por alambres de púas y existe muy poca comunicación de los niños con el mundo exterior.

Los centros de alojamiento más controlados son los llamados centros de seguridad o centros de personal de seguridad.⁶⁵ Estos centros están diseñados como prisiones, utilizan mecanismos como las esposas, requieren que los niños utilicen uniformes similares a los utilizados en otras prisiones de Estados Unidos, e imponen medidas de castigo a los niños inmigrantes, tales como el confinamiento solitario.⁶⁶ Mientras estos centros están destinados, principalmente, para recibir niños de los cuales se sospecha un alto riesgo de que puedan escapar o que sean peligrosos para la comunidad, la ubicación en estos centros es en muchas ocasiones arbitraria. Estos centros son

⁶³ Información proporcionada por el Women's Refugee Commission (3 de diciembre de 2011).

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ HALFWAY HOME, *supra* nota 9, p. 12, 27-28.

muchas veces centros de detención del sistema de justicia juvenil destinado a alojar niños que han cometido delitos.⁶⁷ En estos centros, muchos niños que cumplen con sus condenas de privación de libertad o de rehabilitación no son autorizados de reunirse con sus familias y, en su lugar, son entregados al DHS que los aloja en otros centros similares a prisiones. En este sentido, estos niños cumplen dos veces las condenas que les fueron impuestas. Por otro lado, otros niños que son puestos en estos centros nunca fueron condenados por un delito ni existen pruebas de que sean un peligro para la comunidad.⁶⁸

Estos centros suelen representar severas invasiones de privacidad y utilizan estrictas reglas disciplinarias. Por ejemplo, un abogado de NCRIC, que estaba representando a niños dentro de estos centros de detención, notó que un gran número de estos niños estaban siendo desnudados luego de cada visita con los abogados para realizar un registro corporal. Esto es un serio impedimento para que los niños decidan acceder a recibir representación legal. Asimismo, debido a que estos centros son compartidos con el sistema de justicia juvenil, muchos de los niños inmigrantes son obligados a mantenerse en contacto con otros niños que están cumpliendo condenas por haber sido responsables de serias conductas delictivas.⁶⁹ En estos centros, los niños inmigrantes suelen ser negados de acceder a sus privilegios, suelen ser esposados o sometidos a confinamientos solitarios por extensos períodos de tiempo.⁷⁰ Estos son castigos inapropiados,

⁶⁷ “Los centros de seguridad son los centros con mayor nivel de restricciones. El manual del CDS considera que estos centros de seguridad son adecuados para niños...acusados de haber cometido o sentenciados por la comisión de un delito” (“Secure facilities are the highest level of restrictiveness in the D[]CS placement continuum. The D[]CS Manual considers secure placement to be appropriate for children ... charged with or convicted of a crime or adjudicated as delinquent...”) HALFWAY-HOME, *supra* nota 9, p. 57.

⁶⁸ Ferris, *supra* nota 5.

⁶⁹ A pesar de ser un serio problema, solamente algunos de los NINA son actualmente mantenidos junto con jóvenes en conflicto con la ley. HALFWAY-HOME, *supra* nota 9, p.35.

⁷⁰ HALFWAY-HOME, *supra* nota 9, p.27-28.

especialmente teniendo en cuenta que estos niños solamente se encuentran detenidos a causa de su estatus ilegal de inmigración. El Relator Especial de la ONU sobre los Derechos Humanos de las Personas Inmigrantes ha demandado que la detención de los inmigrantes solamente por su estatus irregular de inmigración no puede, en ningún caso, ser de naturaleza punitiva.⁷¹ Teniendo en cuenta que la privación de libertad debería ser, en todo caso, una medida excepcional y que nunca debe utilizarse como una medida punitiva, la utilización de estos centros de seguridad constituye una seria violación de los principios de derecho internacional, regional y doméstico. En una reciente visita a uno de estos centros de detención, personal del centro informó al WRC que sanciones usuales par a las violaciones de las reglas de conducta, como negarse a caminar con las manos en la espalda o negarse a realizar ejercicios físicos a las 5:00 a.m., incluían ser reclusos en soledad en las celdas por hasta tres días.⁷²

La pregunta 3 de esta Opinión Consultiva requiere que la Corte responda sobre “La no privación de libertad de los niños. Estándares para la aplicación de medidas provisionales en los procedimientos de inmigración”, mientras que la pregunta 4 de la Opinión Consultiva requiere que la Corte responda sobre “Las medidas de protección de derechos que no implican restricción de libertad.” La utilización abusiva, por parte de los Estados Unidos, de centros de privación de libertad para niños inmigrantes no acompañados, cuando otras medidas deberían usarse y estar disponibles, crea un ambiente adverso al desarrollo del niño como un miembro activo y comprometido de la comunidad.⁷³ La

⁷¹ Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de las Personas Inmigrantes, E/CN.4/2003/85, para. 54 (2002).

⁷² Información proporcionada por el Women’s Refugee Commission (3 de diciembre de 2011).

⁷³ La reintegración y la participación activa en la comunidad son dos objetivos principales de la promoción internacional y doméstica de justicia juvenil. La Convención sobre los Derechos del Niño establece la reintegración en la comunidad (Art. 40.1) y la promoción de la capacidad de asumir

privación de libertad debería ser utilizada como una medida de último recurso, y, cuando necesaria, debe ser aplicada de la manera menos restrictiva posible.

B. Los Organismos del Gobierno de los Estados Unidos y las Políticas que éstos Aplican no son Adecuadas para Asegurar el Cuidado Apropiado en los Centros de Detención y Violan los Derechos de Debido Proceso y los Derechos Humanos Básicos de los Niños Inmigrantes no Acompañados.

Debido a la falta de centros, dinero y personal capacitado, los NINA son usualmente detenidos en centros del sistema de justicia juvenil.⁷⁴ Además, las políticas del HHS permiten que niños, que no fueron condenados por ningún delito, sean puestos en centros de seguridad junto con otros jóvenes que “(i) han sido acusados de cometer un delito o hallados responsables por su comisión; (ii) ...han cometido, o amenazado con cometer, actos de violencia mientras estaban bajo la custodia del DCS; (iii) ...han cometido *actos disruptivos*; (iv) *se presumen en riesgo de escaparse*; o (v) *precisan seguridad adicional para su propia protección*”⁷⁵ Bajo esta regla, niños que no han sido sentenciados por la comisión de un delito son privados de libertad junto con otros niños que si lo han sido. Esta realidad representa un gran peligro para los niños que son detenidos con niños violentos, y puede ocasionar daño psicológico adicional a estos niños que ya

plenamente las responsabilidades en la misma (Preámbulo). Las Reglas de Beijing promueven la vida activa y significativa del niño en la comunidad y la implementación de fuertes políticas orientadas a la reintegración (Artículos 6, 25, & 29). En los Estados Unidos, la ley de Justicia Juvenil y Prevención de la Delincuencia del año 2002 (Juvenile Justice and Delinquency Prevention Act of 2002 -JJJPA) establece la importancia de programas de privación de libertad de la justicia juvenil que ayuden al niño a convertirse en un miembro responsable y productivo de la comunidad (§5601). A pesar de que ninguno de estos se aplica expresamente al caso de la privación de libertad de los NINA, las reglas generales que gobiernan la privación de libertad de niños en general pueden extenderse a la privación de libertad de los NINA. Convención de los Derechos del Niño, art. 24, 12 de diciembre de 1989, G.A. Res. 44/25, art. 37(b), 1577 U.N.T.S. 3, 28 I.L.M. 1456 (1989); A:RES:40:33. Reglas de las Naciones Unidas sobre los Estándares Mínimos para la Administración de Justicia Juvenil, G.A. Res. 40/33, A/RES/40/33 (29 de noviembre de 1985); Ley de Justicia Juvenil y Prevención de la Delincuencia del 2002, 42 U.S.C 5601 (2002).

⁷⁴ HALFWAY-HOME, *supra* nota 9, p.12, 13.

⁷⁵ *Ver* HALFWAY-HOME, *supra* nota 9, *DUCS Displacement Procedures and Conditions*, p. 57.

han sufrido bastante al venir a los Estados Unidos. Resulta preocupante que estas políticas permitan que niños que se determinan en peligro de cometer suicidio sean detenidos en centros de seguridad junto con niños en conflicto con la ley.

La Comisión Interamericana ha determinado que las personas privadas de su libertad a causa de su estatus migratorio, no deben ser detenidas en instituciones diseñadas para mantener a personas privadas de libertad por haber cometido delitos.⁷⁶ La privación de libertad en centros de estas condiciones es incompatible con las garantías exigidas por los derechos humanos. Un claro ejemplo de la ubicación indiscriminada en centros de seguridad es el caso de Jacob. Jacob, que sufre de cierta discapacidad mental, fue arrestado, junto con un grupo de niños, por la policía local. Debido a que no tenía un estatus migratorio legal, Jacob fue transferido bajo la custodia del HHS antes de ser acusado de cometer un delito. Jacob no tiene familia en los Estados Unidos, y, a pesar de no tener ningún antecedente criminal y demostrar tener importantes necesidades especiales a causa de su discapacidad mental, fue detenido en el centro de más alta seguridad del HHS. Afortunadamente, Jacob pudo obtener un estatus migratorio legal y fue liberado de este centro muy similar a una prisión gracias a la ayuda gratuita brindada por abogados.⁷⁷

Los NINA no siempre reciben adecuada asistencia médica y psicológica o acceso a oportunidades educativas adecuadas a sus necesidades.⁷⁸ La falta de asistencia psicológica tiene fuertes impactos en las experiencias de los niños bajo custodia ya que llevan a malas conductas o

⁷⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, INFORME SOBRE INMIGRACIÓN EN LOS ESTADOS UNIDOS: DETENCIÓN Y DEBIDO PROCESO, 25, (2010) *disponible en* <http://cidh.org/pdf%20files/ReportOnImmigrationInTheUnited%20States-DetentionAndDueProcess.pdf>.

⁷⁷ Información proporcionada por el Women's Refugee Commission (3 de diciembre de 2011).

⁷⁸ HALFWAY-HOME, *supra* nota 9, p. 16.

dificultades para ajustarse a la custodia de padres temporales.⁷⁹ Asimismo, puede obstaculizar la capacidad de estos niños de ser sinceros con sus asesores legales.⁸⁰ El cuidado médico suele también ser limitado e inapropiado, especialmente en las etapas de detención por parte del DHS.⁸¹

Resulta preocupante que varias alegaciones de abuso físico y sexual han sido presentadas contra funcionarios de estos centros de detención.⁸² Mientras varios de estos centros han respondido a estas denuncias con eficiencia, incluyendo la adopción de medidas de asistencia especiales para todos los niños en el centro, otros centros han omitido responder de manera alguna a estas alegaciones.⁸³ Un caso particularmente preocupante ocurrió en un centro de detención en Texas, donde, a pesar de numerosas denuncias realizadas por los niños respecto de haber sido víctimas de abusos físicos, el gobierno federal fue muy ineficiente y lento en comenzar una investigación y adoptar medidas. A pesar de que este centro fue eventualmente clausurado, es claro que el gobierno federal no implementó medidas apropiadas respecto del monitoreo del funcionamiento del centro.⁸⁴ Además, en un borrador inicial de la regulación de la Ley para la Eliminación de la Violencia Sexual en las Cárceles, que pretende la protección de las personas bajo la custodia de

⁷⁹ Halfway-Home, *supra* nota 9, p. 16.

⁸⁰ Levinson, *supra* nota 2.

⁸¹ HALFWAY-HOME, *supra* nota 9, p. 6.

⁸² CATHERIN RENTZ, LOST IN DETENTION, <http://investigativereportingworkshop.org/investigations/immigration-detention/story/new-documents-detail-sex-abuse-detained-immigrants/> (accedido por última vez el 25 de noviembre de 2011); DAVID KAISER & LOVISA STANNOW, IMMIGRANT DETAINEES: THE NEW SEX ABUSE CRISIS, <http://www.nybooks.com/blogs/nyrblog/2011/nov/23/immigrant-detainees-new-sex-abuse-crisis/> (accedido por última vez el 25 de noviembre de 2011).

⁸³ HALFWAY-HOME, *supra* nota 9, p. 27-28.

⁸⁴ *Id.* en 25-26.

los Estados Unidos de actos de violencia sexual, no se incluyó la protección de personas detenidas por causas de inmigración, incluyendo niños bajo la custodia del HHS.⁸⁵

En la pregunta 5, los Estados solicitaron que la Corte se pronuncie sobre “Las obligaciones de los Estados respecto de los niños inmigrantes privados de libertad.” En conformidad con lo establecido en la OC-17, la privación de libertad de niños debe cumplir con estándares de garantías respecto de seguridad, salud, el número y capacidad de los funcionarios y su supervisión.⁸⁶ La violación de los derechos de los niños privados de libertad no solo constituye una violación a la CDN y a los PNPL, sino que además viola los Principios y Buenas Prácticas de la CIDH sobre las Personas Privadas de Libertad, entre otros instrumentos del derecho internacional.⁸⁷

C. La Protección de los Niños Inmigrantes Privados de Libertad es Inadecuada Debido a que no se Cumplen con las Garantías del Debido Proceso ni se Asegura el Acceso a una Representación Gratuita

Los NINA raramente cuentan con la capacidad de navegar solos el sistema legal y, por tanto, es muy difícil que puedan ejercer plenamente sus derechos a un debido proceso sin un abogado o tutor *ad litem* que los guíe.⁸⁸ A pesar de que los NINA cuentan con derecho a tener un abogado,

⁸⁵ Estándares Nacionales para Prevenir, Detectar y Responder a las Violaciones Sexuales en las Prisiones, 76 Fed. Reg. 6248, (3 de Febrero de 2011) (será codificado en 28 C.F.R. part 115), DOJ Access, *disponible en* http://www.ojp.usdoj.gov/programs/pdfs/prea_nprm.pdf.

⁸⁶ OC-17, *supra* nota 46, para. 78.

⁸⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, PRINCIPIOS RELACIONADOS CON LAS CONDICIONES DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD (2008) *disponible en* <http://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic21.a.Principles%20and%20Best%20Practices%20PDL.htm>.

⁸⁸ HALFWAY-HOME, *supra* nota 9, p. 5-7, 23, 24.

el gobierno de los Estados Unidos no se hace cargo de los costos de proveerlo. Muchos niños no son notificados de sus derechos a solicitar asilo cuando temen regresar a sus países de origen.

De acuerdo a la ley TVPRA del 2008, los oficiales del DHS que encuentren niños inmigrantes de países contiguos no acompañados tratando de entrar en los Estados Unidos, están obligados a evaluar si los niños son víctimas del tráfico de personas o tienen temor de regresar a sus países.⁸⁹ Sin embargo, los oficiales del DHS reciben muy poco entrenamiento respecto de este nuevo criterio de evaluación, lo que ha ocasionado que los cambios traídos por la ley TVPRA no impacten sustancialmente respecto de la protección recibida por estos niños tan vulnerables.⁹⁰ Sobre todo, los oficiales del DHS no se encuentran lo suficientemente capacitados, no tienen experiencia con temas de la seguridad social de los niños y, usualmente, implementan técnicas de evaluación que no son adecuadas para detectar si el niño es víctima de tráfico de personas u otros abusos.⁹¹ En lugar de utilizar funcionarios armados y uniformados para realizar estas evaluaciones, lo que puede resultar muy intimidante para los niños y provocar que no sean lo suficientemente sinceros respecto de sus experiencias, los niños deberían ser evaluados por expertos que no hayan tenido participación alguna en su detención.⁹² Muchos oficiales de las fronteras han reportado no haber encontrado, durante toda su carrera, a una persona solicitando asilo o víctima de tráfico de personas, lo cual

⁸⁹ TVPRA, *supra* nota 16.

⁹⁰ APPLESEED, CHILDREN AT THE BORDER REPORT: THE SCREENING, PROTECTION, AND REPATRIATION OF MEXICAN MINORS, 12, (2011) disponible en: <http://appleseednetwork.org/LinkClick.aspx?fileticket=8PM-o8WHN1Q%3D&tabid=157>.

⁹¹ *Id.*

⁹² *Id.* en 33.

preocupa a muchos activistas ya que el inadecuado entrenamiento puede estar dejando varias víctimas sin identificar.⁹³

Muchos de los NINA aceptan voluntariamente regresar a sus países debido a que la información que reciben por parte de los funcionarios del DHS es insuficiente.⁹⁴ Al no tener ningún tipo de tutor, estos niños generalmente no tienen a nadie que represente sus intereses durante el tiempo que estén detenidos, aumentando la vulnerabilidad de sus derechos de debido proceso.⁹⁵ En general, las personas que piden asilo y cuentan con asistencia legal por parte de abogados tienen mayores chances de éxito en sus peticiones que aquellos que actúan sin representación legal.⁹⁶ La protección brindada por la asistencia legal es muy importante para los niños, ya que éstos probablemente no comprendan el procedimiento de inmigración, los distintos remedios legales a los que pueden acceder, o no puedan leer o comprender los documentos.

Muchos de los centros del HHS utilizan videoconferencias para los procedimientos judiciales en lugar de llevar a los niños para que puedan asistir personalmente las audiencias. La utilización de la videoconferencia puede traer muchos problemas aparejados, tales como problemas en la interpretación y complicaciones tecnológicas.⁹⁷ Por otro lado, aún en los casos que los NINA

⁹³ U.S. Government Accountability Office Report to Congressional Requesters *BORDER SECURITY Additional Steps Needed to Ensure That Officers Are Fully Trained*, diciembre de 2011, disponible en <http://www.gao.gov/products/GAO-12-269>.

⁹⁴ *HALFWAY-HOME*, *supra* nota 9, p. 5-7.

⁹⁵ NATIONAL CENTER FOR REFUGEE AND IMMIGRANT CHILDREN, U.S. COMMITTEE FOR REFUGEES AND IMMIGRANTS, <http://www.refugees.org/our-work/child-migrants/about-ncric.html> (accedido por última vez el 17 de noviembre de 2011).

⁹⁶ TRAC IMMIGRATION: ASYLUM DENIAL RATE REACHES AN ALL TIME LOW: FY 2010 RESULTS, A TWENTY-FIVE YEAR PROSPECTIVE disponible en <http://trac.syr.edu/immigration/reports/240/> (accedido por última vez el 18 de enero de 2012).

⁹⁷ THE LEGAL ASSISTANCE FOUNDATION & CHICAGO APPLESEED FUND FOR JUSTICE, VIDEO CONFERENCING IN REMOVAL PROCEEDINGS: A CASE STUDY IN CHICAGO IMMIGRATION COURT, 54

tengan asistencia legal, la realización de las audiencias por videoconferencia puede afectar la posibilidad de los niños de comunicarse con sus abogados durante las audiencias. Además, esto puede afectar la posibilidad del niño de presentar su caso.⁹⁸ Los NINA deberían tener la posibilidad de negarse a asistir a las audiencias por videoconferencia y ser otorgados con la posibilidad de presentar personalmente su caso ante la corte.

Organizaciones como NCRIC y KIND trabajan para asegurar que los niños, especialmente los NINA, puedan contar con asistencia legal gratuita y realizan varios programas para que los niños conozcan sus derechos y puedan navegar con éxito en el complejo sistema legal de los Estados Unidos. A pesar de que KIND y NCRIC brindan ayuda a muchos niños, sus servicios se basan en la disponibilidad de tiempo de abogados que brinden asesoría gratuita. Debido a que la necesidad de abogados supera el número de abogados voluntarios disponibles, y al no existir políticas que aseguren a los niños la asistencia de un abogado *pro-bono*, muchos niños se ven obligados a navegar el sistema sin asistencia. Al no tener representación, los funcionarios del DHS podrían imponer presiones en los niños para que tomen decisiones que son contrarias a sus intereses. Esto incluye la posibilidad de llevar a los niños a aceptar la deportación inmediata, compartir información con los oficiales del HHS e, incluso, utilizar a los niños para identificar otros inmigrantes indocumentados o personas responsables por el tráfico de personas.⁹⁹ En los procedimientos de inmigración, muchos niños no pueden presentar sus casos sin la asistencia de abogados y, por lo tanto, puede pasar que sean enviados de regreso a sus países, donde su bienestar, o incluso su vida, puede estar en peligro. Medidas de protección mínimas como

(2005) disponible en

<http://appleseeds.net/Portals/0/Documents/Publications/Center%20Pubs/Chicago%20Videoconferencing%20Report.pdf>.

⁹⁸ VIDEO CONFERENCING IN REMOVAL PROCEEDINGS *supra* nota 97, p. 56.

⁹⁹ HALFWAY-HOME, *supra* nota 9, p. 5-10; Ferris, *supra* nota 5.

brindarle a los niños el beneficio de un tutor *ad litem* o un asesor legal, serían de gran ayuda para que estos niños puedan navegar el sistema legal en mejores condiciones y garantizar el respeto a sus derechos de debido proceso legal.¹⁰⁰

Los Estados solicitaron a la Corte que responda la pregunta 2 sobre “Sistemas de garantías de debido proceso legal” y la pregunta 6 sobre “Garantías de debido proceso ante medidas de privación de libertad respecto de niños inmigrantes indocumentados.” Las garantías de debido proceso para niños privados de libertad deberían incluir la garantía de que el gobierno ofrezca abogados en forma gratuita; el derecho de la persona detenida a ser informado sobre sus derechos en el idioma y del modo que pueda comprenderlo; y la inclusión de consideraciones adecuadas respecto del interés superior del niño.

Adicionalmente, estas garantías deben incluir el derecho a comparecer personalmente ante el juez que está a cargo de la causa y el derecho a ser escuchado.¹⁰¹ Sin garantías básicas de debido proceso y sin protecciones especiales para los niños, los niños inmigrantes no acompañados continuarán siendo vulnerables a violaciones sistemáticas de sus derechos.

¹⁰⁰ WRC ha identificado un programa efectivo e innovador llamado “Immigrant Children’s Advocacy Project” (“ICAP”), que trabaja para asegurar los derechos de los NINA a través de la asignación, a cada niño, de tutores *ad litem*. Principalmente, esto ayuda a asegurar que los niños ubicados fuera de los centros de detención estén en ambientes seguros y sanos. Sin embargo, este programa es limitado en tamaño y alcance. Hasta que los Estados Unidos no promuevan y financien el crecimiento de programas alternativos como ICAP, la posibilidad de aplicar medidas alternativas a la privación de libertad es difícil de alcanzar. HALFWAY-HOME, *supra* nota 9, p.24.

¹⁰¹ EOIR, INTERIM OPERATING POLICIES AND PROCEDURES MEMORANDUM 04-07: GUIDELINES FOR IMMIGRATION COURT CASES INVOLVING UNACCOMPANIED ALIEN CHILDREN (16 de setiembre de 2004) disponible en <http://www.justice.gov/eoir/efoia/ocij/oppm04/04-07.pdf>. Ver VIDEO CONFERENCING IN REMOVAL PROCEEDINGS *supra* nota 97.

VI. CONCLUSION

En conformidad con la discusión anterior, WRC, KIND y NCRIC se unen a los Estados peticionantes en solicitar a la Corte la Opinión Consultiva respecto de la aplicación de la Convención Americana y la Declaración Americana a:

- **Pregunta 2: ¿Cuales son las garantías específicas de debido proceso que deben gobernar los procedimientos de inmigración que involucren niños?**
 - Solicitamos que la Corte establezca que, en forma consistente con la Convención Americana, todos los Estados deben garantizar el derecho a la representación por parte de profesionales calificados, aumentar el acceso a este tipo de representación y ofrecerla gratuitamente para el caso de los niños inmigrantes no acompañados.
- **Pregunta 3: ¿De qué modo debe interpretarse el principio de que las medidas de privación de libertad deben ser medidas de último recurso en el contexto de procedimientos que impliquen niños inmigrantes no acompañados?**
 - Los Estados Unidos han aprobados varias leyes que han mejorado los servicios y la protecciones a la que pueden acceder los niños inmigrantes no acompañados. Sin embargo, estas leyes continúan siendo poco aplicadas y respetadas. Asimismo, la distinción entre lo que significa protección y detención no es clara. Por este motivo, solicitamos a la Corte que clarifique el significado de la detención, y que demande a los Estados a implementar plenamente las leyes existentes que puedan proteger a los niños inmigrantes no acompañados para

poder estar en cumplimiento con las obligaciones debidas ante los derechos de los niños inmigrantes.

- **Pregunta 4: ¿Bajo qué circunstancias es admisible privar a un niño inmigrante de libertad y cuáles son las alternativas adecuadas requeridas para la protección de los derechos del niño? Además, ¿Qué garantías de debido proceso deben ser ofrecidas a los niños inmigrantes durante los procedimientos en los que se decidan las medidas alternativas?**
 - Solicitamos que la Opinión Consultiva priorice la necesidad de que los niños inmigrantes, que requieren ser detenidos, sean detenidos en centros que tengan fácil acceso a servicios, tales como la asistencia legal, servicios sociales, asistencia médica física y psicológica, oportunidades educativas y acceso a las comunidades cercanas y a sus servicios.
 - Asimismo, solicitamos a la Corte que se refiera a los temas relacionados con el alojamiento de los niños en las fronteras que limitan el acceso a los servicios mencionados arriba.
 - Además, solicitamos a la Corte que establezca los estándares mínimos en conformidad con los cuales deben ser detenidos los niños.
- **Pregunta 5: ¿Cuales son las condiciones mínimas que deben satisfacer los centros en los que se coloque a los niños inmigrantes no acompañados?**
 - Específicamente, solicitamos a la Corte que destaque la importancia del uso de medidas alternativas a la privación de libertad para los niños inmigrantes, incluyendo la custodia por padres temporales y la reunificación con las familias.

- **Pregunta 6: ¿Cuales son las garantías de debido proceso que gobiernan los procedimientos de inmigración y de custodia de los niños inmigrantes?**
 - Solicitamos a la Corte que la Opinión fomente la mayor colaboración de la sociedad civil en asistir a los NINA con la asistencia legal y demás servicios a los cuales pueden no tener suficiente acceso.
 - Solicitamos también que la Opinión determine si las garantías de debido proceso se ven violadas por la negatoria de comparecer personalmente a las audiencias ante el juez y utilizar el sistema de videoconferencias.

Respetuosamente,

/S/ Regina Verret
REGINA VERRET
American University
Washington College of Law
4801 Massachusetts Ave., N.W.
Washington, DC 20016
202.274.4147

*Abogada Estudiante representando a las
Organizaciones WRC, NCRIC y KIND*

/S/ Anna Maitland
ANNA MAITLAND
American University
Washington College of Law
4801 Massachusetts Ave., N.W.
Washington, DC 20016
202.274.4147

*Abogada Estudiante representando a las
Organizaciones WRC, NCRIC y KIND*

/S/ Richard J. Wilson
PROF. RICHARD J. WILSON, SUPERVISOR
American University
Washington College of Law
4801 Massachusetts Ave., N.W.
Washington, DC 20016
202.274.4147

*Asesor Legal representando a las
Organizaciones WRC, NCRIC, and KIND*