

**LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DE LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS
RESPECTO DE NIÑOS Y NIÑAS MIGRANTES FRENTE A LA
POLÍTICA DE TRUMP**

María Isabel Huamani Chávez¹
Pontificia Universidad Católica del Perú
Categoría Estudiantes

Resumen

En la presente investigación, en primer lugar, se expone de manera breve la implementación de la política de *tolerancia cero* del gobierno del presidente Trump. Luego, se determinan las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos respecto de niños y niñas migrantes no acompañados de sus familias asumidas por Estados Unidos. De esta manera, se analiza si el Estado norteamericano vulnera sus obligaciones internacionales, a partir del contenido de la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* (Organización de Estados Americanos, 1948), y otros instrumentos internacionales vinculantes. Seguidamente, se brinda información sobre dos casos emblemáticos, los de la Sra. L y S. S., y el del Sr. Mario, en los estados federales de California y Texas respectivamente, para establecer la posible responsabilidad internacional. Por último, se ofrecerá recomendaciones con enfoque de derechos humanos para establecer una adecuada política migratoria.

En 2007, la oficina de Aduanas y Protección Fronteriza (CBP, por sus siglas en inglés) detuvo a 90,000 niñas y niños, en su mayoría del oeste americano de la frontera de los Estados Unidos (EE. UU.), según los datos de un informe de Women's Refugee Commission & Orrick, Herrington & Sutcliffe (2009). Ello es consecuencia, en parte, de la nueva política migratoria de *tolerancia cero* de la administración Trump. De esta manera, la mayoría de los niños y niñas son separados de sus familias, para así terminar como menores no acompañados en EE. UU. Como respuesta, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) emitió una medida cautelar el 20 de agosto de 2018, en la cual manifestaba que los derechos de los niños y niñas a la vida y la integridad familiar, y la identidad se podrían encontrar en situación de riesgo. Según la CIDH, existía un doble impacto generado por la pérdida del vínculo con la familia: por un lado, uno de carácter físico y, por otro, uno de carácter emocional y psicológico.

1 Estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

A continuación, en el primer apartado se realiza un análisis de las obligaciones internacionales relacionadas a la situación de niños y niñas migrantes, con respecto a la política migratoria de la administración Trump. Luego, en el segundo apartado se expone las obligaciones internacionales vinculantes a EE. UU. en materia de niños y niñas migrantes. Dichas obligaciones se encuentran divididas en principios y derechos. Además, se muestran dos casos emblemáticos que tuvieron lugar en los estados de California y Texas, para a partir de ello observar cómo el Estado norteamericano ha vulnerado sus obligaciones. Finalmente, en el tercer apartado se brindan recomendaciones generales con un enfoque de derechos humanos, con el objetivo de proteger ante todo el interés superior de los niños y niñas migrantes no acompañados de sus familias.

Las Obligaciones Internacionales, en Materia de Derechos Humanos, Asumidas por los Estados Unidos de América Acerca de Niños y Niñas Migrantes No Acompañados de sus Familias

El objetivo de este apartado es mostrar las normas internacionales incorporadas en el ordenamiento americano para luego determinar si es posible imputar responsabilidad internacional a EE. UU. por su violación.

Durante el desarrollo de este apartado se utilizarán los siguientes términos en el contexto de la migración internacional, tal como figuran en la *Opinión consultiva OC-21/14* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- A. Niña o niño no acompañado: niña o niño que está separado de ambos progenitores y otros parientes y no está al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad.
- B. Niña o niño separado: niña o niño separado de ambos progenitores o de sus tutores legales habituales, pero no necesariamente de otros parientes. Por tanto, puede encontrarse acompañado por otros miembros adultos de la familia.
- C. Estatus migratorio: situación jurídica en la que se encuentra un migrante, de conformidad con la normativa interna del Estado de acogida o receptor.
- D. Estado de acogida o Estado receptor: Estado al cual se moviliza la persona, sea de tránsito o de destino.
- E. Protección internacional: aquella protección que ofrece un Estado a una persona extranjera debido a que sus derechos humanos se ven amenazados o vulnerados en su país de nacionalidad o de residencia habitual, y en el cual no pudo obtener la protección debida por no ser accesible, disponible y/o efectiva. (2014, párr. 49)

El objeto puntual de la investigación son los niños y niñas no acompañados de sus padres en los estados federales de California y Texas, en EE. UU., el cual es el Estado receptor. Al respecto, se analizan las políticas migratorias de la administración Trump en el contexto de la protección internacional sobre la base de las obligaciones internacionales de derechos humanos asumidas por el Estado norteamericano.

Cabe mencionar que California y Texas han sido elegidos como los lugares geográficos de análisis porque, de acuerdo al Sistema Mundial de Procesamiento de Admisiones de Refugiados en el año 2017, los estados federales mencionados recibieron el 10 % (4,183) y 9 % (3,871) de casos respectivamente.

Así, se analizarán las obligaciones internacionales de derechos humanos, materializadas en

principios y derechos, e incorporadas en el ordenamiento interno estadounidense, para luego determinar la vulneración a estas y, de ahí, su posible responsabilidad internacional.

Obligación del Estado de respetar el principio de no discriminación e igualdad ante la ley

EE. UU. firmó el 30 de abril de 1948 y ratificó el 15 de junio de 1951 la *Carta de los Estados Americanos*. En el capítulo II de la misma se indica que “los Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana **sin hacer distinción** de raza, **nacionalidad** [énfasis añadido], credo o sexo” (art. 3, letra 1). A su vez, este país firmó el 5 de octubre de 1977 y ratificó el 8 de junio de 1992 el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, en el cual se indica lo siguiente:

Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, **origen nacional o social** [énfasis añadido], posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. (art. 24)

Por último, en la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* (en adelante *Declaración Americana*), se indica lo siguiente: “todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración **sin distinción** de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna [énfasis añadido]” (Organización de Estados Americanos [OEA], 1948, art. II).

En suma, estos instrumentos internacionales obligan a EE. UU. a dar cumplimiento al compromiso internacional de respetar la igualdad entre todos los seres humanos ante la ley, sin perjuicio de su nacionalidad.

Obligación del Estado de respetar el principio de no devolución (*non-refoulement*)

Por un lado, en la *Declaración Americana* se señala que “todo ser humano tiene derecho a la vida, a la **libertad y a la seguridad de su persona** [énfasis añadido]” (OEA, 1948, art. I). Asimismo, acerca de la detención arbitraria se indica que

nadie puede ser privado de su libertad [énfasis añadido] sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes. Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil. Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. **Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad** [énfasis añadido]. (OEA, 1948, art. XXV)

Por último, en la misma declaración se indica lo siguiente:

Toda persona tiene el **derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero** [énfasis añadido], en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales. (OEA, 1948, art. XXVII)

En suma, a partir de una interpretación sistemática de los tres artículos de la *Declaración Americana*, se desprende que existe un derecho al asilo que de manera implícita contiene el principio de no devolución. Sin embargo, incluso si esa interpretación no es válida, el princi-

pio de *non-refoulement* es una norma convencional y consuetudinaria del Derecho Internacional, y de obligatorio cumplimiento para EE. UU.

En primer lugar, se trata de una norma convencional, ya que EE. UU. es Estado parte del *Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados*, que indica que “los Estados Partes en el presente Protocolo se obligan a aplicar **los artículos 2 a 34 inclusive de la Convención** [énfasis añadido] a los refugiados que por el presente se definen” (art. 1.1). Así, cabe remitirse al artículo 33 de la *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*, que señala lo siguiente:

Artículo 33. -- Prohibición de expulsión y de devolución (“refoulement”)

1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, **poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas** [énfasis añadido].

2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país. (Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados [ACNUR], 1951)

En segundo lugar, es norma consuetudinaria regional, ya que en la *Declaración de los Estados Partes de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*, adoptada el 13 de diciembre de 2001, y en el *Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados*, del cual EE. UU. es Estado parte, se señala que se está “[a]ceptando la continua relevancia y adaptabilidad de este régimen internacional de derechos y principios, centrado en el principio de no devolución (*non-refoulement*) cuya aplicabilidad se inserta en el derecho consuetudinario internacional” (2001, párr. 4).

Así, las fuentes del principio de no devolución se encuentran en el *Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados* y en la *Declaración de los Estados Partes de la Convención*, así como en los artículos I, XXV y XXVII de la *Declaración Americana*. En suma, estos son instrumentos internacionales vinculantes para EE. UU. en cuanto al principio de *non-refoulement*.

Obligación del Estado de respetar el principio de no detención de niños y niñas

En la *Declaración Americana* se indica que “**nadie puede ser privado de su libertad** [énfasis añadido] sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes” (OEA, 1948, art. XXV). Asimismo, en *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas* se plantea el concepto amplio de *privación de libertad*, documento que en su disposición general señala lo siguiente:

No solo como la detención, encarcelamiento, institucionalización o custodia de una persona. . . ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad. . . sino también a las personas que estén bajo la responsabilidad de instituciones como. . . **centros para migrantes** [énfasis añadido], refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados. (CIDH, 2008, párr. 1)

Así, la privación de libertad en centros para migrantes, respecto a niños y niñas no acompañados, se justifica en tanto se respeten los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad. Por ello, en el documento antes citado se indica que “la privación de libertad de niños y niñas deberá aplicarse como último recurso, por el periodo mínimo necesario, y deberá limitarse a casos estrictamente excepcionales” (CIDH, 2008, principio III, núm. 1).

En conclusión, el principio de no detención de niños y niñas es de *ultima ratio*: su aplicación debe realizarse de manera excepcional, ya que el ser privado de libertad se encuentra amparado en el artículo XXV, párrafo 1 de la *Declaración Americana*, de vinculatoriedad obligatoria para EE. UU.

Obligación del Estado de respetar las garantías mínimas del debido proceso

En la *Declaración Americana* se señala lo siguiente:

Se presume que **todo acusado es inocente**, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene **derecho a ser oída en forma imparcial y pública**, a ser **juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes** [énfasis añadido] preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas. (OEA, 1948, art. XXVI)

Sumado a ello, la CIDH se manifestó al respecto en el *Informe n.º. 63/08* del caso 12.534, y en el artículo XXVI de la *Declaración Americana* se indica lo siguiente:

Negar a una alegada víctima la protección del artículo XXVI simplemente en virtud de la naturaleza de los **procedimientos de inmigración contradiría el objeto mismo de esta disposición y su propósito** [énfasis añadido] de examinar de cerca los procedimientos mediante los cuales se establecen los derechos, las libertades y el bienestar de las personas bajo la jurisdicción del Estado. (2008, párr. 83)

Por ello, es claro que los procedimientos de inmigración de los niños y niñas llevados a cabo en la frontera norteamericana deben respetar el derecho a ser oído, a ser juzgado por un tribunal conforme a ley y a no sufrir la imposición de penas crueles, como está tipificado en el artículo XXVI de la *Declaración Americana*, en concordancia práctica con el interés superior del niño. En otras palabras, las decisiones judiciales relativas a la entrada, permanencia, expulsión o detención de niños y niñas migrantes deben respetar los derechos mencionados evaluando, considerando y protegiendo de la manera más idónea el interés superior de la niña o el niño afectado.

Obligación del Estado de respetar el derecho vida familiar y protección de la unidad familiar

En la *Declaración Americana* se señala que “toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar” (OEA, 1948, art. V). Por ello, a la luz del derecho a la vida familiar y la aplicación del interés superior del niño, es posible interpretar que frente a una medida que restrinja la unidad familiar en el contexto migratorio se debe optar por medidas menos lesivas que preserven y mantengan el vínculo familiar. Es decir, lo anterior debe ocurrir sin imponer un sacrificio desproporcional de la privación de libertad de los miembros integrantes de la familia, como lo son los niños y niñas migrantes.

En conclusión, existen obligaciones internacionales vinculantes para EE. UU., las cuales se encuentran en la *Declaración Americana* y otros instrumentos internacionales. Por ello, dicho país debe respetar, garantizar y promover los principios de no discriminación e igualdad ante la ley, de no devolución, y de no detención de niños y niñas, así como las garantías mínimas del debido proceso, y el derecho a la vida familiar y la protección de la unidad familiar.

La Eventual Comisión de Actos Ilícitos Internacionales y la Posible Responsabilidad Internacional de Estados Unidos, en Materia de Derechos Humanos de los Niños y Niñas Migrantes No Acompañados de sus Familias

El objetivo de este apartado es mostrar la posibilidad de que se hayan cometido hechos ilícitos internacionales en los estados federales de California y Texas en el marco de la aplicación de la política migratoria de tolerancia cero. De ahí, se determinará la posible responsabilidad internacional de EE. UU. en materia de derechos humanos acerca de niños y niñas migrantes no acompañados de sus familias.

Cabe mencionar que se determinó analizar específicamente la situación en los estados federales de California y Texas debido a que es el ámbito geográfico del suroeste norteamericano el que más casos presenta. De acuerdo al Sistema Mundial de Procesamiento de Admisiones de Refugiados, en el año 2017 los estados federales mencionados recibieron el 10 % (4,183) y el 9 % (3,871) respectivamente, de la totalidad de solicitudes de asilo. Así, el 6 de abril de 2018, el procurador general del Departamento de Justicia de Estados Unidos (DOJ, por sus siglas en inglés²), Jeff Sessions, anunció la necesidad de una política de tolerancia cero respecto de los delitos de entradas incorrectas de extranjeros, debido a un aumento del 203 % en tales cruces de frontera desde marzo de 2017:

Quienes deseen desafiar el reto de la Administración Trump en torno a la seguridad pública, la seguridad nacional y el estado de derecho, les advierto: entrar ilegalmente en este país no será recompensado, sino que se enfrentará con todos los poderes fiscales de los estados.

Por ello, exhorto a todos los fiscales de los estados a que promuevan y hagan cumplir el Estado de Derecho dado que es vital para proteger a la nación, sus fronteras y sus ciudadanos. Ustedes juegan un rol fundamental para lograr estos objetivos y agradezco los esfuerzos continuos para garantizar nuestras leyes, así como nuestra nación, sean respetadas.³ (DOJ, 2018)

Desde dicha fecha hasta la actualidad, el DOJ y las demás instituciones federales de dicho país han desarrollado una política migratoria de tolerancia cero.

La eventual comisión de hechos ilícitos internacionales en el marco de la aplicación de la política migratoria de tolerancia cero de la administración Trump

El DOJ considera el cruce ilegal de fronteras como un delito menor (*misdemeanor*), lo cual implica que la condena correspondiente puede abarcar desde unos pocos días hasta seis meses. Dichas condenas se rigen por las cortes penales federales, de acuerdo al capítulo 18 §3559 del Código de los Estados Unidos (USC, por sus siglas en inglés⁴). Sin embargo, los niños y niñas que acompañan a sus padres en el cruce ilegal de fronteras son considerados *niños extranjeros no acompañados* por la legislación americana. Para ser categorizados así, se requiere que los niños y niñas sean menores de 18 años y no exista ninguna persona que pueda estar a su car-

2 Department of Justice

3 “To those who wish to challenge the Trump Administration’s commitment to public safety, national security, and the rule of law, I warn you: illegally entering this country will not be rewarded, but will instead be met with the full prosecutorial powers of the Department of Justice. To the Department’s prosecutors, I urge you: promoting and enforcing the rule of law is vital to protecting a nation, its borders, and its citizens. You play a critical part in fulfilling these goals, and I thank you for your continued efforts in seeing to it that our laws—and as a result, our nation—are respected.”

4 United States Code

go, de acuerdo al capítulo 6 §279(g)(2) del USC (2012). En consecuencia, son derivados al Departamento de Salud y Servicios Humanos (HHS, por sus siglas en inglés⁵) y/o a la Oficina de Reasentamiento de Refugiados (ORR, por sus siglas en inglés⁶).

Desde la implementación de la política de tolerancia cero en 2017, aproximadamente 3,000 menores han sido separados de sus padres. Casi 100 de estos niños y niñas tienen menos de 5 años de edad, de acuerdo a la declaración institucional emitida por el HHS el 13 de julio de 2018. A modo de ejemplo, se mostrarán dos casos emblemáticos que tuvieron lugar en los estados federales de California y Texas.

Estado federal de California: caso Sra. L y S. S.

A raíz de la demanda interpuesta por la Unión Americana para las Libertades Civiles (ACLU, por sus siglas en inglés⁷) en representación de la Sra. L en el caso Sra. L vs. Immigration and Customs Enforcement, Department of Homeland Security, Customs and Border Protection, Department of Health and Human Services, Office of Refugee Resettlement, Citizenship and Immigration Services, se dio a conocer este caso. En primer lugar, en la descripción de los hechos se indicó que la Sra. L y su hija S. S., de 39 y 7 años respectivamente, son de la República Democrática del Congo. Ambas se dirigían hacia EE. UU. a solicitar asilo. El 1 de noviembre de 2017, se presentaron en el puerto de San Ysidro en California. Al exponer su situación ante las autoridades, en su idioma natal lingala y en mucha menor medida en inglés, se procedió a realizar la entrevista inicial de *miedo certero*, conforme el proceso preestablecido. Sin embargo, la Sra. L estuvo retenida por cuatro meses en la mesa de detención de Otay en San Diego, y luego fue separada de su menor hija. Cabe mencionar que, al ser el miedo certero cierto, lo adecuado habría sido que fuese liberada bajo libertad condicional.

Así, el 5 de noviembre de 2017 se separó a la Sra. L de su hija, S. S., ya que esta última fue enviada a una casa de refugio administrada por la ORR en Chicago, más de 3,400 kilómetros al noreste. Durante el tiempo de separación, la Sra. L conversó vía telefónica con S. S. solo seis veces.

Debido a esta situación, ACLU asumió el patrocinio del caso, alegando la vulneración de los siguientes derechos:

1.-Violación del debido proceso

A la luz de la quinta enmienda al USC. Esta cláusula es de aplicación para todas las personas en el territorio americano, por lo que la Sra. L y su hija S.S. caben en el supuesto. Asimismo, no existe algún propósito legítimo de parte de las autoridades administrativas para la separación de ambas, dado que no existe evidencia de que la Sra. L haya actuado en contra del mejor interés hacia su hija, S.S. También, se indica que la separación violó el debido proceso en tanto que se realizó sin ninguna audiencia.

2.- Violación de la situación de asilo

A la luz del capítulo VIII §1158 del USC, acerca de que los no ciudadanos que presenten un temor fundado de persecución tienen la posibilidad de obtener el asilo. Si bien pasó el examen previo, ello solo era la fase previa para presentar formalmente su asilo, por lo que con la separación se impidió esa facultad.

5 Department of Health and Human Services

6 Office of Refugee Resettlement

7 American Civil Liberties Union

3.- Violación de la Ley de Procedimiento Administrativo

En tanto que ha sido arbitrario y caprichoso a la luz del capítulo V §706 del USC. La defensa técnica indica que la separación ha sido sin justificación, de manera arbitraria y caprichosa de parte de las autoridades del Servicio de Inmigración y Control de Aduanas También porque no siguió la directiva establecida emitida por la ICE. Esta directiva que autoriza la libertad condicional de la Sra. L., por lo que infringe el USC §706 en el capítulo V. No se ha proporcionado ninguna justificación de parte de la oficina de San Diego, por lo que de haber dado la libertad condicional a la Sra. L, en consecuencia, su hija S.S. también habría sido liberada. (2018, párrs. 60-75)

Estado federal de Texas

A raíz de la demanda interpuesta por el Proyecto de Derechos Civiles de Texas en representación del Sr. Mario Pérez Domingo vs. United States Customs and Border Protection, Immigration and Customs Enforcement, se dio a conocer el caso que se relata a continuación. El Sr. Mario Pérez Domingo y su hija de dos años son de Guatemala. El 5 de julio de 2018 arribaron a tierras estadounidenses, por lo que fueron intervenidos por United States Customs and Border Protection en el sur de Texas. Dos días después, el Sr. Pérez fue enviado al DOJ para llevar a cabo su proceso penal por la entrada ilegal. Al mismo tiempo, fue separado de su hija de dos años luego de que el DOJ cuestione si el Sr. Pérez era el padre. A pesar de que el Sr. Pérez contaba con una copia del certificado de nacimiento, se alegó que esta no era auténtica. Finalmente, la menor de edad fue transferida a custodia de la ORR (Texas Civil Rights Project, 2018).

Así, la organización Proyecto de Derechos Civiles de Texas asumió el patrocinio del caso. En consecuencia, se confirmó la autenticidad de la partida de nacimiento a través del Consulado de Guatemala. La organización argumenta que no se han respetado las órdenes ejecutivas del presidente Donald Trump del 20 de junio de 2018. Estas indican, en la sección 3 de la “Política de Detención Temporal para Familias que Ingresan Ilegalmente”, que el secretario (del Department of Homeland Security) no debe detener a una familia extranjera cuando exista la preocupación de que la detención de un niño extranjero con el padre extranjero del niño suponga un riesgo para el bienestar del primero (Trump, 2018)⁸. Asimismo, la Oficina de Aduanas y Protección de Fronteras de EE. UU. indicó, a través de una declaración de CBP de 21 de junio de 2018, aludiendo a la orden del presidente Trump, que se mantendrá la unidad familiar de las familias detenidas que crucen la frontera ilegalmente y se les transferirá a las oficinas del ICE (CBP, 2018, párr. 1)⁹.

En suma, tanto los casos de la Sra. L y S. S., como el del Sr. Mario configuran hechos ilícitos internacionales en los que no solo se ha vulnerado normas internas federales de los estados de California y Texas respectivamente, sino también las normas internacionales que se detallan en el siguiente apartado.

8 “The Secretary [of the DHS] shall not, however, detain an alien family together when there is a concern that detention of an alien child with the child’s alien parent would pose a risk to the child’s welfare” (Trump, 2018, sec. 3).

9 “Family unity will be maintained for families apprehended crossing the border illegally, and they will be transferred together to U.S. Immigration and Customs Enforcement” (CBP, 2018).

Posible responsabilidad internacional de EE. UU. en materia de derechos humanos de niños y niñas migrantes no acompañados de sus familias

En el *Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Reglamento CIDH)* se indica lo siguiente:

La Comisión recibirá y examinará la petición que contenga una denuncia sobre presuntas violaciones de los derechos humanos consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre con relación a los Estados miembros de la Organización que **no sean partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos** [énfasis añadido]. (CIDH, 2013, cap. III, art. 51)

EE. UU. no es Estado parte de la *Convención Americana de Derechos Humanos*, por lo que se puede realizar una petición que contenga una denuncia sobre la vulneración de distintos artículos de la *Declaración Americana*. Dicha petición se puede realizar en el marco de la implementación de la política migratoria de tolerancia cero. En ese sentido, el comisionado Luis Ernesto Vargas declaró lo siguiente en un comunicado de prensa:

Si bien los Estados tienen derecho a establecer sus políticas de inmigración; las políticas, leyes y prácticas implementadas en materia de migración deben respetar y garantizar los derechos humanos de todos los migrantes, que son derechos y libertades que se derivan de la dignidad humana. (CIDH, 2018, párr. 7)

Por lo tanto, la presente política migratoria no está exenta de respetar y garantizar los derechos de los migrantes, más aún en el caso de niños y niñas, por su condición de vulnerabilidad. Así, la petición dirigida a la CIDH deberá contener los distintos casos de los denunciantes, ya sea mediante sus representantes legales o una entidad no gubernamental. En ella se indicará los hechos sucedidos así se hayan dado en el estado federal de California, Texas u otros estados.

Asimismo, se debe identificar las violaciones a la *Declaración Americana* y otros instrumentos aplicables, tal como lo permite el artículo 27 del capítulo II del *Reglamento CIDH*. En las siguientes secciones se señala cuáles son las violaciones de derechos humanos en materia de niños y niñas migrantes.

Violación del principio de no discriminación e igualdad ante la ley. Dicho principio se encuentra tipificado en el artículo 24 del PICP y en el artículo II de la *Declaración Americana*. Cabe mencionar que la legislación americana considera a los niños y niñas migrantes *niños extranjeros no acompañados*, lo cual está regulado en el capítulo 6 §279(g) (2) de la USC. A partir de ese estatus migratorio, cada niño y niña tiene el derecho de obtener las medidas de protección que le corresponden en su condición de menor de edad, sin discriminación de su nacionalidad, más aún en su situación de vulnerabilidad. En consecuencia, EE. UU. debe cumplir su obligación de respetar la igualdad de las personas ante la ley sin distinción de nacionalidad, tal como indican los instrumentos internacionales vinculantes ya mencionados.

Violación del principio de no detención de niños y niñas. Dicho principio se encuentra tipificado en el artículo 25 de la *Declaración Americana*, en tanto que nadie puede ser privado de su libertad. Se debe resaltar que los niños y niñas están custodiadas en la Oficina de Reubicación de Refugiados (ORR). Asimismo, es un estándar internacional que la privación de libertad proceda siempre y cuando respete los principios de legalidad, de necesidad y de

proporcionalidad. Por lo tanto, el delito tipificado, el cruce ilegal de fronteras de acuerdo al capítulo 18 §3559 del USC, no es aplicable a los menores en tanto que estos tengan menos de 18 años y ninguna persona esté a su cargo, como indica el capítulo 6 §279(g)(2) de la USC.

Con respecto al principio de necesidad, existe una medida menos gravosa: mantenerlos con sus padres o familiares en los lugares de retención, ya que detenerlos atenta contra el principio superior del niño y el de la vida familiar. Por último, la detención es una medida desproporcional que implica perjuicios, ya que no existe una ponderación entre el fin de la política de tolerancia cero, y los derechos afectados de los niños y niñas migrantes.

Violación del respetar las garantías mínimas del proceso. Dicha indicación está tipificada en el artículo XXVI de la *Declaración Americana*, debido a que en muchos casos se vulneró el derecho a ser oído y no se realizaron audiencias en las cortes federales. Por un lado, la vía competente ha sido la administrativa, mediante las autoridades de la ICE o el Departamento de Seguridad Nacional de los EE. UU. (DHS, por sus siglas en inglés¹⁰). Por otro lado, estas instituciones han actuado de manera arbitraria al considerar que los familiares que acompañaban a los menores representaban un riesgo cuando, más bien, son un soporte emocional, físico y logístico. Finalmente, ello contraviene el capítulo V §706 de la USC. En consecuencia, la separación en el contexto del proceso de inmigración generaba un escenario de lesión de derechos del debido proceso.

Violación del derecho vida familiar y protección de la unidad familiar. Dicho derecho está indicado en el artículo V de la *Declaración Americana* en tanto que la familia y los miembros de la misma deben ser protegidos, sobre todo considerando el interés superior del niño.

Por último, luego de la petición que contiene la denuncia de vulneración de los derechos mencionados, la CIDH puede emitir un informe preliminar, tal como se indica en el artículo 44 del *Reglamento CIDH* (CIDH, 2018). En consecuencia, EE. UU. deberá informar sobre las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones. En caso de que no se cumplan dichas recomendaciones, es posible la emisión de un informe definitivo que contenga las conclusiones y recomendaciones finales, tal como se señala en el artículo 47 del *Reglamento CIDH* (CIDH, 2013).

Mediante el presente apartado se ha conseguido mostrar la comisión de hechos ilícitos internacionales en el caso de la Sra. L y S. S. en el estado federal de California, y en el caso del Sr. Mario en el estado federal de Texas, en tanto que se ha vulnerado los principios y derechos recogidos en la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* (OEA, 1948) y en otros instrumentos de derecho internacional. Esa es la causa de la responsabilidad internacional.

Recomendaciones para la Administración Trump Respecto a Niños y Niñas Migrantes Separadas de sus Familias en Estados Unidos

De acuerdo al documento *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas* (CIDH, 2008), existen lineamientos generales que protegen de manera especial a los niños y niñas: por un lado, promueve la igualdad y la no discriminación, la libertad personal, la salud, el albergue, las adecuadas condiciones de higiene, educación y actividades culturales; y, por otro lado, restringe el trabajo infantil y las medidas de aislamiento.

10 Department of Homeland Security

En ese sentido, las instituciones norteamericanas deben asumir el rol de materializar esos lineamientos generales ya sea directa o indirectamente. Así, la ORR elaboró un documento denominado *Guía ORR: Niños sin Compañía que Ingresan a los Estados Unidos* (2015). Esta guía contiene diferentes políticas que tienen el objetivo de preservar el interés superior del niño.

Por ejemplo, en la primera sección es importante notar que existe una categorización para decidir dónde se coloca a los niños y niñas; entre los factores que se toman en cuenta se encuentran los siguientes: hermanos en custodia de ORR, género, victimización sexual previa. En la segunda sección, referida a los patrocinadores, se indica una serie de requisitos, como el récord criminal otorgado por el FBI y el DHS, el registro de ofensas sexuales, el estado migratorio, y el registro de abuso o negligencias infantiles. En la tercera parte, se desarrolla el tema de educación, cultura, y salud de los niños y niñas migrantes.

Cabe resaltar una subsección dedicada al delito de trata de niños y niñas, la cual versa sobre cualquier acción en la que el niño haya sido reclutado, alojado, transportado, proporcionado, obtenido, patrocinado o solicitado para un propósito sexual comercial. Así, en la *Guía ORR* se delimitan las siguientes medidas de seguridad en aras de proteger a la víctima (es decir, al niño o niña migrante):

Verificación cuidadosa de todas las relaciones familiares y de patrocinadores para detectar a los traficantes que pueden intentar coaccionar o amenazar a un niño.

Apoyar a los niños extranjeros no acompañados de una manera apropiada para su edad para identificar relaciones sanas y para comprender las tácticas comunes de reclutamiento y engaño utilizadas por los traficantes.

Implementar medidas de seguridad adicionales, como una mayor supervisión del personal o entrevistas en profundidad basadas en el trauma durante el proceso de planificación. (2015, num. 3.3.3.3)

Respecto a la educación, el personal de la ORR debe realizar una evaluación previa a cada niño o niña no acompañado. Luego de ello, se impartirá clases de un mínimo de seis horas diarias en las diferentes áreas de ciencias sociales, ciencias naturales, escritura y matemática. Se resaltan los servicios educativos vocacionales con miras a la preparación para la vida adulta.

Asimismo, la guía contiene un subcapítulo dedicado a aquellos menores extranjeros no acompañados que son parte de la comunidad LGTBIQ, donde se indica que estos deben ser tratados con la misma dignidad, y que la privacidad y confidencialidad con respecto a su orientación sexual será mantenida. Por último, en la sección cuarta se desarrolla el tema de la prevención, detección y respuesta al abuso y acoso sexual.

En suma, la *Guía ORR* sí ofrece herramientas y procedimientos para un adecuado reasentamiento de niños y niñas no acompañados de su familia. Así se respeta el principio de no discriminación, albergue, salud, higiene, educación y actividades culturales; y, por otro lado, se restringe el trabajo infantil y las medidas de aislamiento. Sin embargo, esta guía se aplica en el caso de los niños y niñas que ya se encuentran separados de sus familias, cuando en realidad lo que debe evitarse es dicha separación.

Por ello, se presentan en los siguientes apartados recomendaciones que tienen como objetivo evitar la separación familiar. Esto se debe a que dicha separación vulnera los principios de no discriminación e igualdad ante la ley, de no devolución, de no detención de niños y niñas, de garantías mínimas del debido proceso y de derecho a la vida familiar.

Acceso a la representación legal durante la detención

Según el *Anuario Estadístico* del DOJ (2008), el 16 % de los inmigrantes que estuvo involucrado en procesos con el DOJ contó con representación; según Constitution Project, el 3 % de los solicitantes de asilo tuvo éxito en su pretensión. Ahora bien, el acceso a la representación legal es complejo, dado que la cantidad de abogados disponibles para patrocinar cada caso no es suficiente. Frente a ello, la CIDH realizó un *Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso* (2010), el cual, entre otros temas, tocó el aspecto de la representación legal, respecto a la cual EE. UU. indicó lo siguiente:

Para aquellas personas que no pueden obtener representación, **los Estándares Nacionales de Detención de ICE y el PBNDS de 2008 requieren que las instalaciones de detención de la agencia aseguren que el extranjero tenga acceso a los tribunales de inmigración, a representación legal** [énfasis añadido] (donde sea posible y sin costo para el Estado), y materiales legales completos. Conforme a los requerimientos de estos estándares, los extranjeros detenidos bajo custodia del ICE —más allá de su ubicación geográfica— deben contar con acceso a bibliotecas legales, nombres e información de contacto de abogados que trabajan pro bono, acceso confidencial a los abogados, y acceso a bases de datos computarizadas, entre otras fuentes de información. (CIDH, 2010, párr. 382)

En consecuencia, el Estado americano cumple al ofrecer información sobre servicios legales y orientación legal a los inmigrantes. Sin embargo, debe darle prioridad a las familias, sobre todo a quienes viajen con niños y niñas.

Asimismo, es valioso el Programa de Orientación Legal, el cual puede beneficiar a inmigrantes mediante las campañas que ofrece (DHS, 2018, párr. 2). Debido a que brinda respuestas a inquietudes individuales acerca de los casos, talleres grupales y referencias a abogados *pro bono* (CIDH, 2010, párr. 328), es necesario que el programa siga en funcionamiento.

Evitar el traslado entre centros de detención de distintos estados federales

En el informe de Human Rights Watch de 2009, la mayor cantidad de traslados ocurre hacia Luisiana y Texas, donde existen bajas tasas de abogados de inmigración. Aunque se puede seguir ejerciendo la representación en estos casos, ello puede afectar la defensa efectiva de un patrocinado. También, cabe mencionar que el derecho migratorio puede variar en cada estado federal, por lo que la CIDH indicó, en el caso *Rosendo-Ramirez vs. Immigration and Naturalization Service*, lo siguiente:

Si bien el sistema de las cortes administrativas de inmigración busca una aplicación uniforme del derecho migratorio estadounidense, cada circuito federal ha desarrollado su propia jurisprudencia. A pesar de que la BIA pretenda la interpretación uniforme de las leyes de inmigración a nivel nacional, se considera a sí misma sometida por la ley del circuito en donde tuvieron lugar los procedimientos administrativos. (1994, párr. 16)

En ese sentido, resulta evidente la necesidad de una política de transferencia entre estados federales que marque los lineamientos generales, y ponga énfasis en las familias migrantes y el interés superior del niño.

Procesos alternativos de reasentamiento en un tercer país

Si una familia migrante integrada, entre otros, por niños y/o niñas decide reasentarse en un tercer país, entonces deben existir los mecanismos necesarios para que ello ocurra. Es decir,

se debe respetar la voluntad de la familia, brindar la información adecuada, y determinar que la decisión sea tomada en concordancia con el interés superior del niño. Así, en la *Declaración de Buenas Prácticas* (2009) se indica que se deben tener en cuenta los siguientes lineamientos:

Letra D 15.3: Valoración detallada sobre si es seguro el retorno del menor a su país de origen, al país de traslado o reasentamiento, teniendo en cuenta los riesgos de persecución, de verse envuelto en conflictos armados, en violencia y abusos o el peligro de ser explotado.
Letra D 15.3: Evaluación social detallada de la situación familiar en el país de origen o en los países propuestos para el reasentamiento o traslado. Los padres o los cuidadores deberán probar su identidad y será necesario investigar la buena voluntad y capacidad de la familia del niño o niña (padres u otros miembros de la familia) u otros cuidadores para proporcionar un cuidado adecuado. (ACNUR, 2009, pp. 44-45)

Es importante notar que incluso si el Estado puede ofrecer la opción alternativa de reasentamiento en un tercer país, esto no implica la devolución inmediata del niño o niña. El principio de no devolución es una obligación vinculante para el Estado norteamericano, la cual se desprende de los artículos I, XXV y XXVII de la *Declaración Americana* (OEA, 1948).

En suma, en este apartado se han planteado algunas recomendaciones generales con enfoque de derechos humanos, como ofrecer acceso a la representación legal durante la detención, evitar el traslado entre centros de detención de distintos estados federales y aplicar procesos alternativos de reasentamiento en un tercer país. Asimismo, entre los instrumentos actualmente disponibles, resalta la *Guía ORR* de EE. UU., la cual contiene una política acorde al interés superior del niño.

Conclusiones

El 6 de abril de 2018, el procurador general del DOJ anunció la necesidad de una política de tolerancia cero respecto de los delitos de entrada incorrecta de un extranjero a los EE. UU. Como consecuencia ello, varios niños y niñas migrantes fueron separados de sus familias tras su detención. Sin embargo, existen obligaciones internacionales vinculantes para los EE. UU., reunidas en la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* (OEA, 1948), que implican que el Estado norteamericano debe respetar, garantizar y promover los principios de no discriminación e igualdad ante la ley, de no devolución, y de no detención de niños y niñas, así como dar las garantías mínimas del debido proceso, y respetar el derecho a la vida familiar y la protección de la unidad familiar.

Como se describió en el presente texto, en los casos emblemáticos de la Sra. L y S. S. en el estado federal de California, y el caso del Sr. Mario en el estado federal de Texas, se han cometido actos ilícitos internacionales. Se vulneraron los principios y derechos recogidos en la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* (OEA, 1948), de lo cual se sigue la responsabilidad internacional.

Como resultado de un análisis enfocado en derechos humanos, se han planteado en el presente texto diversas recomendaciones: el acceso a la representación legal durante la detención, la disminución de traslado entre centros de detención de distintos estados federales y la aplicación de procesos alternativos de reasentamiento en un tercer país. Cabe resaltar que la *Guía ORR* de EE. UU., actualmente vigente, contiene una adecuada política respecto de los niños y niñas refugiados, acorde al interés superior del niño; por ejemplo, está el enfoque de género que emplea en el caso de los niños LGTBQI.

Como conclusión general, se ha presentado un análisis de la política migratoria de la administración Trump respecto a la situación de niños y niñas migrantes. Dicho análisis se encuentra enfocado en dos casos, que tuvieron lugar en los estados de California y Texas. Como resultado del análisis de los casos expuestos, puede inferirse que la separación familiar vulnera los derechos de los niños y niñas migrantes. Por ello, resulta necesaria la aplicación de políticas públicas con enfoque de derechos migrantes, con el objetivo de garantizar el interés superior del niño migrante en EE. UU.

REFERENCIAS

- Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados. (1951, 28 de julio). *Convención sobre el estatuto de los refugiados*. Recuperado de <https://www.acnur.org/la-convencion-de-1951.html>
- Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2009). *Declaración de buenas prácticas* (4ta ed.). Recuperado de <https://www.refworld.org/es/pdfid/4ccac66b2.pdf>
- American Civil Liberties Union. (2019). *Immigrants' Rights Project*. Recuperado de <https://www.aclu.org/issues/immigrants-rights>
- American Civil Liberties Union. (2018, 26 de febrero). *Ms. L. vs. ICE, DHS, CBP, USCIS, HHS, ORR, and others*. California: American Civil Liberties Union.
- Civil Rights Litigation Clearinghouse. (2019). *Case profile: Ms. L. vs. U. S. Immigration and Customs Enforcement*. Recuperado de <https://www.clearinghouse.net/detail.php?id=16620>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2008, 13 de marzo). *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2010). *Informe sobre inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso*. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/Migrantes2011.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2014, 19 de agosto). *Opinión consultiva OC-21/14 - Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Recuperado de <https://www.acnur.org/5b6ca2644.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015, 31 de diciembre). *Movilidad humana: estándares interamericanos*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidadhumana.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/ReglamentoCIDH2013.pdf>

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2018, 18 de junio). *CIDH expresa preocupación por las recientes políticas y medidas de migración y asilo de Estados Unidos*. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/130.asp>
- Congressional Research Service. (2019, 26 de febrero). *The Trump administration's "zero tolerance" immigration enforcement policy*. Recuperado de <https://fas.org/sgp/crs/homsec/R45266.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009, 28 de noviembre). *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_esp.pdf
- Department of Justice, Office of Public Affairs. (2018, 6 de abril). Attorney general announces zero-tolerance policy for criminal illegal entry. *Justice News*. Recuperado de <https://www.justice.gov/opa/pr/attorney-general-announces-zero-tolerance-policy-criminal-illegal-entry>
- Department of Justice. (2008, mayo). *Legal orientation program: Evaluation and performance and outcome*. Nueva York: Vera Institute of Justice. Recuperado de <https://www.justice.gov/sites/default/files/eoir/legacy/2008/05/15/LOPEvaluation-final.pdf>
- Department of Justice. (2009, marzo). *FY 2008 statistical year book*. Leesburg Pike: Autor. Recuperado de <https://www.justice.gov/sites/default/files/eoir/legacy/2009/03/27/fy08syb.pdf>
- Department of Justice. (2018, 6 de abril). Attorney General announces zero-tolerance policy for criminal illegal entry. *Justice News*. Recuperado de <https://www.justice.gov/opa/pr/attorney-general-announces-zero-tolerance-policy-criminal-illegal-entry>
- Human Rights Watch. (2009, 2 de diciembre). *Encerrados a distancias lejanas: el traslado de inmigrantes a centros de detención remotos en Estados Unidos*. Recuperado de <https://www.hrw.org/report/2009/12/02/locked-far-away/transfer-immigrants-remote-detention-centers-united-states>
- Office of Refugee Resettlement. (2015, 30 de enero). *Children entering the United States unaccompanied*. Recuperado de <https://www.acf.hhs.gov/orr/resource/children-entering-the-united-states-unaccompanied>
- Organización de Estados Americanos. (1948). *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>
- Organización de Estados Americanos. (1948, 30 de abril). *Carta de la Organización de los Estados Americanos*. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes_manual_formacion_lideres_anexos.pdf

- Organización de las Naciones Unidas. (1966, 16 de diciembre). Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- Pinheiro, P. S. (2006). *Informe del experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños, de las Naciones Unidas*. Nueva York: Organización de las Naciones Unidas.
- Texas Court Of Appeals, Third District at Austin. (2001, 6 de diciembre). *Rosendo Jaimes Martinez vs. The State of Texas*.
- Texas Civil Rights Project. (2018, 13 de julio). *Letter from Texas Civil Rights Project to U.S. Customs and Border Protection and U.S. Immigration and Customs Enforcement*. Texas: Texas Civil Rights Project.
- Texas Civil Rights Project. (2018, 4 de agosto). *Texas Civil Rights Project announces reunification of father who was separated from his daughter in violation of family separation injunction*. Recuperado de <https://texascivilrightsproject.org/update-texas-civil-rights-project-announces-reunification-of-father-who-was-separated-from-his-daughter-in-violation-of-family-separation-injunction/>
- The Constitution Project. (2009). *Recommendations for reforming our immigration detention system and promoting access to counsel in immigration proceedings*. Washington: The Constitution Project.
- United States Citizenship and Immigration Services. (1952). *Immigration and nationality act*. Recuperado de <https://www.uscis.gov/legal-resources/immigration-and-nationality-act>
- United States Customs and Border Protection. (2018). *BP's statement on implementing the President's executive order affording Congress the opportunity to address family separation*. Recuperado de <https://www.cbp.gov/newsroom/speeches-and-statements/cbps-statement-implementing-presidents-executive-order-affording>
- Women's Refugee Commission, & Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP. (2009, febrero). *Halfway home: Unaccompanied children in immigration custody*. Nueva York: Women's Refugee Commission. Recuperado de <https://www.refworld.org/pdfid/498c41bf2.pdf>