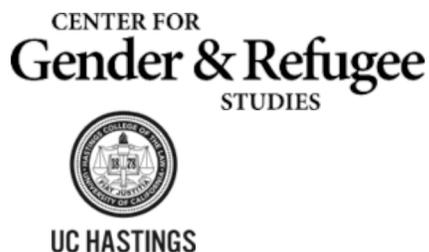


Niñez y migración en Centro y Norte América: causas, políticas, prácticas y desafíos

febrero de 2015



Capítulo 10 Recursos de inmigración y derechos procesales de los niños, niñas, y adolescentes migrantes

Karen Musalo, Lisa Frydman, y Misha Seay
Centro de Estudios sobre Género y Refugiados
Facultad de Derecho de la Universidad de California Hastings

Este capítulo es traducido de la versión original en Inglés.

I. Introducción

El eje fundamental de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) es que el interés superior del niño será una consideración primordial en todas las medidas y decisiones que afecten a los niños. El interés superior del niño también es un principio fundamental del sistema de bienestar y las leyes estatales sobre la infancia de Estados Unidos. Sin embargo, Estados Unidos no ha extendido formalmente la aplicación de este criterio a los niños en el sistema de inmigración. La falta de un principio vinculante sobre el interés superior del niño en las leyes de inmigración de Estados Unidos perjudica a los niños en todos los aspectos legales. Este capítulo se concentra en dos de estos aspectos: (1) los tipos de beneficios a disposición de los niños y (2) los procedimientos existentes para los niños en el sistema de inmigración de Estados Unidos. En ambos casos no se satisfacen las normas internacionales ni las obligaciones morales de tratar a cada niño como si fuera nuestro hijo.

En el capítulo se examinan las diversas alternativas para regularizar la situación migratoria de los niños que migran a Estados Unidos. Se describen los considerables obstáculos sustantivos y procesales a los que se enfrentan especialmente los niños centroamericanos y mexicanos para regularizar su situación. Para empezar, los niños no pueden acceder a la mayoría de los recursos migratorios a su disposición hasta que no llegan a la frontera o entran en Estados Unidos, lo que constituye un obstáculo importante teniendo en cuenta sus dificultades para obtener una visa válida y los peligros del trayecto de migración para los que intentan entrar sin visa. Incluso cuando logran llegar a la frontera de Estados Unidos y puede solicitar beneficios, y las autoridades competentes aplican correctamente las normas legales, muchos niños siguen desprotegidos. Casi todos los tipos de beneficios migratorios—a excepción de la condición especial para inmigrantes menores de edad (Special Immigrant Juvenile Status o SIJS)—no incorporan, o ni siquiera tienen en cuenta, el interés superior del niño a la hora de decidir si se concede dicho beneficio, en contravención de las normas internacionales. Es más, una deficiencia importante del sistema de inmigración es la falta de abogados y tutores designados para los niños. Tanto los activistas como los académicos han reclamado nuevos recursos de inmigración para los niños y la mejora de procedimientos basados en el principio de la CDN del interés superior del niño.¹ Este capítulo contribuye a dicho

¹ Véase Center for Gender & Refugee Studies y Kids In Need of Defense (febrero de 2014). Un camino arriesgado: Niños, niñas y adolescentes migrantes navegando el sistema de inmigración de los Estados Unidos. Disponible en <http://cgrs.uchastings.edu/our-work/treacherous-journey> (en adelante “Un camino arriesgado”); ACNUR (marzo de 2014). Niños en fuga: Niños no acompañados que huyen de América Central y México y la necesidad de protección internacional. Disponible en <http://unhcrwashington.org/children> (en adelante “Niños en fuga”); Appleseed, Cavendish, B. y Cortazar, M. (2011). Children at the Border: The Screening, Protection and Repatriation of Unaccompanied Mexican Minors. Disponible en <http://appleseednetwork.org/wp-content/uploads/2012/05/Children->

debate y concluye con recomendaciones acerca de la manera en que Estados Unidos puede y debe proteger mejor a los niños migrantes de América Central y México, que buscan seguridad y estabilidad dentro de sus fronteras.

II. Opciones limitadas de inmigración para los niños centroamericanos y mexicanos que se encuentran fuera de Estados Unidos

Los niños centroamericanos y mexicanos huyen de sus países de origen por una serie de razones, como la violencia en el hogar—en forma de abuso infantil e incesto—o la violencia a manos de las organizaciones criminales. Los niños también intentan reunirse con progenitores en Estados Unidos y escapar de la profunda pobreza estructural que azota a sus países de origen y acarrea exclusión social y falta de oportunidades básicas, como la educación.² Un número creciente de niños (y adultos) migrantes de América Central migran hacia el sur a otros países de la región y América del Sur; no obstante, un gran número de ellos también migra hacia el norte a México y Estados Unidos.³

Los niños que huyen de una situación intolerable y buscan protección en Estados Unidos tienen pocas alternativas para ingresar al país por medios reglamentarios. La mayoría de los tipos de beneficios migratorios exigen que los niños lleguen a la frontera o entren en Estados Unidos antes de solicitar protección. Los niños tienen muy pocas probabilidades de obtener un visado, por lo que se ven forzados a viajar de manera irregular. Como consecuencia de las dificultades y los peligros que sufren los niños en el trayecto migratorio, así como los intentos recientes de los países del Triángulo Norte de impedir que los niños y otros migrantes salgan de América Central o viajen a través de México, solo una fracción de los niños migrantes que necesitan protección logran llegar a Estados Unidos y solicitar beneficios.⁴

A. Dificultades para obtener visas temporales o de residencia permanente en Estados Unidos

Los niños centroamericanos y mexicanos tienen muy pocas alternativas para viajar legalmente a Estados Unidos, ya sea de manera temporal o permanente. Se pueden solicitar visas temporales de turista, estudiante o basadas en el empleo, pero los niños—especialmente los que han sido dejados

[At-The-Border1.pdf](#); Women's Refugee Commission (octubre de 2012). Obligados a partir: Los niños perdidos de Centroamérica. Disponible en <http://womensrefugeecommission.org/forced-from-home-press-kit>.

² Véanse los capítulos 2-7 para un análisis en profundidad de las causas fundamentales de la migración en Honduras, El Salvador, Guatemala y México; el capítulo 11 para un análisis de la importancia de la reunificación familiar para atender las necesidades de los niños; y el capítulo 1 para una descripción de las razones fundamentales por las que los niños centroamericanos y mexicanos deciden migrar a Estados Unidos, como señaló el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

³ Niños en fuga, p. 15 (el informe también menciona un aumento del 435% en el número de guatemaltecos, salvadoreños y hondureños que solicitan asilo en otros países de la región).

⁴ No se dispone de estadísticas acerca del número de niños a los que las autoridades nacionales impiden salir de sus países. La restricción de la libertad de movimiento y del derecho a migrar dentro de los países de origen es una práctica relativamente nueva. Las tasas de deportación de niños migrantes desde México son de dominio público y alarmante. En 2011, México deportó al 70% de los 4.160 niños migrantes centroamericanos que aprehendió (2.915 niños). En 2012, México deportó al 98% de los 6.107 niños migrantes centroamericanos que aprehendió (5.966 niños). En 2013, México deportó al 84% de los 9.893 niños centroamericanos aprehendidos (8.350 niños) y, en lo que va de 2014, al 78% de los 19.000 niños centroamericanos aprehendidos (15.000 niños). Véase el gráfico 4 del capítulo 6 sobre el sur de México; y el capítulo 6 en general para obtener más información sobre estas prácticas.

atrás por sus padres y viven en situaciones inestables—tienen pocas posibilidades de reunir las condiciones necesarias para ellas. Por ejemplo, para poder obtener una visa de turista, una persona tiene que demostrar que va a visitar Estados Unidos durante un período limitado, en un viaje de placer y cuenta con los medios financieros para regresar a su país de origen.⁵ Muy pocos o ninguno de los niños pueden cumplir estos criterios, especialmente si no cuentan con la ayuda de sus padres o familiares, o si proceden de una familia pobre, aunque tengan apoyo parental.⁶

La manera más habitual en que los niños centroamericanos y mexicanos entran y se quedan permanentemente en Estados Unidos a través de canales regulares es el sistema de inmigración por lazos familiares, por el que ciertos familiares pueden solicitar que otorguen a los niños la residencia legal permanente. Un niño puede obtener diversas categorías de visas, dependiendo de que el familiar que presenta la solicitud sea un progenitor ciudadano de Estados Unidos, un progenitor residente permanente legal (RPL o con “tarjeta verde”) o un hermano ciudadano de Estados Unidos.⁷ Independientemente de la categoría, el familiar que solicita que el niño se reúna con él o ella en Estados Unidos debe presentar primero una “petición de visa” ante las autoridades de inmigración correspondientes. Una vez que se aprueba la petición, el niño puede solicitar la residencia permanente desde un consulado de Estados Unidos. Ambos pasos se producen *antes* de viajar a Estados Unidos.

Los hijos menores de 21⁸ de ciudadanos de Estados Unidos pueden presentar una petición de visa y solicitar la residencia permanente al mismo tiempo. Son considerados “familiares directos” y no están sujetos a ningún período de espera más allá del tiempo normal para el procesamiento (que tarda normalmente entre tres meses y un año).⁹ Sin embargo, los hijos de padres RLP tienen que esperar a que la visa se “actualice” o esté disponible después de la petición inicial antes de poder solicitar la residencia permanente, porque existe un límite sobre el número de visas que se pueden conceder a familiares de RLP cada año. Cuando se dispone de visas, el segundo paso de solicitar la residencia permanente puede tardar varios meses. Los tiempos de espera para la disponibilidad de visas pueden variar significativamente en función del tipo de relación familiar y el país de

⁵ Véase INA §101(a)(15)(B), 8 U.S.C.A. §1101(a)(15)(B) (West).

⁶ Asimismo, muchos niños no tienen posibilidades de obtener una visa de estudiante. Para obtener una visa de estudiante, un niño tiene que solicitar el ingreso y ser aceptado por una escuela aprobada por el Gobierno de Estados Unidos. La escuela tiene que ser una universidad, un centro de secundaria, una escuela privada de educación primaria, un seminario, un conservatorio u otro programa académico. Es improbable que los menores de 18 años reciban una oferta para estudiar en un escuela privada de educación primaria o secundaria en Estados Unidos para poder obtener una visa de estudiante e, incluso en los casos en que reciban la oferta, el costo de la matrícula y la tasa de solicitud de la visa puede resultar prohibitivo y fuera del alcance de muchas familias centroamericanas y mexicanas. El costo de la educación en escuelas privadas en Estados Unidos varía significativamente, pero suele ascender a miles de dólares al año. El costo mínimo de las tasas actuales para la solicitud de una visa de estudiante F-1 es de US\$360. Véase Departamento de Estado de Estados Unidos. Student Visa. Disponible en <http://travel.state.gov/content/visas/english/study-exchange/student.html#overview>.

⁷ Los ciudadanos de Estados Unidos mayores de 21 años pueden solicitar visas para sus hermanos, aunque los tiempos de espera pueden ser muy largos. INA § 203(a)(4), 8 U.S.C.A. § 1153(a)(4) (West).

⁸ Las leyes de inmigración de Estados Unidos definen a un niño como una persona soltera menor de 21 años que es hijo natural, adoptado o un hijastro de la persona que afirma la relación parental. Véase INA § 101(b)(1), 8 U.S.C.A. § 1101(b) (West). El propósito de la definición de un niño en el marco de las leyes de inmigración es determinar qué niños pueden beneficiarse de la situación migratoria de un progenitor o un padrastro o una madrastra. Es interesante que en la definición de un “niño extranjero no acompañado” se establezca que la persona tenga menos de 18 años, no 21 años.

⁹ 8 U.S.C.A. § 1151(b)(2)(A)(i) (West).

origen del solicitante. Por poner un ejemplo, de acuerdo con los tiempos de espera actuales, los niños de México cuyos padres RLP pidan su visa tienen que esperar un mínimo de tres años para que haya visas disponibles, mientras que los niños de México cuyos hermanos o hermanas ciudadanos de Estados Unidos soliciten su visa tendrán que esperar más de 17 años. Para ver más ejemplos, consulte el cuadro 1 sobre los tiempos de espera de diferentes categorías de visas por lazos familiares en el capítulo 11, que examina la separación familiar provocada por las políticas de inmigración de Estados Unidos. Los largos tiempos de espera imponen una carga significativa a las familias y con frecuencia no son realistas en vista de la necesidad inmediata de los niños de atención y apoyo durante su juventud.

Además de los largos tiempos de espera para ciertas categorías de visas por lazos familiares, muchos—si no la mayoría—de los niños migrantes que llegan a Estados Unidos no pueden obtener una visa por lazos familiares porque (1) no tienen un progenitor en Estados Unidos que pueda solicitar su visa o (2) sus padres en Estados Unidos no tienen la situación migratoria requerida para hacerlo. Los padres en situación irregular en Estados Unidos no tienen legalmente derecho a traer a sus hijos a Estados Unidos. La falta de oportunidades para la reunificación familiar mediante alternativas reglamentarias para migrar es un problema que se remonta a la promulgación de la Ley de Reforma y Control de la Inmigración de 1986.¹⁰ Este tipo de políticas mantiene separadas a las familias y fomenta la migración a través de medios irregulares, como se explica con mayor detalle en el capítulo 11.

Algunos adultos de El Salvador, Honduras y Nicaragua pueden haber recibido la condición de protección temporal (TPS), un tipo de beneficio temporal destinada a ciudadanos de país que se enfrentan a situaciones de extrema inestabilidad, que se explica con mayor detalle en la sección III.E.4, *supra*.¹¹ Sin embargo, estos adultos con TPS no tienen derecho a solicitar visas o la regularización de la situación de familiares.¹²

¹⁰ El programa de regularización puesta en marcha en el marco de la Ley de Reforma y Control de la Inmigración de 1986 no ofreció una alternativa para la regularización de los familiares directos de personas que tenían derecho a beneficiarse del programa, si los propios familiares no cumplían los requisitos. Este provoca una diversidad de situaciones migratorias entre familiares, lo que se ha convertido en un problema significativo en Estados Unidos. Cuando Estados Unidos estableció finalmente un programa para regularizar la situación de los familiares directos que no habían podido hacerlo con la Ley de 1986 se produjo un enorme retraso en el procesamiento. Estos dos problemas —falta de alternativas para la reunificación familiar e importantes retrasos con las alternativas que sí existen para la reunificación familiar— persisten hoy. Véase Cooper, B., & O-Neil, K. (agosto de 2005). *Lessons from the Immigration Reform and Control Act of 1986, Policy Brief*. Disponible en <http://migrationpolicy.org/research/lessons-immigration-reform-and-control-act-1986>. Para obtener más información, véase el capítulo 11 que examina con detalle la manera en que las políticas de inmigración de Estados Unidos provocan la separación de familias.

¹¹ El Secretario de Seguridad Nacional puede designar un país para la TPS debido a las condiciones en el país que hacen que su regreso sea inseguro, como un conflicto armado, una epidemia, un terremoto o una inundación o un desastre ambiental. INA § 244(b), 8 U.S.C.A. § 1254a(b) (West). El Secretario de Seguridad Nacional se encarga de designar a los países beneficiarios de la TPS. Un solicitante de la TPS tiene que demostrar que se encontraba en Estados Unidos en la fecha en que su país fue designado para la TPS, y ha residido en Estados Unidos desde esa fecha, y tiene que haberse registrado antes del pazo. INA § 244(c)(1)(A), 8 U.S.C.A. § 1254a(c)(1)(A) (West). Honduras fue designado para la TPS en 2001 y El Salvador y Nicaragua fueron designados en 1999.

¹² Véanse la sección III.E.4, *supra*, y el capítulo 13 sobre los acuerdos regionales y bilaterales para obtener más información sobre la TPS y sus limitaciones.

A parte de la familia, el empleo y el turismo, una de las pocas alternativas que quedan para inmigración a Estados Unidos es el programa de protección de refugiados. Aunque las personas procedentes de América Central y México pueden solicitar asilo cuando se encuentran en la frontera o dentro de Estados Unidos, actualmente no pueden solicitar dicha protección mientras sigan en sus países de origen. Estados Unidos cuenta con un proceso de determinación de la condición de refugiado en el extranjero, a través del cual designa una cuota fija de personas de ciertas regiones y países que pueden solicitar refugio antes de salir de su país de origen o desde un país vecino, pero históricamente no ha designado cuotas para personas de América Central.¹³ En respuesta al reciente aumento significativo del número de niños no acompañados (NNA) que llegan a Estados Unidos, el Gobierno estadounidense ha decidido establecer un sistema de procesamiento de refugiados en Honduras, y posiblemente en otros países centroamericanos.¹⁴ El procesamiento dentro del país beneficiaría a los niños que reúnen las condiciones necesarias para el programa al otorgarles protección y el derecho a inmigrar a Estados Unidos. Esto ofrecería una alternativa reglamentaria para la migración y eliminaría su necesidad de emprender un peligroso viaje no autorizado hacia el norte. Sin embargo, el procesamiento en los países también despierta preocupaciones. Por ejemplo, se podría prohibir que los niños a los que se deniegue la condición de refugiado obtengan asilo en Estados Unidos si llegan posteriormente a la frontera y lo solicitan, y los niños podrían verse forzados a permanecer en situaciones peligrosas mientras esperan que se decidan sus solicitudes de la condición de refugiado.¹⁵

B. Los peligros con los que se encuentran los niños y los adolescentes en el viaje

Ante la escasez de opciones para entrar legalmente en Estados Unidos y los factores estructurales que impulsan actualmente la migración desde la región,¹⁶ los niños centroamericanos y mexicanos que intentan llegar a Estados Unidos se ven forzados a migrar por medios irregulares por su cuenta o con un traficante. Los funcionarios locales, encargados de reducir el flujo migratorio, son los primeros que impiden la salida de los niños de sus países de origen.¹⁷ Para aquellos que consiguen pasar, y como también se documenta en el capítulo 6 sobre la frontera norte de México, el viaje

¹³ En 2012, la mayoría de los refugiados admitidos a Estados Unidos a través del programa para refugiados en el extranjero procedieron de Oriente Próximo, Asia meridional, Asia oriental, África y, en menor medida, Europa. Los únicos refugiados de América Latina y el Caribe admitidos procedieron de Colombia, Cuba y Venezuela; y la gran mayoría de ellos eran cubanos. Véase Departamento de Estado de Estados Unidos (28 de febrero de 2013). FY12 Refugee Admission Statistics. Disponible en <http://www.state.gov/j/prm/releases/statistics/206319.htm>.

¹⁴ Véase Robles, F. y Shear, M. (24 de julio de 2014). U.S. Considering Refugee Status for Hondurans. *New York Times*. Disponible en http://www.nytimes.com/2014/07/25/world/americas/administration-weighs-plan-to-move-processing-of-youths-seeking-entry-to-honduras.html?_r=0.

¹⁵ Véase Frelick, B. (14 de agosto de 2014). Are Central American Kids the New Boat People? *Politico*. Disponible en <http://www.hrw.org/news/2014/08/14/are-central-american-kids-new-boat-people> (en el que se advierte que el procesamiento de refugiados en Haití y el programa de salida ordenada de Vietnam tenían muchas deficiencias, por ejemplo, porque hubo largos retrasos y se usaron para justificar las actividades de interceptación de Estados Unidos y el retorno acelerado de solicitantes de asilo).

¹⁶ Véanse los capítulos 2-7 sobre Honduras, El Salvador, Guatemala y México para obtener más información sobre las causas estructurales; y el capítulo 1 para una descripción de las razones fundamentales por las que los niños centroamericanos y mexicanos deciden migrar a Estados Unidos, como señaló el ACNUR.

¹⁷ Se dispone de poca información pública acerca de quién participa en estas iniciativas y su alcance. Sin embargo, parecen conllevar la intervención de la policía militar para “frenar a los migrantes centroamericanos en el origen”. Véase Stargardter, G. (12 de agosto de 2014). Brutality and ‘The Beast’: why child migration to U.S. is slowing down. Reuters. Disponible en <http://www.reuters.com/article/2014/08/12/us-usa-immigration-decline-insight-idUSKBN0GC09G20140812>.

para migrar está plagado de situaciones de peligro y explotación. Trágicamente, algunos niños mueren por el camino como consecuencia de las lesiones o la violencia, y algunos niños son secuestrados y nunca llegan a su destino. Otros sufren abuso físico y sexual, y también hay otros que sufren lesiones y se ven obligados a regresar a sus países de origen con una discapacidad permanente. Los funcionarios de migración también aprehenden y deportan a muchos niños en los países por los que transitan.¹⁸ Independientemente de los peligros específicos con los que se encuentran los niños en el trayecto de migración, hay algo claro: los niños que migran por medios irregulares se enfrentan a obstáculos significativos para llegar a Estados Unidos. Los peligros incluyen:

La Bestia. Debido a la falta de alternativas legales para viajar a través de México y entrar en Estados Unidos, y que las autoridades mexicanas han aumentado el número de puntos de control migratorio en todo el país para impedir el paso de migrantes, muchos niños y adultos migrantes centroamericanos y mexicanos intentan atravesar México montados en trenes de carga. El tren de carga—denominado *La Bestia*—provoca regularmente daños, lesiones y muertes de pasajeros migrantes. Los accidentes son frecuentes y “un número significativo de migrantes han perdido una o las dos piernas en lo que a veces se denomina ‘el tren de la muerte’, mientras que muchos otros han resultado muertos”.¹⁹ En agosto de 2014 México anunció su intención de aumentar la velocidad de *La Bestia* con el fin de disuadir a los migrantes de que se subieran al tren; sin embargo, dada la falta de alternativas para muchos migrantes desesperados por huir de sus países de origen, parece probable que esto solo contribuya a aumentar el número de lesiones y muertes, en lugar de reducir el número de personas que se suban al tren.²⁰

Violencia de los coyotes (traficantes de personas), las pandillas y el crimen organizado. Según un estudio de 2010 de Catholic Relief Services, alrededor del 29% de los NNA entrevistados señalaron que habían experimentado algún tipo de abuso durante su tránsito a Estados Unidos.²¹ Las pandillas y el crimen organizado, así como los coyotes, explotan la extrema vulnerabilidad de los niños que viajan sin adultos. Se ha denunciado que estos grupos secuestran, maltratan, violan y mutilan a niños, los retienen como rehenes a cambio de recompensas o los someten a trabajos forzados. Las pandillas mexicanas, en especial, “tienen un historial de secuestrar a migrantes y reclamar recompensas por ellos, y de obligarlos a trabajar para los carteles de la droga o en explotaciones de marihuana”.²² Un informe de 2009 de la Comisión Nacional de los Derechos

¹⁸ Véase el capítulo 6 para obtener más información sobre México, en particular, como país de tránsito.

¹⁹ Catholic Relief Services (enero de 2010). *Niñez migrante: Detención y repatriación desde México de niños, niñas y adolescentes centroamericanos no acompañados*, p. 32. Disponible en <http://www.crsprogramquality.org/storage/peacebuilding/LACRO%20Migration-SPANISH.pdf>.

²⁰ Pérez Silva, C. (25 de agosto de 2014). Aumentarán velocidad a ‘La Bestia’ para evitar que migrantes se suban. *La Jornada*. Disponible en <http://www.jornada.unam.mx/ultimas/2014/08/25/aumentan-velocidad-a-la-bestia-para-evitar-que-migrantes-se-suban-8773.html>.

²¹ Catholic Relief Services (enero de 2010). *Detención y repatriación desde México de niños, niñas y adolescentes centroamericanos no acompañados*, p. 33. Disponible en <http://www.crsprogramquality.org/storage/peacebuilding/LACRO%20Migration-SPANISH.pdf>.

²² Kids In Need of Defense. (febrero de 2013). *The Time is Now: Understanding and Addressing the Protection of Immigrant Children Who Come Alone to the United States*, p. 25. Disponible en http://www.supportkind.org/joomlatools-files/docman-files/TimeIsNow_KIND_Feb_2013.pdf.

Humanos de México documentó una cifra alarmante de 9.758 víctimas de secuestros entre septiembre de 2008 y febrero de 2009, entre ellos numerosos casos relacionados con menores.²³

Amenazas especiales para las niñas. Las niñas migrantes se enfrentan a peligros singulares durante su viaje migratorio. Las niñas entrevistadas por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y la Women's Refugee Commission señalaron que habían sufrido amenazas constantes de agresión sexual durante su viaje. Las niñas sufren violaciones a manos de coyotes, pandilleros o miembros de otros grupos criminales, otros migrantes y hasta autoridades migratorias o agentes de policía corruptos. Las violaciones son tan habituales que “existe una opinión generalizada—compartida por las ONG locales e internacionales y los profesionales de la salud que trabajan con mujeres migrantes—de que hasta seis de cada diez mujeres migrantes son violadas”.²⁴ Algunas niñas toman contraceptivos durante el viaje migratorio para evitar quedarse embarazadas como consecuencia de una violación.²⁵

Las niñas migrantes centroamericanas también caen presa de los tratantes de personas,²⁶ que las obligan a trabajar en burdeles y bares, especialmente en Chiapas, México y Guatemala.²⁷ ECPAT International,²⁸ una red internacional dedicada a combatir la trata de niños y la pornografía infantil, señala que se comercia con niñas, principalmente de El Salvador, Honduras y Nicaragua, algunas de tan solo ocho años, para explotarlas sexualmente en Guatemala.²⁹

Otras condiciones potencialmente mortales. Los niños que migran a Estados Unidos por vías irregulares también se enfrentan a peligros ambientales extremos: calor y sol abrasadores, falta de agua y alimentos y corrientes traicioneras en el Río Grande. Muchos migrantes mueren todos los años intentando lidiar con estas condiciones potencialmente mortales. Según un informe reciente publicado por la Women's Refugee Commission, algunos niños que sobrevivieron el viaje a través

²³ Niñez migrante: Detención y repatriación desde México de niños, niñas y adolescentes centroamericanos no acompañados, p. 34.

²⁴ Amnistía Internacional. (abril de 2010). Invisible Victims: Migrants on the Move in Mexico, p. 15. Disponible en <http://www.amnestyusa.org/sites/default/files/amr410142010eng.pdf>.

²⁵ Véase Joffe-Block, J. y Fronteras (31 de marzo de 2014). Women crossing the U.S. border face sexual assault with little protection. *PBS News Hour*. Disponible en <http://www.pbs.org/newshour/updates/facing-risk-rape-migrant-women-prepare-birth-control/>.

²⁶ Los traficantes de personas o coyotes y los tratantes de seres humanos no son lo mismo. Según el Departamento de Estado, “la gran mayoría de las personas que reciben asistencia para entrar ilegalmente a Estados Unidos son traficadas, más que víctimas de trata”. A diferencia del tráfico de personas, “que consiste a menudo en una transacción comercial criminal entre dos partes dispuestas que emprenden caminos separados cuando se completa el negocio, la trata se ceba especialmente en la persona tratada como objeto de explotación criminal. Desde el principio, el propósito de la empresa de trata es beneficiarse de la explotación de la víctima. En este caso, el fraude, la fuerza o la coacción contribuyen de manera fundamental a la trata”, y la víctima no puede irse libremente después de cruzar la frontera. Algunas situaciones que comienzan como tráfico de personas se convierten en trata de seres humanos. Véase Departamento de Estado de Estados Unidos. (1 de enero de 2006). Fact Sheet: Distinctions Between Human Smuggling and Human Trafficking 2006. Disponible en <http://www.state.gov/m/ds/hstcenter/90434.htm>.

²⁷ Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD). Trata de mujeres y niñas en Centroamérica. Disponible en http://www.unodc.org/documents/toc/Reports/TOCTASouthAmerica/Spanish/TOCTA_CA_Caribb_trata_mujeres_ninas_CA_ES.pdf.

²⁸ ECPAT son las siglas de Acabar con la Prostitución Infantil, la Pornografía Infantil y el Tráfico de Niños con fines Sexuales en inglés, pero la organización prefiere que la denominen ECPAT.

²⁹ ONUDD. Trata de mujeres y niñas en Centroamérica.

de México y llegaron a la frontera de Estados Unidos señalaron que habían sido abandonados por los guías sin alimentos ni agua. “Algunos vagaron durante días hasta que los encontró la Patrulla Fronteriza de Estados Unidos. Otros contaron que llegaron al Río Grande y vieron ahogarse a otros cuando luchaban contra la corriente”.³⁰

Corrupción entre las autoridades mexicanas. Los niños migrantes que viajan a través de México también se enfrentan a la corrupción de las autoridades mexicanas, entre ellas las autoridades de inmigración y las fuerzas de seguridad vinculadas a los grupos del crimen organizado. Por ejemplo, se sabe que las fuerzas policiales federales han extorsionado a migrantes con amenazas de detenerlos, y a veces han llegado a robar directamente a los migrantes.³¹ Algunos funcionarios del Instituto Nacional de Migración, el principal organismo encargado de hacer cumplir las leyes de inmigración en México, también han entregado a migrantes detenidos a redes criminales o pandillas que los han secuestrado a cambio de recompensas.³²

C. Dificultades a la llegada a la frontera de Estados Unidos, incluida la deportación

Los niños que logran llegar a la frontera de Estados Unidos se enfrentan a un trato duro a su llegada, y otros obstáculos para solicitar la regularización de su situación. En nombre de la seguridad nacional, se ha militarizado la frontera, lo que crea un contexto de aplicación de la ley enormemente inadecuada para los niños. En la frontera, los niños se encuentran con funcionarios de la patrulla fronteriza armados y equipo militar como atalayas, tanques y helicópteros, y son detenidos en estaciones de la patrulla fronteriza sin camas ni mantas, que tampoco están equipadas para albergar a niños. La militarización creciente de la frontera y los abusos a los que se enfrentan los niños a manos de los funcionarios de la patrulla fronteriza de Estados Unidos se analizan en el capítulo 9; que examina el trato a los niños migrantes no acompañados en la frontera de Estados Unidos y México.

Como se explica en el capítulo 9 sobre las políticas y las prácticas de control fronterizo y detención en Estados Unidos, la Ley de Reautorización de la Protección de las Víctimas de Trata (TVPRA) de 2008 codificaron la práctica existente de tratar de manera diferentes a los niños mexicanos y centroamericanos aprehendidos por la patrulla fronteriza. Los niños de países no contiguos (por ejemplo, Guatemala, El Salvador y Honduras) tienen una oportunidad de solicitar beneficios migratorios en Estados Unidos. Como consecuencia, miles de niños mexicanos, que constituyen la gran mayoría de los que intentan entrar en Estados Unidos, son retornados directamente a México desde la frontera cada año, sin que tengan oportunidades de solicitar beneficios.³³ En contraste, de conformidad con la ley, solo ciertas categorías limitadas de niños procedentes de país

³⁰ Obligados a partir: Los niños perdidos de Centroamérica.

³¹ Véase Isacson, A., Meyer, M. y Morales, G. (junio de 2014). Mexico’s Other Border: Security, Migration, and the Humanitarian Crisis at the Line with Central America. Disponible en <http://www.wola.org/files/mxgt/report/>.

³² Véase Fox, E. (9 de enero de 2013). Figures Show Corruption Rife in Mexico’s Migration Agency. Disponible en <http://www.insightcrime.org/news-briefs/figures-corruption-rife-under-calderon-mexico-migration-agency/>; véase también el capítulo 6 sobre el Sur de México, *supra*, para más detalles.

³³ La Oficina de Reasentamiento de Refugiados (ORR) del Departamento de Salud y Servicios Humanos (HHS) señala que de los 24.668 NNA detenidos en el ejercicio fiscal 2013, solo el 3% (740) eran mexicanos. Mientras tanto, la Oficina de Aduanas y Protección Fronteriza (CBP) señala que, en el ejercicio fiscal 2013, 17.240 NNA mexicanos fueron aprehendidos en la frontera. Esto significa que solo el 4,29% de los niños mexicanos no fueron repatriados desde la frontera, frente al 95,71% que sí lo fueron. Véase Un camino arriesgado, p. 49.

contiguos (es decir, México y Canadá) tienen la oportunidad de solicitar beneficios legales. Sin embargo, las oportunidades para los niños de países no contiguos corren peligro ahora como consecuencia de la presión del sentimiento antiinmigrante. Para obtener más información acerca de los procesos diferentes de examen y los nuevos acontecimientos, véase el capítulo 9.

III. Formas inadecuadas de beneficios migratorios para los niños de América Central y México

Estados Unidos ofrece una amplia gama de beneficios de inmigración tanto a los adultos como a los niños, así como ciertos tipos de beneficios específicamente para niños. Mientras que algunos de estos tipos de beneficios proporcionan una importante protección y ventajas para los niños inmigrantes, los niños que han venido a Estados Unidos en busca de refugio, para reunirse con sus familias, acceder a mejores oportunidades, o por una combinación de motivos tienen muchas dificultades para acceder a este tipo de beneficios. Además, una característica constante de estos tipos de beneficios—salvo en el caso de la protección especial para menores de edad— es la completa falta de consideración del interés superior del niño. Esta falta de consideración es incompatible con las normas internacionales, y afecta directamente a la capacidad de los niños para establecer que tienen derecho a beneficios migratorios. Su elegibilidad para beneficios legales debe basarse en su interés superior, por ejemplo, demostrando que su retorno los expondría a una situación de penuria y tortura; sin embargo, en virtud de la legislación actual de Estados Unidos, no funciona así en la mayoría de los casos.

A. El sistema de inmigración de familias para los niños que ya se encuentran en Estados Unidos

Como se observa en la sección II.A anterior, una de las posibles vías para regularizar la situación en Estados Unidos es a través del sistema de inmigración de familias. Hace varias décadas, cuando desarrolló el actual sistema de cuotas y preferencias para visas familiares, el Congreso de Estados Unidos tuvo primordialmente en cuenta la reunificación familiar, en particular mantener unidas a las familias de ciudadanos y residentes permanentes legales en Estados Unidos.³⁴ Aunque es posible que algunos con familiares con algún tipo de condición migratoria legal se reunifiquen eventualmente, los tiempos de espera actuales pueden ser excesivamente largos, y frustrar el objetivo de la unidad familiar. Para cifras concretas sobre los tiempos de espera, véase la sección II.A. anterior y el capítulo 11 sobre separación familiar.

El tiempo de espera para emigrar a los Estados Unidos para hijos de residentes permanentes legales de México y América Central es aproximadamente de dos a tres años.³⁵ El tiempo de espera para los hermanos de ciudadanos de Estados Unidos puede llegar a los 13 a 18 años antes de poder disponer de una visa, y hasta ese momento, los niños (para entonces casi con certeza adultos) no pueden realizar los trámites para obtener residencia permanente.³⁶ Si un niño está en Estados

³⁴ Véase Harvard Law Review Association (1983). *Developments in the Law – Immigration Policy and the Rights of Aliens*. *Harvard Law Review*. 96, 1286, p. 1351 (que cita la historia legislativa); véase también *Fiallo v. Bell*, 430 U.S. 787, 795, 811 (1977) (que señala que la principal preocupación del Congreso es promulgar las leyes de inmigración que “han mantenido unidas a familias de ciudadanos de Estados Unidos e inmigrantes”).

³⁵ Véase Departamento de Estado de Estados Unidos (junio de 2014). *Visa Bulletin for July 2014*. Disponible en <http://travel.state.gov/content/visas/english/law-and-policy/bulletin/2014/visa-bulletin-for-july-2014.html>.

³⁶ Departamento de Estado de Estados Unidos. *Visa Bulletin for July 2014*.

Unidos en el momento en que se solicita su visa, puede permanecer en el país mientras se procesa; sin embargo, tener una visa pendiente no le otorga derecho legal de residir en el país y, por lo tanto, sigue estando expuesto a la deportación en cualquier momento.

Algunos tipos de beneficios migratorios, como el asilo y ciertos tipos de visas por empleo permiten que los padres confieran la misma condición a sus hijos y los traigan a Estados Unidos.³⁷ Por supuesto, para que los niños puedan beneficiarse de ello, deben tener padres en Estados Unidos con algunas de estas condiciones migratorias legales. No obstante, los familiares de muchos niños centroamericanos y mexicanos en Estados Unidos no tienen la condición legal necesaria, por lo que la reunificación a través de estos medios resulta inalcanzable. Por otra parte, no todos los tipos de beneficios permiten a los padres traer a sus hijos para unirse a ellos en Estados Unidos. Como se ha señalado, los ciudadanos de El Salvador, Honduras y Nicaragua que han recibido protección temporal no son elegibles para conferir la misma condición a sus hijos.

Dada la dificultad para regularizar la situación migratoria, es habitual que haya familias con diversas situaciones, en las que algunos miembros se encuentran en situación regular y otros no. Esto expone a muchas familias al riesgo de separación, si un miembro es sometido a un proceso de expulsión, lo que puede violar las normas de derechos humanos respecto al interés superior del niño y el derecho a la familia, como se explica en más detalle en el capítulo 11.³⁸

B. Asilo, suspensión de expulsión y protección en virtud de la Convención contra la Tortura— los tipos de beneficios para los niños que huyen de la persecución o la tortura

Estados Unidos cuenta con tres tipos de beneficios relacionados pero diferentes para las personas que huyen de la persecución y la tortura: el asilo, la suspensión de la expulsión y la protección en virtud de la Convención contra la Tortura (CCT). Estos tipos de beneficios se establecieron con el objetivo de armonizar las leyes de Estados Unidos con los tratados y las normas internacionales, en particular la Convención de las Naciones Unidas de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (Convención sobre el Estatuto de los Refugiados), el Protocolo de 1967 de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados (Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados) y la Convención de las Naciones Unidas de 1984 contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Convención contra la Tortura).³⁹

³⁷ Véase, por ejemplo, 8 U. S. C. § 1158 (b)(3) (asilados); 8 C. F. R. § 214,2 (3) (inversores por tratado); 8 C. F. R. § 214,2 (f) (estudiantes); 8 C. F. R. § 214,2 (h) (empleados temporales); 8 C. F. R. § 214,2 (j) (visitantes de intercambio).

³⁸ Véase CDN, artículos 9 y 10 (20 de noviembre de 1989) 1577 U.N.T.S. 3.

³⁹ A pesar de que Estados Unidos no ha ratificado la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, se ha adherido al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, que incorpora la mayoría de las principales disposiciones de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, como el principio de no devolución. El principio de no devolución refleja la obligación de no retornar a los refugiados a un país donde se enfrentan a la persecución, según lo previsto en el artículo 33.1 de la Convención y su Protocolo de 1967: “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”. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, artículo 33.1 (28 de julio de 1951), 189 U.N.T.S. 137; Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (31 de enero de 1967) 606 U.N.T.S. 267. Estados Unidos ratificó la Convención contra la Tortura en 1994. El tratado prohíbe devolver a cualquier persona a un país donde existen razones fundadas para creer que estaría sometido a tortura con el consentimiento o la aquiescencia de un funcionario

El asilo, la suspensión de la expulsión y la CCT conllevan diferentes niveles de protección. El asilo ofrece los mayores beneficios porque las personas a las que se otorgue la condición de refugiado (denominados “asilados”⁴⁰ en la legislación estadounidense) son elegibles para solicitar la residencia permanente después de un año y pueden solicitar la ciudadanía estadounidense cinco años después.⁴¹ Los adultos que reciben asilo también tienen derecho a traer a sus cónyuges o hijos a Estados Unidos para que se unan a ellos.⁴² Se trata de una ventaja importante de la protección a asilados que contribuye a la consecución del objetivo de la reunificación familiar. Sin embargo, lo contrario no es cierto: los niños que reciben asilo no tienen derecho a traer a sus padres a Estados Unidos. El hecho de que, en virtud de las leyes estadounidenses, los niños asilados no puedan solicitar que sus padres se reúnan con ellos en Estados Unidos contraviene las normas internacionales. Un principio fundamental de la Convención sobre los Derechos del Niño es el derecho a la reagrupación familiar.⁴³ Cuando existen obstáculos jurídicos para reunificar a los niños con sus padres en el país de origen del niño—como sucede cuando se concede asilo a un niño—las determinaciones relativas a la reunificación familiar deberían basarse en las obligaciones de reagrupación familiar dispuestas en la Convención.⁴⁴

A diferencia del asilo, la suspensión de la expulsión y al protección en virtud de la CCT no proporcionan una vía para obtener la residencia permanente, y pueden anularse si mejoran las condiciones en el país de origen y el solicitante ya no se enfrenta a la persecución y la tortura.⁴⁵ Otra diferencia con respecto al asilo es que las leyes estadounidenses no permiten a los que obtienen la suspensión de su expulsión o protección en virtud de la CCT traer a sus cónyuges o hijos a Estados Unidos para que se unan ellos, en contravención de las normas internacionales. Las distinciones entre estos tipos de beneficios son fundamentales porque, como se explica más adelante, los solicitantes de asilo se enfrentan a una serie de barreras que hacen que algunos refugiados de buena fe solo obtengan la suspensión de la expulsión o la protección en virtud de la CCT, y se les nieguen, por consiguiente, los beneficios que conlleva el asilo y la oportunidad de una vida duradera y estable en Estados Unidos.

público. Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículos 1 y 3, Resolución 39/46 de la Asamblea General, p. 46, U.N. Doc A/RES/39/46 (10 de diciembre de 1984).

⁴⁰ A pesar de que Estados Unidos se refiere a estas personas como “asilados”, se ha determinado que todos los que obtienen asilo en Estados Unidos cumplen la definición internacional de la condición de “refugiado”.

⁴¹ 8 U.S.C.A. § 1159(b) (West); 8 U.S.C.A. § 1422, 1423, 1427. Las personas que obtienen la ciudadanía a través de las leyes de inmigración sin haber nacido en Estados Unidos se denominan “ciudadanos naturalizados”.

⁴² 8 U.S.C. § 1158(b)(3) (West).

⁴³ Los Estados Partes de la Convención deben garantizar que los niños no sean separados de sus padres en contra de su voluntad, a no ser que la separación redunde en el mejor interés del niño, y las solicitudes de los niños o sus padres para entrar o salir de un Estado con el fin de reunificarse deben ser atendidas por los Estados Partes “de manera positiva, humanitaria y expeditiva” y “no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares”. Véase CDN, artículos 9(1) y 10(1) (20 de noviembre de 1989) 1577 U.N.T.S. 3. Para un análisis más detallado sobre el derecho a la reagrupación familiar, véase el capítulo 11.

⁴⁴ Véase Comité de los Derechos del Niño (CDN) de las Naciones Unidas, *Observación General No. 6 del CDN (2005): Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, párrafo 83, CRC/GC/2005/6 (1 de septiembre de 2005). Disponible en <http://www.refworld.org/docid/42dd174b4.html>

⁴⁵ 8 C.F.R. § 1208.24 (West).

1. Asilo

Los niños de América Central y México emigran a Estados Unidos por múltiples razones. Debido a que muchos de estos niños abandonan sus países de origen a fin de evitar la violencia y otras formas de persecución, como se explica en detalle en otros capítulos de este libro,⁴⁶ sus solicitudes de asilo y otras formas de protección relacionadas pueden ser válidas. Lo más habitual es que los solicitantes de asilo de América Central y México señalen que huyen del abuso físico o sexual por parte de sus progenitores y otros familiares o cuidadores, la violencia a manos de las pandillas o el crimen organizado, como los carteles de la droga, la explotación sexual o laboral o la trata, los daños sufridos particularmente por los niños de la calle y la violencia de sus parejas sentimentales.⁴⁷ Las niñas y los niños indígenas también se enfrentan a formas singulares de daño, por motivos de género y etnia debidos como consecuencia de normas y prácticas culturales discriminatorias. A pesar de que muchas de estas alegaciones se considerarían un motivo para la protección con arreglo a las normas internacionales, las leyes de asilo de Estados Unidos adoptan un enfoque más restringido que rechaza algunas de estas situaciones. Por otra parte, a pesar de la existencia de directrices nacionales e internacionales sobre la adjudicación de las solicitudes de asilo de niños, no se tienen en cuenta los intereses del niño—por los que se acepta un nivel de prueba inferior para los niños que para los adultos y se reconoce que los niños están en una etapa de desarrollo distinta de la de los adultos.

Requisitos de elegibilidad. Con el fin de que se les conceda asilo, los niños y los adultos deben cumplir la definición estadounidense de la condición de refugiado, inspirada en el texto de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo. En virtud de las leyes de Estados Unidos, un “refugiado” es:

Toda persona que se encuentran fuera de cualquier país del que es ciudadana, o en el caso de una persona que no tiene nacionalidad, se encuentran fuera de cualquier país en el que dicha persona residió habitualmente por última vez, y que no puede o no está dispuesta a regresar a dicho país, y no puede o no quiere acogerse a su protección debido a la persecución en el pasado o un temor bien fundado a la persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas.⁴⁸

Por partes, los principales elementos necesarios para tener derecho a asilo en virtud de la ley de Estados Unidos son probar la existencia de: (1) persecución en el pasado o un temor bien fundado de persecución en el futuro; (2) “a causa de” una de las cinco razones enumeradas: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social y opinión política (también conocido como el requisito de un “nexo”) y (3) que el Gobierno no puede o no quiere controlar. Un solicitante de asilo debe también establecer que no está sujeto a una de las barreras legales para obtener asilo—como la actividad delictiva, el reasentamiento en terceros países y la presentación de la solicitud fuera de plazo—y que merece recibir asilo en el ejercicio de la discrecionalidad.⁴⁹ Como se explica

⁴⁶ Véanse los capítulos 2-7 sobre Honduras, El Salvador, Guatemala y México para obtener más información.

⁴⁷ Un camino arriesgado:

⁴⁸ 8 U.S.C. § 1101(a)(42) (West).

⁴⁹ Véase 8 U.S.C. § 1158(a)(2)(A) (West) (tercer país seguro), § 1158(a)(2)(B) (un año de plazo para la presentación), § 1158(a)(2)(C) (solicitudes de asilo anteriores), § 1158(b)(2)(A)(i) (ordenado, incitado, ayudado o

más adelante, se han agregado requisitos adicionales dentro del reglamento de aplicación de ley y con la evolución de la jurisprudencia.⁵⁰ Esto ha dado lugar a un complejo conjunto de requisitos legales difícil de superar incluso para un solicitante de asilo con preparación y recursos, aunque cuente con un abogado.

La interpretación estadounidense restrictiva de los requisitos para el asilo. Aunque la legislación sobre asilo de Estados Unidos se deriva directamente de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y el Protocolo, y aplica supuestamente la misma definición de la condición de “refugiado”, la interpretación estadounidense de este término es mucho más limitada que el enfoque internacional—especialmente en lo que respecta a los conceptos de “grupo social particular” y “a causa de” (o “nexo”) elementos. Esta divergencia se agrava por el hecho de que Estados Unidos no requiere que los adjudicadores tengan en cuenta los intereses del niño cuando analizan los elementos de la definición de refugiado, que reconoce las diferencias entre los niños y los adultos. Aunque el Gobierno de Estados Unidos y el ACNUR han elaborado directrices que promueven que los adjudicadores tengan en cuenta los intereses de los niños a la hora de decidir las solicitudes de asilo, Estados Unidos⁵¹ adopta la posición de que no son vinculantes para los adjudicadores. Junto con la tendencia de los adjudicadores a interpretar la definición de refugiado de manera restrictiva, muchos centroamericanos y mexicanos que huyen de la persecución experimentan grandes dificultades para establecer su elegibilidad para el asilo.

Persecución. El término “persecución” ha sido interpretado en el sentido que incluye daños físicos—como golpes, violaciones y detención prolongada—así como daño psicológico o emocional.⁵² También puede incluir daño económico, como la negación de medios de subsistencia y alimentos. Sin embargo, no todas las formas de daño o privación de los derechos fundamentales constituyen “persecución” en virtud de las leyes de inmigración de Estados Unidos. Porque no existe una fórmula establecida para decidir cuándo un daño o una serie de daños alcanzan el nivel

participado en la persecución de otras personas), § 1158(b)(2)(A)(ii) (delito especialmente grave), § 1158(b)(2)(A)(iii) (grave delito no político), § 1158(b)(2)(A)(iv) (peligro para la seguridad de Estados Unidos), § 1158 (b)(2)(A)(v) (actividades terroristas), § 1158(b)(2)(A)(vi) (reasantamiento firme), § 1158(b)(2)(B)(i) (delito agravado); véase también 8 C. F. R. § 1208.13(b)(1) (i) (West) (carácter discrecional del asilo).

⁵⁰ Por ejemplo, en virtud del reglamento, el solicitante no puede establecer un temor bien fundado de persecución si “podría evitar la persecución trasladándose a otra parte de su país de origen o, en el caso de los apátridas, otra parte de su país de residencia habitual”. 8 U.S.C. § 1208.13(b)(2)(ii) (West).

⁵¹ Departamento de Justicia de Estados Unidos, Servicio de Inmigración y Naturalización, y Weiss, J. (10 diciembre de 1998). Memorandum: Guidelines for Children’s Asylum Claims. Disponible en

<http://www.uscis.gov/USCIS/Laws%20and%20Regulations/Memoranda/Ancient%20History/ChildrensGuidelines121098.pdf> (en lo sucesivo, “Directrices para las solicitudes de asilo de niños del Departamento de Justicia de Estados Unidos”); Servicio de Ciudadanía e Inmigración de Estados Unidos (1 de septiembre de 2009). Asylum Officer Basic Training Course: Guidelines for Children’s Asylum Claims. Disponible en

<http://www.uscis.gov/USCIS/Humanitarian/Refugees%20&%20Asylum/Asylum/AOBTC%20Lesson%20Plans/Guidelines-for-Childrens-Asylum-Claims-31aug10.pdf>; ACNUR, *Directrices sobre protección internacional:*

Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, párrafo 5, U.N. Doc. HCR/GIP/09/08 (22 diciembre de 2009). Disponible en

<http://www.unhcr.org/50ae46309.html>. Los tribunales de Estados Unidos han sostenido que la orientación del ACNUR es convincente, pero no vinculante para Estados Unidos. Véase, por ejemplo, *Matter of W-G-R-*, 26 I&N Dec. 208, 220 (BIA 2014); *Matter of M-E-V-G-*, 26 I&N Dec. 227, 248 (BIA 2014).

⁵² Véase, por ejemplo, *Mashiri v. Ashcroft*, 383 F.3d 1112, 1120 (9th Cir. 2004); *Tamas-Mercea v. Reno*, 222 F.3d 417, 424 (7th Cir. 2000); *Matter of T-Z-*, 24 I&N Dec. 163, 169-71 (BIA 2007); *Matter of Acosta*, 19 I&N Dec. 211, 222 (BIA 1985).

de persecución, puede parecer que la averiguación depende mucho de la subjetividad de cada adjudicador. Las directrices de Estados Unidos y el ACNUR, así como jurisprudencia federal estadounidense reconocen que los daños no pueden constituir persecución en el caso de un adulto, y podrían alcanzar el nivel de persecución cuando se infligen a un niño.⁵³ Sin embargo, los estudios de las decisiones en materia de asilo han demostrado que los adjudicadores no reconocen a menudo que los niños experimentan el daño de manera diferente a los adultos, y que un acto que podría no ser persecución cuando se inflige a un adulto podría ciertamente constituir una forma de persecución cuando se inflige a un niño, especialmente si tiene efectos emocionales y psicológicos de larga duración.⁵⁴ Esta falta de sensibilidad ante los efectos que la edad y el nivel de madurez de un niño puede tener sobre su experiencia del daño crea una barrera importante para reconocer que el daño al que se enfrentan alcanza el nivel de persecución.

A causa de una razón protegida. Uno de los aspectos más complejos y difíciles de la ley de asilo se refiere al requisito de “a causa de” en la definición de refugiado; también denominado comúnmente el requisito de “nexo”. Para probar el nexo es necesario establecer una relación causal entre la persecución y uno o más de los cinco motivos protegidos por la ley—raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un grupo social determinado. El solicitante debe demostrar que su perseguidor tenía motivos para hacerle daño *debido a* una de estas cinco características. Los niños pueden solicitar asilo sobre la base de cualquiera de las cinco razones para la protección, sin embargo, con frecuencia, se considera que las solicitudes de niños de América Central y México se basan en la pertenencia a un grupo social, la razón más polémica.

En general, los tribunales reconocen la existencia de dos normas diferentes para solicitar asilo basándose en la pertenencia a un grupo social determinado. En virtud de la norma sobre características inmutables o fundamentales—también denominada la norma *Acosta*—un grupo social debe estar integrado por personas que comparten una característica común que son incapaces de cambiar (como el sexo) o que debe ser necesario no cambiar porque es fundamental para su conciencia o identidad (como creencias profundas religiosas o de otra índole).⁵⁵ Sin embargo, la mayoría de los tribunales utilizan un segundo razonamiento, que consiste en la norma *Acosta* y los requisitos de la “distinción social” (anteriormente denominado “visibilidad social”, que requiere que la sociedad perciba al grupo como tal) y la “particularidad” (que requiere que el grupo esté claramente definido y sea determinable dentro de la sociedad del solicitante).⁵⁶ Los requisitos de distinción social y particularidad han sido criticados por activistas, académicos y tribunales porque

⁵³ U.S. Department of Justice Guidelines for Children’s Asylum Claims, p. 19; Asylum Officer Basic Training Course: Guidelines for Children’s Asylum Claims, pp. 36-40; ACNUR, Directrices sobre Protección Internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, párrafos 8 y 9.

⁵⁴ Un camino arriesgado, pp. 20-23.

⁵⁵ Matter of *Acosta*, 19 I&N Dec. 211 (BIA 1985). Todos los circuitos judiciales que se pronunciaron sobre esta cuestión adoptaron la norma *Acosta* (véase el análisis más adelante en relación con la adopción de la norma por parte del Noveno Circuito), y ha sido el estándar en los tribunales federales a lo largo de más de veinte años, hasta que la Junta de Apelaciones para Asuntos de Inmigración (BIA), citando erróneamente las directrices sobre refugiados del ACNUR, señaló que la norma *Acosta* era solo una referencia y que también era necesario establecer la visibilidad social y la particularidad. Matter of *C-A-*, 23 I&N Dec. 951, 959-960 (BIA 2006).

⁵⁶ La distinción social se conocía formalmente como “visibilidad social”. Véase Matter of *W-G-R-*, 26 I&N Dec. 208 (BIA 2014); Matter of *M-E-V-G-*, 26 I&N Dec. 227 (BIA 2014).

genera una gran confusión y restringe la definición de refugiado. Cabe señalar que estos requisitos se contradicen con la perspectiva del ACNUR.⁵⁷

La imposición de estos dos requisitos ha hecho especialmente difícil que los niños de América Central y México puedan huir de toda una serie de daños y violencia.⁵⁸ A pesar de que los niños o los subgrupos de niños son perseguidos precisamente a causa de su condición en la sociedad y su vulnerabilidad *como niños*, hay una gran resistencia por parte de los adjudicadores a considerar que, en una serie de circunstancias, los niños pueden constituir un grupo social reconocible (en otras palabras, pueden constituir un grupo social definido por la característica inmutable de la edad). Hasta la fecha, ningún tribunal federal ha aprobado un grupo social definido únicamente por la infancia, y un tribunal federal ha rechazado el concepto de “niños de la calle”.⁵⁹ No obstante, los tribunales que solo aplican la norma *Acosta* han tenido más tendencia a aprobar grupos sociales en los que la infancia o edad es por lo menos una de las características definitorias del grupo. En un fallo se aceptó la fórmula de un grupo social de ex niños soldados.⁶⁰ Por otro lado, los tribunales que aplican la norma *Acosta* con requisitos adicionales han rechazado sistemáticamente a grupos sociales definidos en su totalidad o en parte por la niñez por falta de distinción social y/o particularidad.⁶¹ Por ejemplo, se niega habitualmente el asilo a los niños que huyen de la violencia relacionada con pandillas, en particular los niños que se han resistido o se han opuesto al reclutamiento forzoso por las pandillas,⁶² porque el grupo social que citan carece de visibilidad social o reconocimiento social, así como de suficiente especificidad. Los adjudicadores justifican este enfoque afirmando que las pandillas persiguen indiscriminadamente a los jóvenes, y que no hay suficiente evidencia de que la sociedad perciba a ciertas poblaciones de los niños como más

⁵⁷ Un camino arriesgado (en el que se citan las críticas de expertos, académicos y tribunales).

⁵⁸ Estos daños, y en particular la violencia intrafamiliar y de las pandillas que impulsan la migración, se exploran en mayor detalle en los capítulos 2-7 sobre Honduras, El Salvador, Guatemala y México.

⁵⁹ *Escobar v. Gonzales*, 417 F. 3d 363 (3d Cir. 2005) (que rechaza el grupo social de “niños de la calle hondureños” partiendo de la conclusión que la edad no es inmutable y que el grupo es demasiado amplio y diverso).

⁶⁰ Véase, por ejemplo, *Cece v. Holder*, 733 F.3d 662, 673 (7th Cir. 2013) (que aprueba un grupo social determinado de mujeres jóvenes albanas que viven solas); *Lukwago v. Ashcroft*, 329 F.3d 157 (3d Cir. 2003) (que aprueba un grupo social particular de ex niños soldados); *Mohammed v. Gonzales*, 400 F.3d 785, 798 (9th Cir. 2005) (que aprueba un grupo social determinado de muchachas en el clan Benadiri); Anker, D. (2013). *Law of Asylum in the United States*. Eagan, MN: Thomson West (que cita *Matter of B-F-O-*, No. 78-677-043, 24 Immig. Rpt. B1-41, 43-44 (BIA, 6 de noviembre de 2001) (que reconoce como grupo social a los “niños abandonados en la calle en Nicaragua”); *pero véase Escobar v. Gonzales*, 417 F.3d 363 (3d Cir. 2005) (que rechaza el grupo social de “niños de la calle hondureños” partiendo de la conclusión que la edad no es inmutable y que el grupo es demasiado amplio y diverso).

⁶¹ Véase, por ejemplo, *Larios v. Holder*, 608 F.3d 105 (1st Cir. 2010) (que rechaza el grupo social de los “jóvenes guatemaltecos que se resisten a ser reclutados por las pandillas” por falta de visibilidad social y particularidad); *Orellana-Monson v. Holder*, 685 F.3d 511, 521-522 (5th Cir. 2012) (que rechaza al grupo social de los “varones salvadoreños de entre 8 y 15 años que han sido reclutados por la Mara 18, pero se negaron a unirse a la pandilla porque se oponían por principios a la pandilla y sus intenciones” por criterios de visibilidad social y particularidad); *Barrios v. Holder*, 581 F.3d 849, 854 (9th Cir. 2009) (que rechaza al grupo social de los “jóvenes varones guatemaltecos perseguidos por las pandillas para ser reclutados, pero se niegan a ello porque no están de acuerdo con las actividades criminales de las pandillas”); *Gomez-Guzman v. Holder*, 485 F. App'x 64 (6th Cir. 2012) (que rechaza al grupo de los “niños guatemaltecos menores de 14 años” por falta de particularidad).

⁶² Para obtener más información sobre la violencia de las pandillas y el reclutamiento forzado, consulte los capítulos 2-7 sobre Honduras, El Salvador, Guatemala y México, así como el capítulo 1 sobre el ACNUR y las entrevistas a niños migrantes.

vulnerables a la violencia de las pandillas.⁶³ De manera similar, también se ha negado el asilo a niñas objeto de ataques por parte de pandillas para convertirse en “novias” o esclavas sexuales de sus miembros, o unirse a la pandilla—ya que los adjudicadores también han rechazado a grupos sociales definidos por el género, la edad y/o la resistencia a las pandillas.⁶⁴ En muchos casos, los niños deberían tener derecho a asilo si se aplicara adecuadamente la definición de refugiado,⁶⁵ sin embargo, las interpretaciones restrictivas de la pertenencia a grupo social han impedido la protección. No obstante, es importante señalar que los adjudicadores—como los tribunales federales que sientan precedentes—se han mostrado más dispuestos a conceder asilo a niños perseguidos por su pertenencia a una familia, dado que el núcleo familiar se reconoce como una unidad fundamental en la mayoría de las sociedades. Un niño puede también ser objeto de ataques de agentes estatales o no estatales debido a la actividad de otros miembros de su familia.

Incluso si un adjudicador concluyera que un niño que huye del reclutamiento forzoso o la extorsión por las pandillas o que una niña forzada a mantener una relación con un miembro de una pandilla forma parte de un grupo social, el requisito del nexo continúa planteando retos importantes. Un adjudicador podría afirmar que la razón de una pandilla para perseguir a un niño es aumentar sus miembros, potencia y capital—no que el niño pertenezca a un grupo social. Asimismo, podría determinar que un pandillero que obliga a una niña a mantener una relación está cometiendo un acto de violencia aleatorio, y no la está persiguiendo debido a su género. Por desgracia, numerosos

⁶³ Véanse *Larios*, 608 F.3d at 109; *Orellana-Monson*, 685 F.3d at 521-522; *Barrios*, 581 F.3d at 854-855, *Gomez-Guzman*, 485 F. App'x. at 65, 68. Algunos tribunales han aprobado a grupos sociales formados por testigos del Gobierno y ex miembros de pandillas. Véase *Martínez v. Holder*, 740 F.3d 902 (4th Cir. 2014) (ex miembros de pandillas); *Henríquez-Rivas v. Holder*, 707 F.3d 1081 (9th Cir. 2013) (testigos que declararon contra miembros de las pandillas); *García v. Atty' Gen. of U.S.*, 665 F.3d 496 (3d Cir. 2011) (testigos que declararon contra miembros de las pandillas); *Urbana-Mejía v. Holder*, 597 F.3d 360 (6th Cir. 2010) (ex miembros de pandillas); *Benítez Ramos v. Holder*, 589 F.3d 426 (7th Cir. 2009) (ex miembros de pandillas). Aunque no hay fallos publicados, algunas solicitudes de asilo basadas en la persecución de líderes o seguidores de religiones y las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales han logrado superar también los primeros niveles de adjudicación. Véase *Frydman, L. y Neha, D.* (octubre de 2012). *Beacon of Hope or Failure of Protection? U.S. Treatment of Asylum Claims Based on Persecution by Organized Gangs. Immigration Briefings*, No. 12-10, pp. 20-26 (en lo sucesivo “Beacon of Hope or Failure of Protection?”) (en el que se analiza el éxito de los casos de persecución religiosa en el nivel de los tribunales de inmigración); véase también *Matter of M-E-V-G-*, 26 I&N Dec. 227, 251 (BIA 2014) (en el que se reconoce que “una situación factual en la que las pandillas están persiguiendo a homosexuales puede sustentar la afirmación de un grupo social particular”).

⁶⁴ Véase, por ejemplo, *Rivera-Barrientos v. Holder*, 666 F.3d 641 (10th Cir. 2012).

⁶⁵ Por ejemplo, el fallo del Tercer Circuito en el caso *Escobar*, 417 F.3d at 363 (rechazo de un grupo social de “niños de la calle Honduras” sobre la base de la conclusión que la edad no es inmutable y que el grupo es demasiado y diverso) es deficiente. En primer lugar, los tribunales federales y la BIA han reconocido que la edad es una característica inmutable; aunque no es estática, ni la edad ni la condición de niño se pueden alterar en un momento dado en el tiempo. Véase, por ejemplo, *Cece*, 733 F.3d at 673 (en el que se afirma que las “jóvenes albanas que viven solas” son un grupo reconocible y se concluye que “ni su edad, género, nacionalidad o condición de vida son alterables”); *Matter of S-E-G-*, et al., 24 I&N Dec. 579, 583-84 (BIA 2008) (en el que se reconoce que “la mutabilidad de la edad se escapa a nuestro control, y que si una persona ha sido perseguida en el pasado a causa de su pertenencia a un grupo social definido por la edad, o se enfrenta a dicha persecución en un momento en que su edad lo sitúa dentro de dicho grupo, todavía se puede reconocer una razón para el asilo”). En segundo lugar, la preocupación por el tamaño o la amplitud de un grupo social no constituye una base legal sólida para la denegación. Véase *Cece*, 733 F.3d at 673 (en el que se rechaza el argumento del temor a que se abran las compuertas y se explica que, incluso cuando un grupo protegido de personas es numeroso, el número que puede demostrar el nexo es probablemente pequeño).

fallos publicados por los tribunales federales han adoptado estos criterios para resolver las reclamaciones relacionadas con la resistencia a la violencia de las pandillas.⁶⁶

Es poco probable que las solicitudes basadas en otros daños que obligan a los niños a migrar— como la extrema pobreza y la falta de acceso a educación (lo que se traduce en una violación del derecho internacionalmente reconocido al desarrollo), o la falta de un cuidador adecuado—⁶⁷ lleguen a aceptarse sobre la base de la pertenencia a un grupo social determinado para solicitar asilo.⁶⁸ Pese a que los niños en estas situaciones pueden sufrir graves consecuencias debido a estas privaciones iniciales o, en el caso de niños cuyos familiares ya no pueden cuidarlos, son particularmente vulnerables a la persecución, la interpretación del nexo en Estados Unidos hace que sea difícil demostrar la relación de causalidad requerida entre la persecución y uno de los cinco motivos previstos para el asilo y la suspensión de la expulsión. Es probable que los niños en las situaciones descritas anteriormente hayan sufrido o corran peligro debido a su condición de niños, y su marginación económica y la falta de protección parental. Teniendo en cuenta la interpretación actual de un grupo social y los requisitos para probar el nexo, sería sumamente difícil para los niños en estas circunstancias que prevalezcan sus solicitudes de protección.

Incapacidad/falta de voluntad del Gobierno para proteger. Cuando el perseguidor es un actor no estatal, en lugar del Estado, que es el caso para muchos niños, el solicitante debe demostrar que el Gobierno “no puede o no quiere” controlar la persecución contra el solicitante.⁶⁹ Como se explica en los capítulos sobre Honduras, El Salvador, Guatemala y México,⁷⁰ los gobiernos de América Central y México no protegen a los niños de la violencia debido a una variedad de factores, como la debilidad del marco institucional, la falta de recursos, los altos niveles de corrupción y la aceptación de la impunidad. No obstante, los adjudicadores imponen a menudo los mismos criterios a los niños que a los adultos, y se niegan a determinar que el Gobierno no puede o no quiere proteger a un niño, si no ha denunciado la persecución a las autoridades. Este enfoque ignora por completo la realidad de los niños, y la manera en que su edad, grado de desarrollo y dependencia de adultos impiden que puedan denunciar el daño.⁷¹

⁶⁶ Véanse, por ejemplo, *Mayorga-Vidal v. Holder*, 675 F.3d 9, 19 (1st Cir. 2012); *Rivera-Barrientos*, 666 F.3d at 653; *Méndez-Barrera v. Holder*, 602 F.3d 21, 27 (1st Cir. 2010); *Santos-Lemus v. Mukasey*, 542 F.3d 738, 747 (9th Cir. 2008); *Domínguez v. Ashcroft*, 336 F.3d 678, 680 (8th Cir. 2003); *Matter of S-E-G-*, 24 I&N Dec. 579 at 587; *Matter of E-A-G-*, 24 I&N Dec. 591, 597 (BIA 2008).

⁶⁷ Estos daños se exploran en detalle en los capítulos 2-7, sobre Honduras, El Salvador, Guatemala y México.

⁶⁸ Sin embargo, un niño podría reunir las condiciones necesarias para obtener asilo, si se le niega el acceso a la educación por motivo de raza, religión, nacionalidad u opinión política; véase *Perdomo v. Holder*, 611 F.3d 662, 669 (9th Cir. 2010) (en el que se señala que “hemos rechazado la noción de que una persona perseguida puede representar simplemente a una población demasiado numerosas para que todos sus miembros tengan derecho a asilo”); *Karouni v. Gonzales*, 399 F.3d 1163, 1172 (9th Cir. 2005) (en el que se aprueba el grupo social de “todos los homosexuales extranjeros”); ACNUR, *Directrices sobre protección internacional No. 2: “Pertenencia a un determinado grupo social” en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967*, párrafo 18, U.N. Doc. HCR/GIP/02/02 (7 de mayo de 2002) (en el que se afirma que “[e]l tamaño del supuesto grupo social no es un criterio importante en la determinación de la existencia de un grupo social”).

⁶⁹ 8 C.F.R. §§ 1208.13(b)(1)-(b)(2) (West).

⁷⁰ Véanse los capítulos 2-7 sobre Honduras, El Salvador, Guatemala y México.

⁷¹ Un camino arriesgado, p. 13.

Influencia indebida de las preocupaciones políticas. Otra barrera para las solicitudes de asilo de los niños es la influencia indebida de las políticas de control migratorio en las decisiones en materia de asilo. Algunas decisiones de los adjudicadores reflejan un temor a la proverbial apertura de las compuertas si definen un determinado grupo social compuesto por niños (o mujeres),⁷² ya que estos grupos pueden constituir una gran proporción de la población de un país. Estos temores son no solo improcedentes para interpretar la definición de refugiado, sino también infundados, porque aprobar un determinado grupo social influye poco sobre el número de personas que podrían reunir las condiciones necesarias para obtener asilo en última instancia a causa de su pertenencia a ese grupo. Numerosos requisitos estrictos de la definición de refugiado—como demostrar un temor bien fundado a la persecución, establecer el nexo necesario entre la persecución y el grupo social, demostrar que el Gobierno no puede o no quiere proteger al niño—limitan el número de solicitudes aprobadas.⁷³ Además, los restantes razones mencionadas—raza, religión, nacionalidad, opinión política—también incluyen un gran número de personas; sin embargo, esto no ha interferido con su aceptación como razones para el asilo. Además, la amplitud de estos motivos no ha provocado una masiva afluencia de miembros de estos grupo, ni el reconocimiento de amplios grupos sociales generalmente aceptados como tal, como los homosexuales que huyen de persecución basada en su orientación sexual o las mujeres y las niñas de un determinado clan que huyen de la mutilación genital femenina.⁷⁴

Las preocupaciones en materia de política de los adjudicadores han sido especialmente evidentes en la denegación de solicitudes de niños que huyen de la violencia de las pandillas. Por ejemplo, algunas decisiones de los tribunales federales y de la BIA, la máxima instancia judicial de inmigración, han declarado expresamente que los ex miembros de pandillas no deben ser reconocidos como un grupo social determinado, porque el Congreso de Estados Unidos no tenía la intención de brindar protección a estas personas, independientemente del riesgo que corran sus vidas si regresan.⁷⁵ La BIA ha llegado incluso a rechazar un grupo social de niños que se suponían *erróneamente* miembros de pandillas; razonó incorrectamente que, dado que la política estadounidense no reconoce a miembros actuales o ex miembros de pandillas como un grupo social, las autoridades competentes en materia de solicitudes de asilo no deben reconocer a los presuntos miembros de pandillas como un grupo social.⁷⁶ Muchas de esas decisiones son

⁷² La BIA dictaminó recientemente, en un fallo que sentó precedente, que “las mujeres guatemaltecas casadas incapaces de abandonar la relación conyugal” constituyen un grupo social reconocido. La BIA dejó abierta la cuestión de si un grupo social solamente por su género podía satisfacer el criterio de grupo social. Este fallo marca un avance significativo en la ley con respecto a los grupos sociales, pero sin una decisión publicada que afirme directamente que “las mujeres” constituyen un grupo social, los adjudicadores a todos los niveles se resisten a reconocer una definición tan amplia de un grupo. Véase *Matter of A-R-C-G- et al.*, 26 I&N Dec. 388 (BIA 2014).

⁷³ La carga de la prueba recae en el solicitante de asilo para establecer que cumple la definición de refugiado. Para superar esta carga, también se tiene que determinar la credibilidad de un solicitante de asilo, 8 U.S.C. § 1158 (b)(1)(B)(ii)-(iii), que no puede reubicarse internamente para evitar la persecución, 8 C.F.R. §§ 208.13(b)(1)(i)(B), (b)(2)(ii)), que no está excluido del asilo, 8 U.S.C. §§ 1158(a)(2), (b)(2)(A)), y que merece recibir asilo, en el ejercicio de la discreción, 8 U.S.C. § 1158 (b)(1).

⁷⁴ Musalo, K. (2007). Protecting Victims of Gendered Persecution: Fear of Floodgates or Call to (Principled) Action? *Virginia Journal of Social Policy & the Law*, 14, 119. Disponible en <http://librarysource.uchastings.edu/repository/Musalo/14VaJSocPolyL119.pdf>.

⁷⁵ Véase, por ejemplo, *Cantarero v. Holder*, 734 F.3d 82, 86 (1st Cir. 2013); *Arteaga v. Mukasey*, 511 F.3d 940, 945-56 (9th Cir. 2007); *Matter of W-G-R-*, 26 I&N Dec. 208, 215 n.5 (BIA 2014); *Matter of E-A-G-*, 24 I&N Dec. 591, 596 (BIA 2008).

⁷⁶ Véase *Matter of E-A-G-*, 24 I&N Dec. 591 (BIA 2008).

infundadas desde el punto de vista jurídico, y si se interpretan con equidad, estos grupos cumplirían los criterios de grupo social particular. Los miembros del grupo comparten características inmutables y las condiciones del país demuestran que su vulnerabilidad a distintas formas de violencia de las pandillas está ampliamente reconocida en la sociedad.

Los tribunales deben aplicar la ley a los hechos, no hacer política—sin embargo, los tribunales han hecho explícitamente eso. Además, muchas de las preocupaciones sobre la concesión de asilo a las personas—como ex miembros de pandillas—que no lo merecen están fuera de lugar. Otras disposiciones legales, como las que excluyen a personas con graves antecedentes penales o que constituyan un peligro para el país, son más que suficientes para impedir la protección de solicitantes peligrosos o que no la merezcan. Los adjudicadores también siguen gozando de discreción para denegar el asilo a una persona que no reúna las condiciones necesarias de otro modo, pero cuya residencia en Estados Unidos no es deseable. Esto ocurre con frecuencia en los casos de los solicitantes con antecedentes criminales o un historial de fraude de inmigración.⁷⁷

Estados Unidos debería proteger a los jóvenes concienciados que se enfrentan a la muerte debido a su valiente negativa a unirse a las pandillas. Sin embargo, debido a varias decisiones erróneas y vinculantes para los tribunales inferiores, se ha observado una tendencia a negaciones viscerales de muchas solicitudes de asilo de jóvenes que huyen de la persecución de las pandillas, sin considerar de manera adecuada las pruebas presentadas en cada caso.⁷⁸

2. *Suspensión de expulsión*

Al igual que el asilo, la suspensión de la expulsión requiere una muestra del daño a causa de una de las cinco razones legales previstas;⁷⁹ por lo tanto, una persona que solicita la suspensión de su expulsión se enfrenta a las mismas barreras aplicables al asilo. Sin embargo, a diferencia del asilo, la suspensión de la expulsión requiere una mayor probabilidad del daño: la persona debe demostrar que es “más probable que no”, o que existe al menos un 51% de probabilidad de que sufra persecución—a diferencia de solo un 10% de probabilidad en el caso del asilo.⁸⁰ La mayor probabilidad requerida para la suspensión de la expulsión puede hacer que sea más difícil que obtener asilo. La suspensión de la expulsión puede beneficiar a algunas personas que estarán excluidas por otras razones del asilo—por ejemplo, debido a que no solicitaron asilo dentro del plazo de un año.⁸¹ A diferencia del asilo, una vez que se cumplen los requisitos legales para la

⁷⁷ El asilo es una forma discrecional de protección. Véase INA § 208 (b)(1)(A), 8 U.S.C.A. §1158 (b)(1)(A) (West): “El Secretario de Seguridad Nacional o el Fiscal General pueden conceder asilo” a un migrante que lo haya solicitado y cumple la definición legal de refugiado; *I.N.S. v. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421 (1987) (que afirma que el asilo es discrecional).

⁷⁸ Véase *Beacon of Hope or Failure of Protection?*, pp. 7-8.

⁷⁹ 8 C.F.R. § 1208.16(b) (West).

⁸⁰ Véase *Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. at 421 (1987) (que establece la carga de la prueba de la probabilidad de persecución para el asilo y la suspensión de la expulsión).

⁸¹ Conforme a las leyes de Estados Unidos, las personas deben solicitar asilo en el plazo de un año desde su llegada al país—esto conoce como el año de plazo para la solicitud. El plazo de un año no se aplica a los NNA, que definen como niños menores de 18 años que carecen de condición legal para permanecer en Estados Unidos y no estaban acompañados por un progenitor o un tutor en el momento de su aprehensión. A pesar de que el plazo sí se aplica a los niños acompañados cuando fueron aprehendidos en Estados Unidos, hay algunas excepciones a la fecha límite aplicables a los niños en determinadas circunstancias. El adjudicador examina estas excepciones caso por caso.

suspensión, el beneficio es obligatorio y no está sujeto a la discreción del adjudicador. Por lo tanto, la suspensión puede resultar crítica para los solicitantes que no reúnen las condiciones necesarias para obtener asilo debido al plazo de un año para la solicitud, o a causa de factores negativos que llevan a una negación en el ejercicio de la discreción. En realidad, sin embargo, se niega la protección a la mayoría de los niños que no son elegibles para el asilo debido a la falta de prueba de la persecución a causa de uno de los cinco motivos, lo que los excluiría igualmente de la suspensión.

3. *Convención contra la Tortura*

Los requisitos para la protección en el marco de la CCT difieren en aspectos fundamentales del asilo y la suspensión de la expulsión. En primer lugar, el nivel de daño debe equivaler a “tortura”, que tiene una definición técnica y generalmente se considera más grave que la “persecución”.⁸² No existe ningún requisito de demostrar un vínculo entre la tortura y la raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un grupo social determinado (como sucede con la elegibilidad para el asilo o la suspensión de la expulsión). Sin embargo, si un agente no estatal es el autor de la tortura temido, el solicitante debe demostrar un mayor nivel de participación del Gobierno que el necesario para el asilo y la suspensión de la expulsión. En concreto, la persona debe demostrar que el Gobierno “consintió o toleró” la tortura o lo hará en el futuro, lo cual es más difícil de establecer que el criterio de “no poder o no estar dispuesto a proteger” requerido para el asilo y la suspensión de la expulsión. Las pruebas de que los gobiernos ofrecen una protección ineficaz no son suficiente para establecer su aquiescencia, sino que se debe demostrar que eran conscientes de que se iban a producir torturas y no intervinieron. Además, no hay directrices relativas a los temas singulares que se plantean en las solicitudes presentadas por niños en el marco de la CCT. La combinación de estas cuestiones hace que sea especialmente difícil para los niños obtener protección en virtud de la CCT.

C. *Condición especial para inmigrantes menores de edad*

En 1990, Estados Unidos creó la SIJS para proteger a los niños inmigrantes en situación irregular que habían sido objeto de malos tratos, desamparados o abandonados por sus progenitores, y para los que el regreso a su país de origen no redundaba en su interés superior.⁸³ Estados Unidos creó originalmente este tipo de beneficio para abordar un vacío en la protección de los niños en situación irregular asignados a programas estatales de acogida. Aunque estos niños fueron sacados de condiciones de vida perjudiciales, no contaban con una vía para obtener la residencia permanente en Estados Unidos y, por tanto, un plan para su bienestar permanente. Esto contraviene la exigencia de las leyes sobre dependencia de muchos estados de que cada niño tenga un plan de permanencia.

La SIJS es única en comparación con otros tipos de beneficios migratorios, porque se requiere la participación de tribunales estatales especializados en cuestiones relacionadas con la custodia infantil, antes de que las autoridades federales de inmigración puedan aprobar la solicitud de visa. Se trata también del único tipo de beneficio migratorio que tiene en cuenta el interés superior del

Véase INA §§ 208 (a)(2)(B), (a)(2)(E), 8 U.S.C.A. § 1158 (a)(2)(B), (a)(2)(E) (West); 8 C.F.R. § 208.4 (a)(5)(ii) (West).

⁸² 8 C.F.R. §§ 1208.16-1208.18 (West).

⁸³ 8 C.F.R. § 204.11 (West).

niño; de hecho, los tribunales estatales están obligados a decidir en función del interés superior del niño en todos los casos. El Congreso de Estados Unidos creó este criterio bifurcado—que requiere determinaciones tanto de los jueces de menores estatales como de las autoridades federales de inmigración— porque los tribunales de menores tienen más experiencia con el bienestar de la infancia que las autoridades de inmigración a la hora de determinar el interés superior.⁸⁴

En 2008, Estados Unidos modificó la ley que creó la SIJS para proteger a los niños para los cuales la reunificación con *uno o ambos* progenitores no sea posible—el primer caso se conoce como solicitudes de SIJS con un progenitor—en lugar de solo ambos padres, como exigía anteriormente la ley. Para poder beneficiarse de la SIJS en virtud de la legislación actual, un niño—definido como una persona soltera menor de 21 años—debe superar varios obstáculos.⁸⁵ En primer lugar, un tribunal de menores estatal debe adoptar una serie de conclusiones, entre las que se incluyen: (1) declarar que el niño depende del tribunal—por ejemplo, mediante su asignación a un hogar de acogida—o poner al niño bajo la custodia legal de un organismo del estado u otra persona designada por el estado, como un programa de asignación de delincuentes; (2), declarar que el niño que no puede reunificarse con uno o ambos progenitores debido al abuso, la negligencia o el abandono, y (3) declarar que la devolución a su país de ciudadanía no redundaría en su interés superior.⁸⁶

Para adoptar la segunda conclusión, un tribunal aplicará los términos “abuso”, “negligencia” y “abandono” según la definición de la legislación estatal; sin embargo, no se requiere que se haya formulado una acusación formal de abuso, negligencia o abandono contra los progenitores. Entre los niños que pueden verse beneficiados están aquellos a los que sus progenitores han maltratado físicamente y/o emocionalmente, han desatendido sus necesidades básicas (como vivienda, alimentación, educación) o han abandonado por completo—ya sea intencionalmente o como resultado de la muerte de uno de los progenitores.

Toda una serie de tribunales estatales que conocen casos relacionados con la custodia infantil, como tribunales de familia, tribunales sobre dependencia, tribunales sobre delincuencia infantil y tribunales encargados de determinar la tutela de niños, tienen autoridad para adoptar estas tres “conclusiones especiales”. Una vez que concluyen los procedimientos estatales, el niño debe presentar pruebas de las conclusiones del tribunal estatal, junto con una solicitud de la SIJS ante las autoridades federales de inmigración. El Servicio de Ciudadanía e Inmigración de Estados Unidos (USCIS)—el organismo que decide las solicitudes de la SIJS—examina la orden del tribunal estatal para determinar si cuenta con suficiente información acerca de los fundamentos de sus conclusiones y revisa la solicitud y las pruebas presentadas, con el fin de determinar si el niño cumple los requisitos sobre edad y de otro tipo de la SIJS. Una vez que las autoridades de inmigración conceden al niño la SIJS, recibe una visa que garantiza inmediatamente la residencia permanente.

⁸⁴ Véase Chen, G. Z. T. (2002). *Elian or Alien? The Contradictions of Protecting Undocumented Children Under the Special Immigrant Juvenile Statute*. *Hastings Constitutional Law Quarterly*. 27, 597, p. 602. Disponible en <http://www.hastingsconlawquarterly.org/archives/V27/I4/Chen.pdf>.

⁸⁵ 8 C.F.R. § 204.11 (West). No obstante, en realidad, muchos estados ponen fin a la dependencia a los 18 años, lo que significa a menudo que los niños de entre 18 y 20 años no obtienen la determinación necesaria de un tribunal de menores estatal para poder beneficiarse de la SIJS.

⁸⁶ 8 U.S.C. § 1101(a)(27)(J) (West); 8 C.F.R. § 204.11 (West).

La SIJS puede ser un tipo de beneficio importantes para los niños de América Central y México que cumplen los requisitos de elegibilidad, ya que proporciona una vía de acceso inmediato a la residencia y no requiere de intensas entrevistas con el niño (que pueden reproducir el trauma en algunos casos), al igual que el asilo y las formas conexas de protección. Sin embargo, nunca se determina la elegibilidad para la SIJS de muchos niños inmigrantes ingresados en el sistema de acogida de Estados Unidos, como consecuencia de abusos, negligencia o abandono, por diversos motivos, como la falta de información sobre su situación migratoria y las opciones obtener beneficios. Es posible que los trabajadores sociales asignados a sus casos no tengan más información sobre la situación migratoria del niño y a menudo carezcan de información acerca de sus opciones legales para obtener beneficios. Por otra parte, aquellos niños identificados en el sistema de bienestar de la infancia como potencialmente elegibles para la SIJS, o aquellos que intentan obtener explícitamente una orden especial de un tribunal de menores se enfrentan a varios obstáculos para obtener beneficios. Por ejemplo, algunos jueces de tribunales estatales no están familiarizados con las leyes federales sobre la SIJS, y, por tanto, no entienden que adoptar las conclusiones antes mencionadas no significa que se otorgue un beneficio de inmigración, algo que el juez considera que está fuera de su jurisdicción (dado que los asuntos de inmigración dependen totalmente de la autoridad del Gobierno federal). Por esta razón, algunos jueces de tribunales estatales se muestran reacios a emitir una orden con las conclusiones requeridas, a pesar de que adoptan decisiones similares en otras cuestiones relacionadas con la custodia y la dependencia (y las leyes les confieren claramente la autoridad para ello).⁸⁷

Las exigencias probatorias del organismo del Gobierno federal encargado de adjudicar las solicitudes de SIJS—el USCIS—con respecto a la edad y la identidad del niño también ha creado obstáculos para la obtención de este beneficio. Los reglamentos federales permiten a los agentes del USCIS considerar una serie de documentos oficiales extranjeros para establecer la edad de un solicitante, con el fin de probar que tiene menos de 21 años y es por lo tanto elegible, pero existe poca orientación sobre qué documentos son suficientes. Es posible que muchos niños que viajan solos no tengan una versión original o una copia de su certificado de nacimiento por diversas razones, o que la documentación que han traído con ellos sea incorrecta.⁸⁸ Aunque los requisitos de los reglamentos no incluyen la evidencia del parentesco (una prueba de la identidad de uno de los progenitores que aparece en un certificado de nacimiento), el USCIS la tiene en cuenta con frecuencia y, en ocasiones, ha fundamentado solicitudes de la SIJS o ha justificado denegaciones.⁸⁹ Además, en algunos casos, el USCIS pide las pruebas presentadas al tribunal de menores estatal con el fin de determinar el fundamento de las conclusiones del tribunal en relación con los abusos, el abandono y la desatención, la incapacidad para reunificarse con uno o ambos padres como consecuencia de ello, y que regresar a su país no redundaría en el interés superior del niño; aunque el USCIS no está cualificado ni es responsable de adoptar este tipo de conclusiones, reservadas a los expertos sobre el bienestar de la infancia y cuestiones relacionadas con la custodia. El Congreso

⁸⁷ Un camino arriesgado, pp. 40-41; véase también Jungk, A. (febrero de 2013). Practice Advisory: An Update on One-Parent Special Immigrant Juvenile Status Claims (en el que se encuesta a expertos en SIJS de todo el país y se concluye que algunos tribunales locales se han resistido enérgicamente a que se presenten ante ellos órdenes de SIJS en casos con un progenitor).

⁸⁸ Por ejemplo, los certificados de nacimiento de algunos niños contienen información incorrecta sobre el parentesco. No es raro que en algunos países de América Central se incluyan los nombres de abuelos en el certificado de nacimiento de un niño si la madre tenía menos de 18 años en el momento del parto, y a menudo es difícil corregir este error. Esto lleva a una considerable confusión cuando se solicita la SIJS al USCIS.

⁸⁹ Véase Un camino arriesgado, pp. 44-45.

de Estados Unidos creó intencionalmente un proceso bifurcado en el que el USCIS no está encargado de reexaminar las pruebas de abuso, negligencia, abandono, y el interés superior del niño—ya que el tribunal de menores estatal con experiencia en estas cuestiones ya las ha evaluado—sino que debe centrarse en la propia elegibilidad del niño para la SIJS y cualquier otro factor discrecional. El cuestionamiento por el USCIS de las conclusiones especiales adoptadas por los tribunales estatales de menores puede provocar retrasos en la adjudicación de casos y generar más estrés a los niños. Es más, en algunos casos, este organismo puede estar violando las leyes estatales sobre confidencialidad que protegen a los niños al solicitar revisar la documentación de los casos de dependencia o delincuencia del niño.

A pesar de ser positiva en muchos aspectos, la SIJS conlleva una desventaja significativa. Un niño que haya recibido la SIJS *nunca* puede solicitar un permiso para que un progenitor inmigre a Estados Unidos y regularice su situación migratoria. El Congreso no se preocupó mucho de esta cuestión cuando promulgó inicialmente la ley sobre la SIJS, ya que la reunificación con *ambos* progenitores no era viable debido al abuso, la negligencia o el abandono. Sin embargo, cuando el Congreso modificó la ley en 2008 para tener en cuenta las situaciones de abuso, abandono o negligencia por parte de *uno* de los progenitores, debería haber modificado, pero no lo hizo, la sección de la ley que impide que un niño confiera su condición migratoria al progenitor no abusivo, en consonancia con este cambio. Por lo tanto, en los casos con un progenitor, el no abusivo padre puede ser el principal cuidador del niño y la persona idónea para cuidarle, pero no puede obtener un permiso para viajar a Estados Unidos para reunirse con su hijo o hija, o para permanecer en Estados Unidos sin temor a ser deportados si se encuentra en situación irregular. La incapacidad de los niños a los que se ha concedido la SIJS de reunificarse con el otro progenitor responsable o patrocinarlo (ya sea como beneficiario derivado de la solicitud de la SIJS o a través de un proceso de solicitud de visa por vínculos familiares) frustra el objetivo de la unidad de la familia del Gobierno de Estados Unidos. Lo que es aún más importante, a menudo choca directamente con los intereses de los niños y el derecho a la familia, lo que se traduce en tensión con el derecho internacional, como se expone en la sección III.A anterior y se analiza con mayor detalle en el capítulo 11 sobre separación familiar.

D. Visas para víctimas de trata y otros crímenes graves

El Gobierno de Estados Unidos ha creado dos categorías de visas para proteger a las víctimas de la trata de personas y otros delitos graves con el fin de animarles a denunciar los crímenes a las autoridades estadounidenses y no sufrir en silencio por miedo a ser deportados: La categorías de regularización de no inmigrantes “T” y “U” (conocidas como “visa T” y “visa U”). En ambos casos, el beneficiario puede permanecer legalmente en Estados Unidos hasta cuatro años y tiene derecho a solicitar la residencia permanente después de tres años. Las visas T y U también permiten que el niño confiera su condición migratoria a sus progenitores, incluso cuando se encuentran en el extranjero.⁹⁰ Los titulares de la visa son elegibles para beneficios y servicios especiales, como cupones de alimentos y seguridad social.⁹¹ Estos beneficios y la promoción de la reunificación

⁹⁰ El cónyuge, los hijos, los padres y los hermanos solteros menores de 18 años de un titular de una visa T o U menor de 21 años se consideran beneficiarios derivados. 8 C.F.R. §§ 245.23(b)(2), 245.24(a)(2) (West).

⁹¹ Las víctimas de la trata de personas certificadas por la ORR son elegibles para los mismos servicios que una persona designada como refugiada por el USCIS. Si la víctima es menor de 18 años, es elegible para ciertos beneficios sin el requisito de la certificación. Estos beneficios pueden incluir cupones para alimentos, asistencia

familiar convierten a las visas T y U en un recurso positivo para las víctimas de la trata y las víctimas de otros delitos.

Para calificar para una visa T, el solicitante debe cumplir tres requisitos principales. En primer lugar, debe ser víctima de una forma “grave” de la trata de seres humanos tal como se definen en la ley federal. Las “formas graves de la trata de personas” incluyen la trata sexual, es decir la inducción de cualquier persona “por la fuerza, el fraude o la coacción” a participar en el sexo comercial, o todo menor de 18 años que participa en el comercio sexual, se considera una víctima de la trata de personas y puede optar a una visa T.⁹² También incluye la trata laboral, que se define como “el reclutamiento, la acogida, el transporte, la provisión o la obtención de una persona para realizar trabajos o servicios, mediante el uso de fuerza, fraude o coacción para el propósito de sometimiento a servidumbre involuntaria, esclavitud, servidumbre por deudas o esclavitud”.⁹³ En segundo lugar, el niño debe estar en Estados Unidos por el hecho de ser una víctima de la trata de personas, y debe demostrar que sufriría situaciones de penalidad extrema con “inusuales y graves daños” si fuera deportado de Estados Unidos.⁹⁴ Este beneficio solo se aplica a aquellos que son víctimas de la trata de personas en Estados Unidos, y no a las personas que hayan sido víctimas de trata antes de su llegada a Estados Unidos; sin embargo, algunos activistas han logrado ganar casos en que pudieron demostrar que el niño fue traído a Estados Unidos para someterlo a la trata, incluso cuando fue aprehendido antes de encontrarse en una situación de trata. Además, los solicitantes adultos deben cooperar con las solicitudes razonables de un organismo encargado de hacer cumplir la ley de asistencia para la investigación o el enjuiciamiento de la trata de seres humanos, a menos que sufran traumas que les impidan cooperar. Los niños menores de 18 años en el momento de la victimización están exentos de este requisito.⁹⁵

La visa U, al igual que la visa T, protege a las víctimas de delitos, pero solo a las que han sufrido un maltrato físico o mental considerable como consecuencia de haber sido víctimas de ciertos delitos graves *en Estados Unidos*.⁹⁶ Para poder optar a la visa U, la persona debe obtener una certificación organismo de aplicación de la ley federal, estatal o local de Estados Unidos (que incluye a aquellos encargados de detectar, investigar o enjuiciar la actividad criminal como la policía, los jueces y los fiscales) en la que se afirme que “ha colaborado, está colaborando o es

temporal para familias necesitadas (TANF); ingreso suplementario de seguridad (SSI); dinero en efectivo y asistencia médica para refugiados (RCA y RMA); servicios de salud, como Medicaid o los programas estatales de seguros médicos para niños (CHIP); y otros servicios sociales como el ingreso en el programa para NNA de la ORR, que consiste en un programa de acogida a largo plazo administrado por los estados. Véase Departamento de Salud y Servicios Humanos (mayo de 2012). Services Available to Victims of Human Trafficking: A Resource Guide for Social Service Providers. Disponible en http://www.acf.hhs.gov/sites/default/files/orr/traffickingservices_0.pdf.

⁹² Victims of Trafficking and Violence Protection Act of 2000, Pub. L. No. 106-386, § 103 (8)(A), 114 Stat. 1464 (2000).

⁹³ 22 U.S.C.A. § 7102(9) (West).

⁹⁴ 8 U.S.C.A. § 1101(a)(15)(T)(i) (West).

⁹⁵ 8 U.S.C.A. § 1101(a)(15)(T)(i)(III)(aa)-(cc) (West).

⁹⁶ La lista de crímenes incluye lo siguiente: “violación, tortura, trata, incesto, violencia doméstica, agresión sexual, contacto sexual abusivo, prostitución, explotación sexual, acecho, mutilación genital femenina, toma de rehenes, esclavitud, servidumbre involuntaria, comercio de esclavos, secuestro, rapto, restricción penal ilegal, encarcelamiento ilegal, chantaje, extorsión, homicidio, asesinato, agresión agravada, manipulación de testigos, obstrucción de la justicia, perjurio, fraude en contratación de mano de obra extranjera (tal como se define en [18 U.S.C. § 1351]); o intento, conspiración, o incitación a cometer cualquiera de los delitos mencionados”. 8 U.S.C.A. § 1101(a)(U)(iii) (West).

probable que colabore” en la investigación o el enjuiciamiento de la actividad criminal.⁹⁷ Sin embargo, a diferencia de la visa T, los niños no están exentos de este requisito de cooperación, a pesar de que un progenitor, un tutor o “un amigo cercano” pueden cooperar y presentar la información en representación de niños menores de 17 años.⁹⁸

Aunque son aparentemente simples de obtener, hay varios obstáculos que impiden que los niños migrantes obtengan visas T y U:

En primer lugar, muchos niños migrantes no tienen conocimiento de estas visas un tanto ocultas y, por lo tanto, no se dan cuenta de que pueden ser elegibles. Su falta de conocimiento se ve agravada por el hecho de que no tienen abogados que les expliquen sus opciones para beneficios de inmigración. Especialmente en lo que respecta a visas T, hay una necesidad de mejorar los exámenes en la frontera, así como dentro de Estados Unidos, ya que no se detecta a muchos niños inmigrantes que pueden ser víctimas.

En segundo lugar, como se ha señalado anteriormente, la visa T solo está disponible para aquellos que se encuentran en Estados Unidos a causa de la trata de personas. Esto requiere demostrar que las situaciones de trata se han producido en Estados Unidos o poder probar que fueron llevados a Estados Unidos para someterlos a trata. Los niños centroamericanos y mexicanos que fueron víctimas durante el viaje de migración antes de llegar a Estados Unidos pueden enfrentarse a dificultades significativas para obtener de una visa T, si son detenidos antes de acabar en la situación de trata. Al mismo tiempo, los niños como estos que fueron víctimas de crímenes fuera de Estados Unidos no se consideran normalmente elegibles para una visa U. En ambos casos, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley estadounidense deben estar interesados en investigar y detener a las organizaciones criminales que atentan contra los niños que viajan a Estados Unidos, y los niños tienen ciertamente una necesidad de protección. Por lo tanto, se promovería aparentemente el objetivo de las visas U y T si se concediera protección en estos casos.

Tercero, en lo que respecta a los casos de visas U, puede ser sumamente difícil obtener la certificación necesaria de las autoridades. Muchos organismos encargados de hacer cumplir la ley piensan erróneamente que conceden un beneficio de inmigración, en lugar de certificar simplemente que la persona es una víctima y ha cooperado con ellos.⁹⁹

Cuarto, algunos niños que son elegibles para visas T o U pueden solicitar en su lugar la SIJS, ya que este proceso es a menudo más fácil y más rápido.¹⁰⁰ Sin embargo, al no intentar obtener visas T y U, los niños que optan por solicitar la SIJS no se acogen a los beneficios especiales y servicios disponibles para las víctimas de trata y los delitos antes mencionados. Por otra parte, en algunos casos de SIJS con un progenitor se les priva de la posibilidad de que el progenitor no abusivo se reúna con ellos en Estados Unidos.

⁹⁷ 8 U.S.C.A. § 1101(a)(U)(III) (West).

⁹⁸ 8 U.S.C.A. §§ 1101(a)(U)(i)(II), (III) (West).

⁹⁹ Un camino arriesgado, p. 51.

¹⁰⁰ Un camino arriesgado, p. 52.

E. Otras formas de beneficios de inmigración

En ocasiones, los niños de América Central y México pueden solicitar varios otros tipos de beneficios, como la discrecionalidad procesal, la Acción Diferida para los Llegados en la Infancia (DACA), la protección por la Ley sobre la Violencia Contra las Mujeres (VAWA), la TPS y la suspensión de la expulsión. Sin embargo, ninguno de estos tipos de beneficios requieren los adjudicadores consideren lo que redundaría en el interés superior del niño. Tampoco garantizan la regularización de la situación migratoria a todos los niños migrantes con necesidad de protección.

1. Discrecionalidad procesal

Aunque no se trata de un “beneficio”, algunos niños pueden evitar la deportación si el Servicio de Inmigración y Control de Aduanas (ICE) decide voluntariamente no proseguir con una expulsión aplicando lo que se denomina discrecionalidad procesal. El término discrecionalidad procesal se refiere tanto al ejercicio de la discreción por el Gobierno de Estados Unidos en una serie de decisiones relacionadas con las leyes de inmigración, y a la vigencia temporal de la deportación a través de programas tales como la DACA y la Acción Diferida para Padres de Ciudadanos Estadounidenses y Residentes Permanentes Legales (DAPA), que se analizan más adelante. La discrecionalidad procesal es distinta de otros tipos de beneficios porque no confiere ninguna condición legal al beneficiario. Tampoco le garantiza el derecho a trabajar en Estados Unidos (con la excepción de los que se otorgan en relación con la DACA, la DAPA y otras formas de aplazamiento de medidas) ni le ofrece una alternativa para la permanencia. El ICE puede optar por ejercer discrecionalidad procesal en cualquier momento durante proceso de deportación—antes de presentar el documento con los cargos que inicia el proceso de expulsión, con el proceso de expulsión ya iniciado y después de una orden final de deportación.¹⁰¹ Si un niño ya se encuentra en proceso de expulsión, el ICE puede solicitar que el juez de inmigración “cierre administrativamente” o, alternativamente, “suspenda” el proceso. El cierre administrativo significa que el inmigrante ya no tiene que comparecer ante el tribunal de inmigración, pero su caso se sigue considerando pendiente y el ICE puede decidir reiniciar las audiencias de expulsión en cualquier momento. Por otro lado, la suspensión significa el cierre permanente del proceso de expulsión, y los funcionarios del ICE debe presentar un nuevo documento para iniciar el proceso de expulsión si se deciden proceder con la expulsión en algún momento en el futuro.

En el caso de los niños que no pueden acogerse a ningún otro tipo de beneficio migratorio, la discrecionalidad procesal puede ser una manera importante de impedir el regreso a su país de origen, en el que pueden enfrentarse a la violencia, y/o mantenerlos en Estados Unidos con sus padres u otros miembros de la familia. Sin embargo, la falta de toda alternativa para la residencia permanente, así como la capacidad del ICE para reiniciar el proceso de deportación en cualquier momento, evita que estos niños logren una verdadera estabilidad en Estados Unidos. Además, dado que la discrecionalidad procesal es—como indica su nombre—una medida discrecional de los funcionarios del ICE, los jueces de inmigración y los tribunales superiores no tienen capacidad de revisar sus decisiones o evitar aplicaciones incongruentes de la discrecionalidad procesal en

¹⁰¹ La discrecionalidad procesal es generalmente una opción de último recurso. Algunas personas optan por rechazar una oferta de discrecionalidad procesal del ICE si son elegibles para otro tipo de beneficio que proporciona una alternativa para la residencia permanente, como la cancelación de la expulsión o el asilo. Para obtener más información sobre el uso limitado de la discrecionalidad procesal, véase el capítulo 11 sobre separación familiar.

diversas jurisdicciones. Un estudio del Transactional Records Access Clearinghouse (TRAC) de la Universidad de Syracuse muestra una importante variación en las tasas discrecionalidad procesal aplicada y aceptada en diferentes jurisdicciones del país, así como para distintas nacionalidades.¹⁰² Estos datos indican que, en algunas jurisdicciones, los niños son más susceptibles de beneficiarse de la discrecionalidad procesal que en otras, simplemente debido a su lugar de residencia o nacionalidad.

El 20 de noviembre de 2014, el presidente Obama anunció una serie de medidas ejecutivas basadas en el principio de la discrecionalidad procesal, así como una nueva política con respecto a las “prioridades de ejecución y expulsión” del sistema de inmigración de Estados Unidos.¹⁰³ Los niños y las familias (junto con todos los demás migrantes) aprehendidos cuando intentaban llegar a Estados Unidos sin la documentación adecuada, o que entraron a Estados Unidos después del 31 de diciembre de 2013—o que no puedan demostrar que entraron antes de que esa fecha—forman parte de la lista de prioridades de ejecución y expulsión. La lista de prioridades incluye también a terroristas e inmigrantes condenados por ciertos delitos. El Gobierno contempla excepciones a la regla general de que se debe procesar y expulsar a los que han cruzado recientemente la frontera, a menos que puedan obtener un recurso migratorio. Aunque las excepciones enumeradas incluyen edad, ser o tener un niño pequeño, embarazo, discapacidad intelectual y otros factores,¹⁰⁴ en realidad, es probable que no beneficien a los niños que llegaron a Estados Unidos solos o con su familia después del 31 de diciembre de 2013.

2. Aplazamiento de medidas para los que llegan en la infancia y los padres de niños ciudadanos o residentes permanentes legales en Estados Unidos

El 15 de junio de 2012, el Gobierno de Obama emitió una orden ejecutiva anunciando que no deportaría a determinadas personas que entraron en Estados Unidos durante la infancia. En lugar de ello, estas personas recibirían un aplazamiento del riesgo de ser deportadas a través de un programa conocido como la Acción Diferida para los Llegados en la Infancia (DACA). Este anuncio del Poder Ejecutivo se produjo después de que el Congreso de Estados Unidos no aprobó el proyecto de ley DREAM,¹⁰⁵ lo que provocó campañas de miles de jóvenes inmigrantes indocumentados con dificultades para consolidar su vida en Estados Unidos—donde muchos han pasado la gran mayoría de sus vidas—debido su situación irregular. El 20 de noviembre de 2014, el Presidente Obama amplió el programa de DACA como parte de la serie de medidas administrativas en el ámbito de la inmigración antes descritas.

¹⁰² El TRAC de la Universidad de Syracuse ha publicado las estadísticas sobre el número de casos cerrados administrativamente o suspendidos en los tribunales de inmigración debido a la discrecionalidad procesal. Véase TRAC Immigration (28 de junio de 2012). ICE Prosecutorial Discretion Program, Latest Details as of June 28, 2012. Disponible en <http://trac.syr.edu/immigration/reports/287/>.

¹⁰³ Véase Departamento de Seguridad Nacional de Estados Unidos y Johnson, J. C. (20 de noviembre de 2014). Memorandum: Policies for the Apprehension, Detention, and Removal of Undocumented Immigrants. Disponible en http://www.dhs.gov/sites/default/files/publications/14_1120_memo_prosecutorial_discretion.pdf.

¹⁰⁴ Véase Memorandum: Policies for the Apprehension, Detention, and Removal of Undocumented Immigrants.

¹⁰⁵ Desde 2001, se han presentado en el Congreso varias versiones del proyecto de ley DREAM, pero ninguna se ha convertido en ley. La ley o el proyecto de ley DREAM proporcionarían una alternativa para la residencia legal permanente para muchos jóvenes en situación irregular. Si bien los requisitos varían en función de la propuesta, en general, los proyectos de ley DREAM están destinados a las personas que llegaron a Estados Unidos siendo niños, llevan viviendo en Estados Unidos un número determinado de años, se gradúan de la escuela secundaria y tienen buen carácter moral.

La DACA es una forma específica de discrecionalidad procesas que, una vez concedida, impide que una persona sea expulsada de Estados Unidos durante dos años, durante los cuales es elegible para un permiso de trabajo. En virtud de las disposiciones recientemente ampliadas, la DACA está disposición de niños y adultos que: (1) eran menores de 16 años cuando llegaron a Estados Unidos; (2) entraron a Estados Unidos antes del 2 de enero de 2010; (3) han residido continuamente en Estados Unidos desde esa fecha; (4) han estado presentes en Estados Unidos todos los días desde el 20 de noviembre de 2014; (5) asisten a la escuela, han recibido un certificado de terminación de secundaria, o que han obtenido un certificado de educación general (GED) y (6) no se han sido condenados por determinados delitos.¹⁰⁶ Los solicitantes deben tener al menos 15 años, a menos que estén en procesos de expulsión o pese sobre ellos una orden final de expulsión o salida voluntaria.¹⁰⁷ Aunque la DACA ha beneficiado a miles de niños inmigrantes, muchos ellos no tienen derecho a este beneficio debido los límites estrictos de la edad y la fecha de entrada, sobre todo los niños que llegaron a Estados Unidos después del 1 de enero de 2010.

Los beneficios de la DACA son limitados. Los niños que reciben la DACA pueden permanecer en Estados Unidos durante tres años, con posibilidad de renovación. La DACA no proporciona una vía para obtener la residencia permanente o para que los niños puedan patrocinar a otros miembros de su familia a que se unan a ellos en Estados Unidos. Por último, dado que la DACA se creó mediante una orden ejecutiva del Presidente de Estados Unidos—no a través de legislación aprobada por el Congreso—puede ser revocada o restringida en función de las preferencias políticas del presidente en ejercicio. Los republicanos en la Cámara de Representantes han denunciado que emitir la DACA a través de una orden ejecutiva fue un uso ilegal de la autoridad ejecutiva del Presidente Obama. Los republicanos de la Cámara no solo han amenazado con demandar al Presidente en relación con la DACA, sino que la Cámara de Representantes aprobó una serie de proyectos de ley (que no han sido promulgados) en agosto de 2014 y de nuevo en diciembre de 2014, para impedir que el Presidente Obama ampliara el programa de DACA. Hasta esa fecha, alrededor de 500.000 personas se habían beneficiado de la DACA.¹⁰⁸

El 20 de noviembre de 2014, el Presidente Obama anunció otro tipo de beneficio administrativo, la Acción Diferida para Padres de Ciudadanos Estadounidenses y Residentes Permanentes Legales (DAPA). La DAPA está a disposición de una persona que: (1) es el progenitor de un niño ciudadano o RPL en Estados Unidos; (2) ha residido continuamente en Estados Unidos desde el 1 de enero de 2010; (3) estaba presente en Estados Unidos el 20 de noviembre de 2014; (4) se encuentra en situación irregular y (5) no ha sido condenada por determinados delitos. La DAPA beneficiará a los niños en el contexto de la migración—tanto a aquellos cuyos progenitores obtuvieron un aplazamiento de las medidas contra ellos a través del programa como los que tienen

¹⁰⁶ Véase Departamento de Seguridad Nacional de Estados Unidos y Napolitano, J. (15 de junio de 2012). Memorandum: Exercising Prosecutorial Discretion with Respect to Individuals Who Came to the United States as Children. Disponible en <http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/s1-exercising-prosecutorial-discretion-individuals-who-came-to-us-as-children.pdf>.

¹⁰⁷ Véase Memorandum: Exercising Prosecutorial Discretion with Respect to Individuals Who Came to the United States as Children.

¹⁰⁸ Véase Sakuma, A. (2 de agosto de 2014). House Passes \$694 Million Border Bill. *MSNBC*. Disponible en <http://www.msnbc.com/msnbc/house-republicans-attempt-second-shot-border-bill>; Mass, W. (5 de diciembre de 2014). House Passes “Executive Amnesty Prevention Act of 2014”. *New American*. Disponible en <http://www.thenewamerican.com/usnews/immigration/item/19667-house-passes-executive-amnesty-prevention-act-of-2014>.

derecho por sí mismos a participar en el programa como consecuencia de la duración de su residencia en Estados Unidos y el hecho de ser padres de un niño ciudadano o RPL en Estados Unidos. Eliminará temporalmente el riesgo de deportación de progenitores elegibles en muchas familias con diversas situaciones migratorias. Sin embargo, el programa no ayudará a los progenitores de niños que se hayan beneficiado de la DACA o de otras condiciones temporales. De manera similar a la DACA, la DAPA tampoco proporciona una vía para la permanencia y solo dura tres años, aunque puede renovarse.

3. *Ley sobre la Violencia Contra las Mujeres*

La VAWA, aprobada por primera vez en 1994, es una ley federal cuyo objetivo es acabar con la violencia contra las mujeres en Estados Unidos. Creó un nuevo recurso de inmigración para cónyuges maltratados en situación irregular e hijos de progenitores abusivos ciudadanos o residentes permanentes legales en Estados Unidos, entre otros, a fin de que puedan escapar a salvo de la relación sin temor a ser deportados. El recurso intentó abordar los casos en que el abusador trataría de utilizar la situación migratoria irregular de la víctima como otra manera de controlarla y manipularla.¹⁰⁹ La ley se ha renovado varias veces, en 2000, 2005 y más recientemente 2013.

Además de demostrar el nivel necesario de abuso por parte de un cónyuge, progenitor, padrastro o madrastra ciudadanos o residentes permanentes en Estados Unidos, el solicitante de la protección en virtud de la VAWA debe demostrar que es una persona de “buen carácter moral”. Los solicitantes deben demostrar también que la deportación los sometería a “penurias extremas”, o en el caso de un progenitor solicitante, “penurias extremas” para ella o sus hijos—un nivel de exigencia muy alto.¹¹⁰ Las personas que no se hallan en proceso de expulsión pueden solicitar la protección de la VAWA en cualquier momento al USCIS. Los que están en proceso pueden solicitar una forma de protección de la VAWA para defenderse de la deportación ante un tribunal de inmigración, lo que se conoce como cancelación de la expulsión por una regla especial (o cancelación de la expulsión por la VAWA). Para poder optar a la cancelación de la expulsión por la VAWA, los solicitantes también deben haber mantenido una presencia física en Estados Unidos durante los tres años anteriores a la adjudicación de su solicitud.¹¹¹

Los niños pueden obtener la protección de la VAWA por derecho propio si son hijos de padres abusivos ciudadanos o residentes permanentes legales en Estados Unidos. Además, los hijos solteros menores de 21 años pueden obtener este beneficio a través del progenitor que haya recibido la protección de la VAWA.¹¹² Una vez concedida, la protección de la VAWA ofrece una vía para obtener la residencia permanente y un futuro más estable en Estados Unidos. Sin embargo, pocos niños solicitan y obtienen realmente la protección de la VAWA por una variedad de razones. En primer lugar, es posible que el familiar abusivo no sea ciudadano ni RPL en Estados Unidos. En segundo lugar, los niños que son víctimas de abusos a manos de otros miembros de la familia además de los padres, padrastros o cónyuges—como sus tías, tíos o abuelos—no son elegibles para esta forma de ayuda. Por último, muchos de los niños que podrían acogerse a la VAWA también son elegibles para la SIJS o una visa U (que se analizan en las

¹⁰⁹ 8 C.F.R. § 204.2(c), (e).

¹¹⁰ 8 C.F.R. § 204.2(c)(1)(i).

¹¹¹ 8 U.S.C.A. § 1229b(b)(2) (West).

¹¹² 8 C.F.R. § 204.2(c)(4).

subsecciones C y D de esta sección), que no requieren que el abusador se encuentre en situación regular en Estados Unidos. Además, la visa U no restringe el *parentesco* del abusador con el niño, es decir, el abusador no tiene que ser un familiar. Por lo tanto, la protección de la VAWA constituye un beneficio legal poco práctico para muchos niños y niñas de América Central y México.

4. Condición de protección temporal

Como se explica en la sección III.A supra, la TPS es un tipo de beneficio temporal para los ciudadanos de algunos países incapaces de asumir el retorno de sus ciudadanos debido a condiciones tales como conflictos armados o desastres ambientales.¹¹³ Un país debe ser “designado” dentro de la TPS por la Secretaría de Estado de Estados Unidos para que los ciudadanos de ese país pueden solicitar el beneficio, y el solicitante debe haber estado presente en Estados Unidos en la fecha de la designación. Actualmente, los únicos países de América Central y América del Norte que se han designado para la TPS son El Salvador, Honduras y Nicaragua, debido a los efectos de los desastres naturales de finales de la década de 1990 y comienzos de la década de 2000.¹¹⁴ Normalmente, se permite a una persona a la que se concede la TPS permanecer en Estados Unidos de 6 a 18 meses, pero se puede renovar el plazo si el país vuelve a designarse para la TPS. Se ha seguido designando a El Salvador, Honduras y Nicaragua para la TPS año tras año.

Una limitación importante que impide la unidad de la familia es que la TPS no permite que sus beneficiarios traigan a sus familiares a Estados Unidos o les confieran su condición si se encuentran en el país. Por lo tanto, aunque algunos niños de estos países centroamericanos tienen progenitores en Estados Unidos con una TPS válida, no les beneficia a ellos. Además, la gran mayoría de los niños no cumplen los requisitos de elegibilidad para la TPS por derecho propio (aunque estén en Estados Unidos) debido al requisito de que el solicitante haya estado físicamente presente en Estados Unidos en el momento en que el país fue designado por primera vez para el TPS.¹¹⁵ Debido a que los tres países mencionados anteriormente fueron designados hace más de una década, el gran número de centroamericanos y mexicanos que han llegado a Estados Unidos en los últimos años—véase el capítulo 12 para obtener más información sobre el aumento de la migración de los NNA en particular—y que siguen llegando no pueden optar a la TPS.¹¹⁶ Al igual que con otros tipos de beneficios descritos en este capítulo, privar a los niños de la posibilidad de reunificarse con sus progenitores contraviene el interés superior del niño y otras normas internacionales. Por último, la TPS es por definición un beneficio solamente temporal y no

¹¹³ 8 U.S.C.A. § 1254a (West); 8 C.F.R. § 244.2.

¹¹⁴ Honduras y Nicaragua fueron designados el 5 de enero de 1999, y El Salvador fue designado el 9 de marzo de 2001. Para obtener una lista completa de los países designados para la TPS: USCIS (7 de enero de 2015). Temporary Protected Status. Disponible en http://www.uscis.gov/humanitarian/temporary-protected-status-deferred-enforced-departure/temporary-protected-status#Countries_Currently_Designated_for_TPS.

¹¹⁵ 8 C.F.R. § 244.2(c), (d), (f).

¹¹⁶ El Salvador fue designado para la TPS en 2001 y Honduras y Nicaragua fueron designados en 1999. Los abogados han argumentado que, cuando se extienda el plazo o se vuelva a designar la TPS, los hijos de beneficiarios del programa que se encuentran en Estados Unidos deberían poder acogerse a un registro fuera de plazo a la TPS, incluso si no estaban en Estados Unidos en la fecha de la designación inicial. El USCIS y la BIA difieren de esta opinión y han negado las primeras solicitudes de registro fuera de plazo cuando el niño no estaba en Estados Unidos en la fecha de la designación inicial. Véase, por ejemplo, *Cervantes v. Holder*, 597 F.3d 229, 235-36 (4th Cir. 2010) (en el que se afirma que la TPS solo se aplica a los niños en Estados Unidos en la fecha de la designación inicial).

proporciona una vía para obtener la residencia permanente. Por lo tanto, no es una solución duradera para muchos niños migrantes que buscan la seguridad y la estabilidad en Estados Unidos.

Algunos activistas han instado al Gobierno a conceder la TPS a los NNA de países del Triángulo del Norte como consecuencia de la actual situación de violencia e inestabilidad en esos países.

5. Cancelación de la expulsión

Tanto los RPL como los no RPL que han vivido en Estados Unidos durante un período considerable pueden ser elegibles para la cancelación de la expulsión si cumplen los requisitos de residencia, presencia física y de otro tipo. Este tipo de beneficio se creó en reconocimiento del hecho de que, en ciertas circunstancias, se debe permitir a una persona que ha estado en Estados Unidos durante un largo período quedarse en el país, incluso cuando no tenga derecho a permanecer en el país de otro modo. Para poder obtener la suspensión de la expulsión, un no RPL debe demostrar que: (1) ha estado físicamente presente en Estados Unidos durante un periodo continuado de al menos 10 años; (2) ha sido una persona de buen carácter moral durante ese período; (3) su expulsión provocaría “penurias excepcionales y extremadamente inusuales” a su cónyuge, progenitor, hijo o hija RPL o ciudadana de Estados Unidos; y (4) no ha sido condenado por cualquiera de los delitos objeto de descalificación.¹¹⁷ Muy pocos niños centroamericanos y mexicanos que pueden beneficiarse de la cancelación de la expulsión cumpliendo el requisito de prolongada presencia física y de las penurias para progenitores o cónyuges ciudadanos o RPL en Estados Unidos. Sin embargo, si se concede, la cancelación de expulsión conlleva inmediatamente la residencia permanente y la posibilidad de trabajar legalmente en Estados Unidos.

6. Fracaso de la reforma integral del sistema de inmigración

Las organizaciones y las personas de todos los bandos del espectro político han pedido al Congreso de Estados Unidos que reforme lo que ha sido calificado como sistema “roto” de inmigración. Una de las principales motivaciones para la legislación es el hecho de que hay aproximadamente 11 millones de personas en situación irregular en Estados Unidos, que están contribuyendo al país y su economía, pero viven en las sombras. Algunos de los impulsores de la reforma integral de la inmigración creen que es necesaria para proporcionar a la población en situación irregular en el país una alternativa para convertirse en miembros plenamente reconocidos de la sociedad, mientras que otros hacen hincapié en incluir disposiciones sobre controles migratorios como parte de cualquier proyecto de reforma integral para frenar la ola de más inmigración no autorizada.

La última gran reforma de las leyes de inmigración de Estados Unidos tuvo lugar en 1996 y, desde entonces, las iniciativas para aprobar una reforma integral han sufrido altibajos. En junio de 2013, un grupo de senadores de ambos partidos elaboró un proyecto de ley integral, que fue aprobado por el Senado con una mayoría de dos tercios, lo que volvió a renovar la esperanza de reforma.¹¹⁸ El proyecto de ley del Senado incluía varias disposiciones positivas que aumentaban la protección de los niños migrantes, por ejemplo: asesoría legal financiada por el Gobierno para los NNA con

¹¹⁷ 8 U.S.C.A. § 1229b(b) (West). La cancelación de la expulsión tiene menos requisitos para los RPL, véase 8 U.S.C. § 1229b(a), pero solo pueden disponer de ellas las personas que ya tienen residencia permanente y hayan cometido algún delito o comportamiento que los convierta en expulsables.

¹¹⁸ Border Security, Economic Opportunity, and Immigration Modernization Act, S. 744, 113th Cong. (2013-2014).

un proceso de deportación; formación de la patrulla fronteriza y los funcionarios encargados de hacer cumplir las leyes de inmigración sobre identificación y entrevistas a niños que huyen de la persecución o han sido víctimas de trata y otros delitos; una vía acelerada a la ciudadanía para ciertos niños que llegaron a Estados Unidos antes de cumplir 16 años y que cursan o han completado la enseñanza secundaria o enseñanza superior (denominados comúnmente “DREAMers”).¹¹⁹

Por otro lado, el proyecto de ley del Senado tenía varias deficiencias que, de ser aprobado, afectarían negativamente tanto a niños como a adultos. El proyecto de ley no disponía directrices muy necesarias sobre los criterios para el asilo, como la definición de un grupo social determinado y la forma en que se debe determinar el nexo. Tal como se explica en la sección III.B.1 supra, la interpretación y la aplicación actuales de estos requisitos legales imponen barreras significativas para las solicitudes de asilo de los niños y la protección relacionada. El proyecto de ley también negaba asistencia sanitaria asequible, cupones de alimentos y otros beneficios fundamentales a los inmigrantes mientras regularizan su situación. Por último, el proyecto de ley aumentaba la militarización de la frontera y desviaba millones de dólares necesarios para otras áreas de la inmigración a medidas extremas de control migratorio.¹²⁰

El proyecto de ley no se convirtió en ley porque no se pudo obtener la aprobación de la Cámara de Representantes, que prefirió una versión “fragmentaria” en lugar de integral de la reforma del sistema de inmigración. La Cámara quería primero y por encima de todo adoptar medidas más estrictas de aplicación de las leyes de inmigración, como una mayor militarización de la frontera y el aumento de los motivos por los que se niega la admisión de inmigrantes a Estados Unidos y la deportación de inmigrantes que ya están en Estados Unidos.¹²¹ Muchos comentaristas creen que el objetivo intencionado de la intransigencia de Cámara con la promulgación de una ley integral era evitar el avance cualquier proceso de regularización de las alrededor de 11 millones de personas en situación irregular en Estados Unidos.¹²²

En mayo de 2014, la cuestión de la inmigración irregular alcanzó un punto crítico cuando el Gobierno de Obama anunció que la “oleada” de NNA y familias procedentes de los países del Triángulo del Norte, que había ido aumentando constantemente en los últimos años, se había

¹¹⁹ Border Security, Economic Opportunity, and Immigration Modernization Act, S. 744, 113th Cong. (2013-2014).

¹²⁰ En concreto, el proyecto de ley otorgaba US\$46.300 millones más para medidas adicionales (y a menudo draconianas) de seguridad, como por ejemplo movilizar casi 20.000 agentes más en la frontera, construir una valla de 1.100 kilómetros (700 millas) y usar “torres de vigilancia, sistemas de cámaras, sistemas de vigilancia móviles, sensores sobre el terreno, dispositivos de fibra óptica para la inspección de depósitos, detectores portátiles de contrabando, dispositivos de identificación por isótopos radioactivos, sistemas móviles de detección automática”. Véase Immigration Policy Center, American Immigration Council (10 de julio de 2013). A Guide to S.744: Understanding the 2013 Senate Immigration Bill. Disponible en <http://immigrationpolicy.org/special-reports/guide-s744-understanding-2013-senate-immigration-bill>.

¹²¹ Para una breve descripción de cómo un proyecto de ley se convierte en ley en Estados Unidos, véase Cámara de Representantes de Estados Unidos. The Legislative Process. Disponible en http://www.house.gov/content/learn/legislative_process/.

¹²² Véase, por ejemplo, Parker, C. (4 de agosto de 2014). The (Real) Reason Why the House Won't Pass Comprehensive Immigration Reform. Disponible en <http://www.brookings.edu/blogs/fixgov/posts/2014/08/04-immigration-tea-party-constituencies-parker>; Riccardi, N. (13 de agosto de 2014). Republicans May Need ‘Another White House Beat Down’ Before Acting on Immigration. *Huffington Post*. Disponible en http://www.huffingtonpost.com/2014/06/13/republicans-immigration-reform_n_5490798.html.

convertido en una “situación humanitaria urgente” para el país.¹²³ Los republicanos culparon de la situación al programa de DACA del Presidente Obama y lo que denominaron su cumplimiento “laxo” de las políticas de control migratorio, además de criticar numerosas disposiciones de la TVPRA relacionadas con los NNA. Alegaron que las disposiciones de la TVPRA relativas a la entrega de NNA a sus familias y su sometimiento a procesos de expulsión regulares de expulsión eran demasiado benignas con los niños, y que¹²⁴ los traficantes de personas han corrido la voz por todo los países del Triángulo del Norte de que se ponen rápidamente en libertad a los niños migrantes y que podrían beneficiarse de la DACA, tal como se describe en la sección III.E.2 supra. Según los conservadores, estos factores provocaron la oleada. A pesar de los indicios fiables de que la violencia en Honduras, El Salvador y Guatemala provocó la afluencia de inmigrantes,¹²⁵ los conservadores siguieron presentando la oleada como un llamamiento para medidas urgentes de control migratorio.

Cuando se arrojó luz sobre la oleada de inmigrantes, la Cámara de Representantes pasó rápidamente a la acción con la introducción de proyectos de ley restrictivos. En primer lugar, la Cámara presentó una propuesta de financiamiento complementario en respuesta a la solicitud de fondos de emergencia por el Gobierno de Obama para atender a los NNA. El proyecto de ley de la Cámara, que disponía un financiamiento totalmente insuficiente para atender al creciente número de NNA, también penalizaba a los niños y aumentaba las medidas de control. El proyecto de ley incluía disposiciones para movilizar a la Guardia Nacional (tropas militares armadas) en la frontera, aumentar la vigilancia adicional a lo largo de la frontera, eliminar el actual sistema de examen de los NNA mediante la modificación de la TVPRA¹²⁶ y ampliar los motivos por los que se niega la admisión o se deporta a inmigrantes de Estados Unidos.¹²⁷ La Cámara también aprobó un proyecto de ley para suspender la DACA e impedir que el Presidente extendiera este programa a otros inmigrantes—lo que haría que más de 500.000 jóvenes inmigrantes beneficiarios de la DACA hasta el momento se vieran expuestos a la deportación.¹²⁸ El Senado (con una mayoría democrática) se negó a aceptar las disposiciones de la Cámara que habrían eliminado importantes protecciones y, como consecuencia de ello, los proyectos de ley de la Cámara no llegaron a materializarse.

¹²³ La Casa Blanca (30 de junio de 2014). Letter from the President – Efforts to Address the Humanitarian Situation in the Rio Grande Valley Areas of Our Nation’s Southwest Border. Disponible en <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2014/06/30/letter-president-efforts-address-humanitarian-situation-rio-grande-valle>.

¹²⁴ Véase, por ejemplo, *Hearing: Dangerous Passage: The Growing Problem of Unaccompanied Children Crossing the Border Before the H. Comm. on Homeland Security*, 113th Cong. (2014). Disponible en <http://homeland.house.gov/hearing/dangerous-passage-growing-problem-unaccompanied-children-crossing-border>.

¹²⁵ Véase, por ejemplo, Wong, T. K. (8 de julio de 2014). Análisis estadístico indica que la violencia, no la acción diferida, provoca el aumento en el número de niños no acompañados que cruzan la frontera. Disponible en <https://www.americanprogress.org/espanol/inicio/immigration/sns/2014/07/22/94188/analisis-estadistico-indica-que-la-violencia-no-la-accion-diferida-provoca-el-aumento-en-el-numero-de-ninos-no-acompanados-que-cruzan-la-frontera/>.

¹²⁶ En particular, el proyecto de ley habría desbaratado el sistema de examen existente para los niños de países no limítrofes y solo habría dispuesto un examen mínimo de todos los NNA —lo que acarrearía la deportación inmediata de los niños cuya elegibilidad para beneficios migratorios no se identifique en el momento.

¹²⁷ Véase H.R. 5230, 113th Cong. (2013-14). Disponible en <https://beta.congress.gov/bill/113th-congress/house-bill/5230?q=%7B%22search%22%3A%5B%22supplemental%22%5D%7D>.

¹²⁸ Véase H.R. 5272, 113th Cong. (2013-14). Disponible en <https://www.congress.gov/bill/113th-congress/house-bill/5272>.

La batalla sobre la inmigración entre líderes republicanos y demócratas no es un fenómeno nuevo, sino que ha tenido lugar a lo largo del tiempo. Esta batalla destaca el nivel de politización y polarización de la cuestión migratoria en Estados Unidos. También demuestra cómo los funcionarios electos están demasiado dispuestos a convertir a los migrantes irregulares en chivos expiatorios y peones de su juego político. En respuesta a la desaprobación de la reforma migratoria en el Congreso de Estados Unidos, el Presidente Obama ejerció su autoridad ejecutiva para abordar la situación de algunos de los 11 millones de personas en situación irregular que viven en Estados Unidos.¹²⁹ Al mismo tiempo que la Casa Blanca anunció sus planes para proporcionar beneficios temporales a alrededor de cinco millones de inmigrantes en situación irregular en Estados Unidos,¹³⁰ el Gobierno de Obama adoptó una estrategia dura y restrictiva respecto a los migrantes llegados a Estados Unidos después del 1 de enero de 2014, incluidos los NNA y las familias migrantes, que se analizan en la sección siguiente.

IV. Dificultes procesales para los niños no acompañados que solicitan beneficios en el sistema de inmigración

Los organismos internacionales instan a los Estados a garantizar que los procesos de los niños migrantes responden a las necesidades y vulnerabilidades de su condición de niños separados de sus progenitores y en situación irregular. Estos organismos exhortan a los Estados a desarrollar políticas y prácticas basadas en el principio del interés superior del niño, proporcionar garantías mínimas—tales como la designación de un abogado y un tutor para todos los niños migrantes identificados como no acompañados—y garantizar la integridad del debido proceso.¹³¹ A pesar de estas protecciones fundamentales reconocidas a nivel internacional y su aplicación a los niños dentro de los sistemas de dependencia y delincuencia de Estados Unidos, los procedimientos para los niños en el sistema de inmigración no ofrecen garantías suficientes y no garantizan su derecho al debido proceso.

Tal como se detalla a continuación, los niños no son siempre cuentan con un abogado financiado por el Gobierno para sus casos de inmigración y no tienen el derecho a un defensor de los derechos del niño. Por otra parte, los procedimientos no siempre son coherentes con el interés superior del niño. Los últimos procedimientos establecidos por el Gobierno de Obama para responder al aumento de NNA se iniciaron partiendo únicamente de las prioridades del control migratorio, sin tomar en consideración el interés superior del niño. Estos procedimientos obligan a los niños a proceder con un ritmo acelerado en los procesos de expulsión y comprometen el debido proceso. Ya sea por la convicción de que es necesaria una dura respuesta al aumento del número de niños y familias con el fin de obtener el respaldo para la concesión de amplios beneficios administrativos en materia de inmigración u otras consideraciones estratégicas, las políticas del Gobierno de

¹²⁹ Véase Shear, M. D. (20 de noviembre de 2014). Obama, Daring Congress, Acts to Overhaul Immigration. *New York Times*. Disponible en http://www.nytimes.com/2014/11/21/us/obama-immigration-speech.html?_r=0.

¹³⁰ Véase la sección III.E.2 para obtener más información sobre las medidas ejecutivas de 2014.

¹³¹ Véase, por ejemplo, Comité de los Derechos del Niño (CDN) de las Naciones Unidas, *Observación General No. 6 del CDN (2005): Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/GC/2005/6 (1 de septiembre de 2005). Disponible en <http://www.refworld.org/docid/42dd174b4.html>; U. N. Consejo de Derechos Humanos, *La promoción y la protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el Derecho al Desarrollo, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los Migrantes, Jorge Bustamante*, párrafos 34, 52-65, 81-82, 100-102, U.N. Doc. A/HRC/11/7 (14 de mayo de 2009). Disponible en <http://www.refworld.org/pdfid/4a3b51702.pdf>.

Obama aplicadas en respuesta a la oleada de NNA amenazan con regresarlos a circunstancias peligrosas, en contravención de las leyes de Estados Unidos y el derecho internacional.¹³²

A. La falta de derecho a un abogado priva a los niños del debido proceso y los expone a la deportación

Los niños que enfrentan procesos judiciales en los sistemas de justicia de menores en Estados Unidos tienen derecho a que un abogado los represente y defienda sus intereses jurídicos.¹³³ En los procedimientos sobre abuso y abandono en Estados Unidos, los niños también tienen derecho a un abogado, un tutor, o a ambos. En cambio, en el sistema de inmigración de Estados Unidos, los niños—al igual que los adultos—no tienen derecho a un abogado financiado por el Gobierno, a pesar de sus singulares necesidades, su falta de madurez y su vulnerabilidad.¹³⁴ Un estudio del TRAC de la Universidad de Syracuse de julio de 2014 mostró que, en promedio, sólo el 48% de los niños estuvieron representados por un abogado en sus procesos de inmigración entre enero de 2013 y junio de 2014.¹³⁵ La representación marca una diferencia fundamental en los resultados para la infancia: el estudio concluyó que cuando los niños están representados por un abogado, tenía una posibilidad de casi el 50% de que se les permitiera permanecer en Estados Unidos; cuando no existe representación, sólo tenían una probabilidad del 10% de que les permitieran permanecer en el país.¹³⁶

Los niños—al igual que los adultos—pueden contar con la representación de un abogado en procesos de inmigración, pero solo si se pueden costearlo o encontrar un abogado dispuesto a representarles de forma gratuita. Dada la importante diferencia que marca representación legal en los casos de niños, y el número actual de NNA que llegan a Estados Unidos, garantizar que estos niños dispongan de abogados es más importante y más difícil que nunca.

1. Los esfuerzos para proporcionar asistencia legal se quedan cortos

En el último decenio, Estados Unidos ha tomado medidas para incrementar la representación de los NNA, pero las medidas que se han adoptado son insuficientes para hacer frente a la necesidad actual de representación. La BIA estableció una política que permite el nombramiento de un abogado en el caso de niños o adultos detenidos mentalmente incompetentes en proceso de

¹³² De acuerdo con las leyes sobre el aplazamiento de la expulsión y los reglamentos sobre la Convención contra la Tortura, Estados Unidos no puede devolver a personas a una situación de riesgo para su vida o su libertad a causa de su raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un determinado grupo social, o a un riesgo de tortura. La obligación de aplazar la deportación se deriva del compromiso internacional de no devolución.

¹³³ El requisito de un abogado en los procesos sobre delincuencia se reconoció por primera vez en 1967. Véase *Application of Gault*, 387 U.S. 1 (1967).

¹³⁴ En virtud de las leyes de Estados Unidos, los inmigrantes pueden estar representados por un abogado "sin costo alguno para el Gobierno". INA § 240(b)(4)(A), 8 U.S.C.A. § 1229a(b)(4)(A) (West).

¹³⁵ TRAC Immigration (15 de julio de 2014). *New Data on Unaccompanied Children in Immigration Court*. Disponible en <http://trac.syr.edu/immigration/reports/359/>. Los estudios previos realizados con respecto a los casos de adultos concluyeron que se cuadruplicaba la probabilidad de éxito cuando los inmigrantes tenían representación legal. El estudio del TRAC demuestra que esta posibilidad de éxito se multiplica por cinco cuando interviene un abogado.

¹³⁶ TRAC Immigration (15 de julio de 2014). *New Data on Unaccompanied Children in Immigration Court*. Disponible en <http://trac.syr.edu/immigration/reports/359/>.

expulsión, lo que reconoce la necesidad de salvaguardias especiales en estos casos.¹³⁷ Sin embargo, no existen políticas similares para el nombramiento de un asesor jurídico para *todos* los niños migrantes como una categoría de personas que merecen esta salvaguardia, independientemente de que se demuestre su incompetencia. Además, dos leyes federales requieren que el HHS promueva la representación gratuita de un abogado para NNA bajo la jurisdicción de la ORR del HHS.¹³⁸ Estas leyes han dado lugar a un modelo colaboración entre el sector público y el privado en el que los abogados pro bono de bufetes privados, empresas y facultades de derecho representan a NNA en procesos de inmigración.¹³⁹ El modelo de asociación público-privada aumentó la capacidad de ofrecer representación gratuita a los niños inmigrantes, pero cerca de la mitad de los NNA en libertad seguían sin poder encontrar un abogado que los represente. En octubre de 2014, el HHS anunció una donación de varios millones de dólares a dos organizaciones no gubernamentales estadounidenses para ejercer la representación legal de NNA después de su puesta en libertad.¹⁴⁰ El programa tiene por objetivo atender a 2.600 niños no acompañados en procesos de expulsión en Los Ángeles, California; Houston, Texas; Miami, Florida; Baltimore, Maryland; Arlington, Virginia; Memphis, Tennessee; New Orleans, Luisiana; Dallas, Texas; y Phoenix, Arizona.¹⁴¹ En el marco de este programa, el HHS financia directamente la representación legal por primera vez, un avance notable en la dirección correcta para proporcionar abogados financiados por el Gobierno. Sin embargo, dado el limitado alcance del programa, no llega a solucionar el problema de la creciente necesidad de abogados que representen a niños migrantes.

Otra rama del Gobierno federal anunció recientemente una iniciativa para promover la designación de un abogado para los NNA; sin embargo, su alcance es demasiado limitado para resolver el problema. La Oficina Ejecutiva de Revisión de Casos de Inmigración (EOIR), en colaboración con otro organismo federal, promoverá que 100 becarios, entre ellos abogados y asistentes legales, representen y asistan en los casos de niños migrantes no acompañados en procesos de expulsión. El programa proporcionará servicios jurídicos esenciales a un pequeño número de NNA, pero no puede satisfacer las necesidades de todos, o ni siquiera la mitad del número de niños que llegaron a Estados Unidos en 2014. En primer lugar, el programa excluye a muchos NNA que necesitan

¹³⁷ Véase *Franco-Gonzales v. Holder*, 828 F.Supp. 2d 1133 (C.D. Cal. 2011) (en el que señala que el Gobierno de Estados Unidos debe designar a un abogado para los detenidos en procesos de expulsión que carecen de capacidad intelectual para representarse a sí mismos); Oficina Ejecutiva de Revisión de Casos de Inmigración (EOIR), Phase I of Plan to Provide Enhanced Procedural Protections to Unrepresented Respondents with Mental Disorders. Disponible en <https://dl.dropboxusercontent.com/u/27924754/EOIR%20Protections.pdf>.

¹³⁸ La Ley de Seguridad Nacional de 2002, HSA § 462 (b)(1)(A) (codificada en su forma enmendada en 6 U.S.C. § 279 (b)(1)(A)) ordenó al HHS que desarrollara y presentara al Congreso un plan para garantizar que "se designa puntualmente a abogados cualificados e independientes para representar los intereses" de los NNA, "de conformidad con la ley relativa a la designación de un abogado en vigor a partir de la fecha de promulgación de esta ley"; la TVPRA promueve que el HHS garantice "en la mayor medida posible" que los NNA cuenten con la representación de abogados. William Wilberforce Trafficking Victims Protection Reauthorization Act of 2008, Pub. L. 110-457, 122 Stat. 5044 § 235(c)(5) (2008).

¹³⁹ Un camino arriesgado, pp. iii y 75.

¹⁴⁰ Véase Wayland, M. (16 de octubre de 2014). Announcement of the Award of Two Single-Source Program Expansion Supplement Grants to Support Legal Services to Refugees Under the Unaccompanied Alien Children's Program, A Notice by the Children and Families Administration. *Federal Register*. Disponible en <https://www.federalregister.gov/articles/2014/10/16/2014-24555/announcement-of-the-award-of-two-single-source-program-expansion-supplement-grants-to-support-legal>.

¹⁴¹ Announcement of the Award of Two Single-Source Program Expansion Supplement Grants to Support Legal Services to Refugees Under the Unaccompanied Alien Children's Program, A Notice by the Children and Families Administration.

abogados; se limita a los NNA menores de 16 años que no se encuentran bajo la custodia federal. En segundo lugar, si bien se asignarán becarios en una serie de ciudades Estados Unidos, algunas ciudades con volúmenes muy elevados de los NNA, como Los Ángeles, no contarán con becarios. En tercer lugar, con el número relativamente pequeño de 100 becarios no se puede responder a las necesidades jurídicas de los casi 60.000 niños migrantes no acompañados que entraron a Estados Unidos entre el 1 de octubre de 2013 y el 1 de octubre de 2014.

Los abogados de bufetes, las prácticas del sector privado, las organizaciones sin fines de lucro, las facultades de derecho y los colegios de abogados han respondido al increíble aumento de NNA con ofertas de asistencia, especialmente desde la decisión del Gobierno de Obama de procesar estos casos por la vía rápida (que se examina a continuación). Los gobiernos locales a nivel de ciudades y estados están haciendo esfuerzos para responder a la necesidad de representación de los niños y las familias en procesos de expulsión. Por ejemplo, en California, la legislación, introducida por el Gobernador Jerry Brown y la Procuradora General del Estado Kamala Harris, y promulgada por la asamblea legislativa estatal, aportará 3 millones de dólares a organizaciones de servicios jurídicos de todo el estado para que representen a niños inmigrantes no acompañados bajo la custodia federal o entregada a patrocinadores. La Ciudad de Nueva York aprobó un plan para asignar un abogado de inmigración a todas las personas detenidas en procesos de expulsión en Nueva York, y San Francisco aprobó financiamiento para garantizar la representación jurídica para los niños no acompañados y las familias recién llegados y sometidos a un proceso de expulsión. Nueva York y San Francisco constituyen modelos del nivel de disposición de los abogados a participar en una iniciativa federal coordinada para su asignación a los niños. No obstante, la falta constante del derecho a un abogado y de un programa federal coordinado para su designación implica que muchos de los niños continuarán sin representación en procesos de inmigración, lo que aumenta la probabilidad de que sean deportados.

2. Sin un abogado los niños migrantes corren el riesgo de ser deportados

Los niños sin abogado se ven obligados a representarse a sí mismos dentro de un sistema legal muy complejo, y enfrentarse a un abogado del Gobierno con formación específica que defiende su deportación. A menudo, cuando carecen de un abogado, los niños no conocen sus opciones legales y por lo tanto se enfrentan a obstáculos formidables para obtener beneficios migratorios. El equilibrio de poder se ve inclinado aún más cuando los niños solo hablan y entienden español u otra lengua indígena, y no pueden comprender los procesos sin interpretación. En resumen, los niños sin representación se ven privados de un proceso fundamentalmente justo, en conflicto con sus derechos en el marco del derecho internacional y la legislación nacional.¹⁴² Como se ha mencionado anteriormente, casi uno de cada dos niños con abogado ganan sus casos de inmigración, mientras que sólo uno de cada diez niños sin abogado lo logran. Por otra parte, no ofrecer asesoramiento legal a los niños en el sistema de inmigración es incompatible con el amplio reconocimiento de que los niños migrantes no acompañados necesitan protección especial debido

¹⁴² Observación General No. 6 del CDN, p. 12; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), artículo 24.1, (16 de diciembre de 1996) 999 U.N.T.S. 171 (protecciones especiales requeridas para todos los niños de acuerdo a su condición de niños); Child Welfare Information Gateway, Departamento de Salud y Servicios Humanos de Estados Unidos (2012). Representation of Children in Abuse and Neglect Proceedings, p. 2. Disponible en https://www.childwelfare.gov/systemwide/laws_policies/statutes/represent.pdf (en el que se señala que todos los estados de Estados Unidos disponen la representación de los niños en procesos sobre abuso o abandono, y se explican los tipos de representantes que se pueden designar).

a su vulnerabilidad singular.¹⁴³ Un conjunto de otros países prestan servicios de asesoramiento a los NNA como una cuestión de derecho, por ejemplo, Canadá, Dinamarca, Nueva Zelanda y Reino Unido.¹⁴⁴

En julio de 2014, un grupo de destacadas organizaciones sin fines de lucro de inmigración presentaron una demanda contra el Gobierno de Estados Unidos por no proporcionar abogados a los niños en los procesos de expulsión.¹⁴⁵ La demanda judicial, presentada en representación de cuatro niños sin abogados y con el objetivo de convertirla en una demanda colectiva a nivel nacional, sostiene que someter a niños sin representación a procesos de expulsión viola las garantías procesales. La demanda se encuentra pendiente en la corte federal. La demanda alega que la representación de todos los NNA—la única manera en que los niños pueden tener una justa oportunidad de defenderse procesos de inmigración contra el abogado capacitado del Gobierno—solo puede garantizarse mediante designación de un abogado por el Gobierno.

3. Los procesos acelerados de expulsión son fundamentalmente injustos y aumentan el riesgo de que los niños regresan a situaciones de persecución, tortura o muerte

A mediados de 2014, en respuesta a la presión de los activistas antiinmigrantes, algunos de ellos en el Congreso, para que se deportara a los NNA que llegan como parte de la oleada, el Presidente Obama instó a que se adoptaran procesos acelerados de expulsión de los NNA y los adultos con niños que llegaban a la frontera con Estados Unidos. La EOIR, de la que dependen los tribunales de inmigración de la nación, respondió dando “prioridad” a los procesos de expulsión de NNA, y programándolos antes que los casos de personas que llegaron antes, incluso si esos casos habían estado pendientes durante meses o años y se iban a retrasar más. En la práctica, esto significa que los niños no acompañados deben comparecer ante un tribunal de inmigración a las pocas semanas de llegar a Estados Unidos. La EOIR no solo programa la comparecencia inicial del niño antes los tribunales con rapidez, sino que también requiere que los casos se juzguen rápidamente, para lo que ha dado instrucciones a los jueces de inmigración para que conceda solo aplazamientos breves de no más de seis semanas a dos meses para que los niños busquen a un abogado, exploren las

¹⁴³ Véase, por ejemplo, ACNUR (febrero de 1997). Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo, párrafo 4.2. Disponible en <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3360.html> (“se debería asignar un representante legal a un niño en el momento de su arribo”); Observación General No. 6 del CDN, párrafo 36 (“cuando un menor sea parte en procedimientos de asilo u otros procedimientos administrativos o judiciales, además del tutor, se le nombrará un representante legal”); Observación General No. 6 del CDN, párrafo 1 (“el objetivo de la presente observación general es poner de manifiesto la situación particularmente vulnerable de los menores no acompañados y separados de su familia”). Véase *Complaint, J-E-F-M- v. Holder*, No. 14-cv-01026-TSZ (W.D. Wash. 2014), denuncia disponible en https://www.aclu.org/sites/default/files/assets/filed_complaint_0.pdf.

¹⁴⁴ Véase *Aliens (Consolidation) Act of 2009, 785 of 2009* (D.K.). Disponible en http://www.nyidanmark.dk/NR/rdonlyres/C2A9678D-73B3-41B0-A076-67C6660E482B/0/alens_consolidation_act_english.pdf; *Legal Services Act of 2000* (N.Z.). Disponible en <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2000/0042/latest/DLM71928.html>; *Processing an asylum application from a child*. Disponible en https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/257469/processingasylumapplication_1.pdf; Consejo de Inmigración y Refugiados de Canadá. (30 de septiembre de 1996). *Chairperson Guideline 3: Child Refugee Claimants: Procedural and Evidentiary Issues*. Disponible en <http://www.irb-cisr.gc.ca/Eng/BoaCom/references/pol/GuiDir/Pages/GuideDir03.aspx>.

¹⁴⁵ Véase *Complaint, J-E-F-M- v. Holder*, No. 14-cv-01026-TSZ (W.D. Wash. 2014), denuncia disponible en https://www.aclu.org/sites/default/files/assets/filed_complaint_0.pdf.

opciones jurídicas y se recuperen del trauma antes de proceder con su caso. En algunos casos, los jueces solo aplazaron el juicio dos semanas y dijeron a los niños que esperaban que presentaran su caso en la próxima audiencia, aunque no hayan podido obtener un abogado.¹⁴⁶ Para poner este proceso dentro de su contexto, aunque los tiempos variaron entre jueces y tribunales, en general, las personas con procesos no acelerados antes de la oleada recibían a menudo dos o más aplazamientos de seis meses a un año o más, a fin de conseguir un abogado y desarrollar una solicitud de beneficios. En el marco de los procesos acelerados del Presidente Obama, hasta 45 niños comparecen al mismo tiempo ante el tribunal para este procedimiento, dependiendo de la ubicación, y algunos tribunales de inmigración programan dos audiencias sobre niños al día, a veces cinco días a la semana. Los abogados están llamando a estas audiencias “pleitos supersónicos” (rocket dockets) dado el ritmo sin precedentes al que se desarrollan.

Obligar a los niños a participar en “pleitos supersónicos” ha tenido varias consecuencias perjudiciales. Para empezar, un enfoque que requiere que los casos de los niños avancen de manera expedita y sin mucha flexibilidad en la programación dificulta excesivamente que las solicitudes de beneficios de los niños tengan éxito, incluso cuando su caso está bien sustentado. Las posibilidades existentes de evitar la expulsión carecen de sentido cuando se priva al niño del tiempo necesario para superar el trauma, sentirse cómodo para revelar la información necesaria para evaluar una solicitud de beneficios (por ejemplo, si el niño ha sufrido daños en su país o abandono paterno), y prepararse adecuadamente para la entrevista o audiencia con un funcionario de inmigración o ante un juez. El enfoque en la velocidad de los procesos legales, en lugar del interés superior del niño, menoscaba totalmente los avances anteriores en materia de tratamiento de los NNA en Estados Unidos. Por ejemplo, las directrices de la EOIR recomiendan a los jueces que adapten el tribunal a las necesidades de los niños y les concedan el tiempo que necesiten para encontrar un abogado. La política actual choca con estas directrices, ya que da prioridad a la velocidad por encima del bienestar infantil y expone a los niños al riesgo de ser deportados a una situación de grave peligro o mortales. La política actual también viola las obligaciones nacionales e internacionales de Estados Unidos de no devolver a personas a la persecución, y las obligaciones morales de Estados Unidos de proteger a los niños de todo daño.

Por otra parte, los procesos acelerados han elevado la necesidad de representación legal para los niños a niveles de emergencia. El número y el porcentaje de estos casos acelerados que se procesan todas las semanas superan con creces el número de abogados capacitados disponibles para atender casos de NNA. Las organizaciones de servicios legales de todo el país se han visto inundadas de peticiones de niños que buscan la asistencia de abogados, y con frecuencia tienen que dejar de atender a niños debido a la falta de capacidad.¹⁴⁷ Este problema, a su vez, ha hecho más difícil para los niños obtener asesoramiento legal. Algunos abogados que han ofrecido gratuitamente sus servicios en todo el país, con poca o ninguna experiencia en las leyes de inmigración, se han

¹⁴⁶ Véase Declaration of Cheryl Pollman in Support of Plaintiff’s Reply in Support of Their Motions for Preliminary Injunction and for Class Certification, National Council of Jewish Women, J-E-F-M- v. Holder, No. 14-cv-01026-TSZ (W.D. Wash. 2014). Disponible en

<http://www.americanimmigrationcouncil.org/sites/default/files/docs/lac/Pollman%20Signed%20Declaration.pdf>; Hobbs, M. (29 de agosto de 2014). Lawyers Say ‘Rocket Dockets’ Risk Due Process. *Daily Report*. Disponible en <http://www.dailyreportonline.com/id=1202668537443/Lawyers-Say-Rocket-Dockets-Risk-Due-Process>.

¹⁴⁷ Véase Semple, K. (4 de agosto de 2014). Advocates in New York Scramble as Child Deportation Cases Are Accelerated. Disponible en http://www.nytimes.com/2014/08/05/nyregion/advocates-scramble-as-new-york-accelerates-child-deportation-cases.html?_r=0.

prestado a ayudar, pero sus esfuerzos se ven limitados por la disponibilidad de expertos para formarlos y asesorarlos sobre los casos.

En algunos condados, las organizaciones sin fines de lucro y los abogados de bufetes y de colegios de abogados locales se han ofrecido voluntariamente a asistir a algunos de los “pleitos supersónicos” y pronunciarse en defensa de los niños. La función de estos abogados es limitada. Si bien sus esfuerzos para orientar los niños en su primera audiencia y pedir a los jueces más tiempo para encontrar a un abogado antes de seguir adelante con sus casos han ayudado a muchos de los niños, que de lo contrario habrían comparecido solos ante el tribunal, estos abogados no son necesariamente capaces de asumir la plena representación de los niños. Teniendo en cuenta las limitaciones de tiempo, tampoco se encuentran en posición de examinar adecuadamente los casos de los niños para determinar su posible elegibilidad a beneficios migratorios. Dicho examen es necesario incluso para remitir el caso de los expertos adecuados, ya que muchos abogados y organizaciones están solamente especializados en ciertos aspectos de la ley de inmigración.

B. Sin derecho a un defensor de los intereses del niño

Los tribunales de Estados Unidos designan a menudo a un defensor de los intereses del niño, también denominado tutor, en los casos de adopción, custodia, manutención, divorcio, abuso y abandono.¹⁴⁸ De hecho, las leyes federales de Estados Unidos obligan a los estados a designar a un tutor u otra persona responsable de representar los intereses del niño en todos casos de abuso y abandono de menores.¹⁴⁹ Los organismos internacionales también reconocen la importancia de designar a una persona para que abogue por el interés superior del niño cuando se encuentra inmerso en un procedimiento judicial por su propia cuenta. Los organismos de las Naciones Unidas, como el ACNUR y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), han promovido desde hace tiempo que se asigne a un defensor independiente a los NNA para que defienda sus intereses y los asesore acerca del sistema de inmigración.¹⁵⁰ Algunos países como Canadá, Finlandia, Suecia y Reino Unido proporcionan tutores en todos los casos de NNA.¹⁵¹ No

¹⁴⁸ Técnicamente, la ley federal se refiere a los tutores "ad litem". Un tutor ad litem se encarga de representar ante los tribunales y otros organismos el interés superior del niño, que puede ser diferente de los intereses declarados o expresados por los niños, como se explica a continuación.

¹⁴⁹ Véase Child Abuse Prevention and Treatment Act (CAPTA), 42 U.S.C. § 5106a(b)(2)(B)(xiii) (2010). La persona designada puede ser un abogado ad litem —responsable de la representación del interés superior del niño, un abogado de oficio especial— encargado de abogar por el niño y su interés superior, o un abogado encargado específicamente de representar los intereses legales y declarados del niño. Véase Child Welfare Information Gateway, Departamento de Salud y Servicios Humanos de Estados Unidos (2012). Representation of Children in Abuse and Neglect Proceedings. Disponible en https://www.childwelfare.gov/systemwide/laws_policies/statutes/represent.pdf.

¹⁵⁰ ACNUR (1997). Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo. El Comité de los Derechos del Niño y el UNICEF también reconocen la necesidad crítica de designar a un tutor que represente el interés superior de los NNA. Véase la Observación General No. 6 del CDN, párrafos 33-38 (en la que reclama el nombramiento de un tutor o asesor en cuanto se identifique a un NNA); véase también UNICEF (diciembre de 2013). Observación Escrita de UNICEF sobre Niñez Migrante en América Latina y el Caribe: Solicitud de Opinión consultiva sobre niñez migrante presentada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en http://www.unicef.org/argentina/spanish/Amicus_Curiae_COMPLETO.pdf (en el que se reclama un tutor o representante legal para los NNA en el marco del debido proceso).

¹⁵¹ Véase King, S. M. (2013). Alone and Unrepresented: A Call to Congress to Provide Counsel for Unaccompanied Minors. *Harvard Journal on Legislation*, 50, 331, p. 367; Immigration and Refugee Board of Canada (16 de junio de

obstante, en Estados Unidos no se asigna un defensor de sus intereses a todos los NNA y, antes de 2003, no se proporcionaban defensores a ningún NNA.

A partir de 2003, el HHS comenzó a financiar la designación de tutores en algunos casos de NNA. La organización sin ánimo de lucro Young Center for Immigrant Children's Rights, financiada por el HHS, ha desarrollado un modelo de proyecto para la asignación de un defensor de los intereses de los NNA.¹⁵² El papel del defensor es distinto de la función del abogado del niño. Un abogado de inmigración de un niño tiene la obligación de representar los deseos y los intereses *declarados o expresos* del niño, que a veces están enfrentados con el interés superior del niño. Por ejemplo, pueden surgir tensiones entre el interés declarado y el interés superior cuando un niño que ha huido de una situación peligrosa pide regresar a su país de origen. Esta situación se plantea a veces cuando el niño está bajo la custodia de las autoridades federales de inmigración durante un período prolongado y está desesperado por obtener la libertad, independientemente de las consecuencias a largo plazo. También surge cuando un niño se siente obligado por la presión de los padres u otros adultos a hacer algo que le causaría daño, como trabajar muchas horas en un restaurante, en lugar de ir a la escuela. Sin embargo, los defensores de los intereses de los niños promueven el interés superior del niño (o su seguridad y bienestar). Los defensores de los intereses de los niños supervisados por el Young Center promueven el interés superior del niño, pero lo hacen "con el debido respeto por los deseos expresos del niño", en consonancia con la CDN.¹⁵³

Un importante avance legislativo para los niños migrantes, promulgado en 2008, otorga al HHS la facultad discrecional de designar a un defensor de los intereses a los niños identificados como víctimas de trata o especialmente "vulnerables". Por muy positivo que parezca este cambio, solo un pequeño porcentaje de NNA se benefician de esta medida debido a su carácter discrecional, y porque el Congreso de Estados Unidos no ha asignado fondos suficientes al programa para atender a todos los NNA. El HHS decide caso por caso si asigna a un defensor de los intereses del niño en función de una serie de criterios, como el embarazo, la discapacidad y otros factores para determinar la vulnerabilidad. Este método priva a la mayoría de los NNA de las protecciones especiales que exige su condición de niño, sin un adulto que les asesore mientras se enfrenta a un sistema jurídico en el que corren el riesgo de ser deportados y pueden ser devueltos a una situación peligrosa. Como parte de su iniciativa de financiamiento de la representación legal de los NNA en libertad, algunos de los fondos del HHS asignados a esta iniciativa se utilizan para designar defensores de los intereses a los niños que reciben asesoramiento de un abogado a través del programa. La iniciativa del HHS es digna de elogio, porque aumenta el número de NNA que cuentan con un defensor de sus intereses y comprende a los niños puestos en libertad, que no se habían beneficiado anteriormente de la asistencia de defensores de sus intereses. Sin embargo, habida cuenta de que el objetivo del financiamiento es proporcionar abogados a 2.600 NNA, se designaran defensores de los intereses a un máximo de 2.600 niños en libertad, muy lejos de la cantidad necesaria. Cuando no se asigna a un defensor de los intereses del niño a un caso de NNA,

2014). Commentaries to the Immigration Division Rules: Rule 19 (Designated Representatives). Disponible en <http://www.irb-cisr.gc.ca/Eng/BoaCom/references/ActRegLoi/Pages/CommentIdSi.aspx>.

¹⁵² El Young Center for Immigrant Children's Rights, con sede en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago, se llamaba anteriormente Immigrant Child Advocacy Project. Desde 2003, incluso antes de que la TVPRA otorgara al HHS la potestad de designar a defensores de los intereses de los niños, el Young Center ha sido un pionero en este ámbito y ha proporcionando defensores de los intereses de los NNA.

¹⁵³ Véase The Young Center for Immigrant Children's Rights. Our Mission. Disponible en <http://theyoungcenter.org/about/mission/>.

no hay nadie encargado de promover el interés superior del niño. Sin un abogado o un defensor de sus intereses, el niño no tiene a nadie mientras lidia con el sistema de inmigración, lo que agrava las preocupaciones planteadas anteriormente con respecto al debido proceso.

C. Los procedimientos para solicitar beneficios de inmigración son complejos y difíciles de navegar

Los niños en situación irregular aprehendidos por los funcionarios federales de inmigración o los niños remitidos a los funcionarios federales de inmigración por las autoridades estatales, por ejemplo, en el contexto de un caso de delincuencia juvenil, se someten generalmente a procesos de expulsión. Al igual que los adultos, estos niños deben responder a las acusaciones formuladas contra ellos por el Gobierno que afirma que son “deportables” (es decir, que pueden ser deportados desde Estados Unidos) porque no son ciudadanos de Estados Unidos y entraron sin autorización o han estado más tiempo del permitido en el país. Si admiten su deportabilidad, los niños tienen derecho a solicitar que se suspenda la deportación demostrando su elegibilidad para un beneficio de inmigración. Sin embargo, la aplicación de estos diversos tipos de beneficios migratorios es muy compleja y difícil de entender, mucho menos por un NNA que acaba de llegar a Estados Unidos y no cuenta con un abogado o un tutor.

Es poco probable que el niño conozca el procedimiento correcto, o la manera de proceder, sin un abogado. Por ejemplo, algunas solicitudes de beneficios—tales como las visas T y U—solo pueden ser adjudicadas por el USCIS (y no por los tribunales de inmigración). Para solicitar alguno de estos tipos de beneficios, el niño debe solicitar al juez de inmigración tiempo para presentar la solicitud al USCIS. Si el USCIS aprueba la solicitud, el niño debe solicitar a continuación al juez que suspenda o cierre el proceso de deportación. Si el USCIS deniega la solicitud, se procede con el caso del niño en los tribunales, donde podría tratar de solicitar otros beneficios. Algunas de las solicitudes de suspensión de la deportación solo pueden presentarse ante un tribunal de inmigración, por ejemplo, la cancelación de la expulsión. Los requisitos sustantivos de estos tipos de beneficios se describen en la sección III supra.

El asilo, una de los beneficios solicitados más habitualmente por los niños, conlleva un procedimiento especial para los NNA. Antes de 2008, todos los niños en proceso de expulsión que solicitaban asilo tenían la obligación de presentar su solicitud de asilo ante un tribunal de inmigración, y el juez de inmigración decidía si eran elegibles para la protección del asilo. En respuesta a años de campañas por la improcedencia de la hostilidad de los procesos de expulsión en los casos de niños solicitantes de asilo, el Congreso de Estados Unidos modificó la ley en 2008, para establecer la competencia inicial del USCIS sobre todas las solicitudes de asilo de NNA— independientemente de que se encuentren en procesos de expulsión. Ahora, las oficinas de asilo del USCIS examinan sin hostilidad y deciden todos los casos de asilo de NNA. Al igual que con los otros tipos de beneficios analizados anteriormente, después de que el USCIS apruebe la solicitud, se deben suspender los procesos de expulsión. Cuando el USCIS no aprueba la solicitud, el caso se devuelve a los tribunales para que el juez de inmigración examine de nuevo sobre la solicitud de asilo y adopte una decisión. A pesar de que este procedimiento ha constituido un gran avance respecto al método anterior, no alcanza a reconocer el hecho de que *todos* los niños solicitantes de asilo, acompañados o no, son vulnerables por su edad, estado de desarrollo,

condición de niño, el hecho de que están en proceso de expulsión y el hecho de que temen ser perseguidos.

Hay otros tipos de beneficios de inmigración que pueden ser decididos por más de un organismo gubernamental o que requieren la adopción de decisiones por una combinación de organismos. Por ejemplo, como se explica en la sección III.C, los niños que solicitan la SIJS deben pasar por un proceso en dos etapas que empieza por la comparecencia ante un tribunal estatal y sigue con la presentación de una solicitud al USCIS. Una vez aprobada la SIJS, los beneficiarios son elegibles inmediatamente para la residencia permanente. En función de si el niño está en proceso de expulsión, los procedimientos para este proceso pueden variar mucho y resultar muy complicados, porque el USCIS no puede decidir acerca de la solicitud de residencia permanente si el niño tiene un caso de expulsión pendiente. Con frecuencia, la decisión sobre dónde presentar determinada solicitud depende de la estrategia del caso, una decisión que deben adoptar con un abogado, y que incluye consideraciones sobre la jurisdicción particular en la que se esté procesando el caso. Sin embargo, se espera que los niños que llegan a Estados Unidos—acompañados o no—naveguen rápidamente este sistema complejo sin la asistencia de un abogado o un tutor que les guíe en el proceso.

D. El interés superior del niño no son una consideración primordial

Antes del reciente aumento de NNA que llegan a Estados Unidos, se había avanzado en la incorporación de procedimientos que tuvieran en cuenta los intereses de los niños en su sistema de inmigración—aunque de manera limitada por la falta de una norma obligatoria respecto al interés superior. Sin embargo, la respuesta del Gobierno a esta afluencia ha socavado algunos de los importantes avances logrados en relación con los procesos para los niños, y amenaza con un retroceso completo de estos avances.

1. Los procedimientos para los niños en los procesos de expulsión

Debido al carácter hostil e intimidatorio de los procesos de deportación, y las graves consecuencias de una decisión equivocada, la ausencia de una norma sobre el interés superior de los niños resulta especialmente perjudicial. La falta de consideración del interés superior del niño en los casos de expulsión se manifiesta de las siguientes maneras: (1) disposición del tribunal inadecuada (demasiado formal) para los niños; (2) interrogatorio insensible y a veces agresivo de los niños por parte de los jueces o de los fiscales durante el careo; (3) ausencia de protección para los niños solicitantes, como permitir que se tome testimonio en el despacho privado del juez o aceptar las declaraciones como testimonio en lugar de exigir que testifiquen ante el tribunal y (4) posiciones excesivamente litigantes de los abogados del Gobierno que pueden no estar dispuestos a limitar los argumentos suscitados en un caso.¹⁵⁴

Los hijos de los inmigrantes en procesos de expulsión deben comparecer en un tribunal formal ante un juez de inmigración y enfrentarse a un abogado capacitado del Gobierno que representa al DHS. Cuando un juez convoca a un niño para proceder con su caso, la sala del tribunal puede estar repleta de desconocidos, la mayoría de los cuales son adultos. Dado que la mayoría de los niños migrantes entienden muy poco o nada el inglés, la comunicación entre el niño, el juez y los

¹⁵⁴ Un camino arriesgado, pp. 62-63.

abogados en la sala del tribunal se lleva a cabo a través de un intérprete. El siguiente intercambio entre un juez de inmigración y una niña de 16 años es representativo de lo que sucede durante la primera comparecencia ante un tribunal:

- Juez: Llama a la niña por su nombre para que se acerque.
Juez (*mediante intérprete*): "¿El español es el idioma que más domina?"
Niña: "Sí".
Juez: "Por favor, póngase de pie y levante la mano derecha. ¿Afirma que lo que va a decir es la verdad?"
Niña: "Sí".
Juez: "Dígame su edad por favor".
Niña: "16".
Juez: "Señorita ¿cuál es su nombre correcto?"
Niña: Dice su nombre.
Juez: "¿Cuál es su dirección?"
Niña: Dice su dirección.
Juez: "¿Quién la acompaña hoy?"
Niña: "Estoy aquí con mi tía".
Juez: "¿Dónde están sus padres? ¿Por qué no están aquí?"
Niña: "No lo sé".
Juez: "Pero usted vive con sus padres, ¿no es así?"
Niña: "Sí".
Juez: "¿No tiene un abogado?"
Niña: "No".
Juez: "Señorita, el motivo por el que estamos aquí hoy es porque el Gobierno está tratando de expulsarla de Estados Unidos porque dice que vino aquí de forma ilegal, con un pasaporte que no le pertenece. Por eso la remitieron a un tribunal y ante mí, como juez, para que decida si están en lo cierto, si debe ser expulsada. E incluso si es cierto, si hay alguna forma para que pueda permanecer legalmente aquí. ¿Entiende?"
Niña: "Sí".
Juez: Otorga a la niña tiempo para tratar de obtener un abogado.
Juez: "Tiene que regresar al tribunal el [fecha] a las [hora] con su abogado. Si no comparece en ese momento, se podría ordenar su expulsión en su ausencia. Y no podrá ser elegible para los tipos de beneficios contemplados por la Ley de Inmigración durante 10 años. ¿Entiende?"
Niña: "Sí".

Este tipo de preguntas confunde e intimida a los niños, especialmente si carecen de representación legal; cuanto más joven es el niño, más aterrador o confuso puede resultar. Tanto los académicos como los activistas han criticado el carácter muy hostil de los procedimientos de deportación, y han alegado que son inadecuados para los niños.¹⁵⁵ La EOIR ha publicado directrices sobre casos

¹⁵⁵ Young, W. y McKenna, M. (2010). *The Measure of a Society: The Treatment of Unaccompanied Refugee and Immigrant Children in the United States*. 45, 247, p. 256; Bhabha, J. y Schmidt, S. (junio de 2006). *Seeking Asylum Alone, Unaccompanied and Separated Children and Refugee Protection in the U.S.* Disponible en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Clinics/Seeking_Asylum_Alone_US_Report.pdf.

de menores para los jueces de inmigración con el fin de que los procesos de expulsión se adapten mejor a las necesidades de los niños. Las directrices otorgan a los jueces de inmigración "discrecionalidad en la toma de medidas para asegurarse de que se establece un contexto adecuado para el niño" y que se aplican ciertas adaptaciones a los casos de niños, tales como que los jueces se quiten la toga y lleven ropa de calle. Sin embargo, las directrices no son vinculantes para los jueces de inmigración y no van lo suficientemente lejos. Por ejemplo, las directrices no limitan explícitamente que los jueces interroguen de manera insensible o que permitan este tipo de interrogatorios. Mientras tanto, ninguna norma vinculante requiere una conducta de los abogados del Gobierno que tenga en cuenta los intereses de los niños.¹⁵⁶ Esto puede provocar intercambios muy problemáticos entre el niño y abogado del Gobierno. Por ejemplo, en un caso, el abogado del Gobierno interrogó a un niño de trece años recordando incidentes que habían tenido lugar años atrás, de la siguiente manera:

P: Muy bien. Y ¿sabe por qué [al que atacó a su familia] no le gustaba su abuela?

R: No.

P: ¿Sabe por qué dijo comunistas?

R: No sé lo que significa esa palabra.

P: Muy bien. Y ¿lo escuchó usted mismo o alguien le contó que eso es lo que dijo?

R: Dijo comunistas.

P: Y ¿no sabe lo que quería decir con eso?

R: No.¹⁵⁷

Por increíble que parezca, el abogado del DHS en el caso argumentó que el niño no había podido establecer un nexo con opinión política imputada en gran parte debido a supuestas deficiencias en el testimonio como las anteriores—a pesar del hecho de que los incidentes se produjeron cuando el niño tenía cinco y diez años. El juez de inmigración coincidió con el abogado del Gobierno y negó el asilo.¹⁵⁸

Por otra parte, como se explica en la sección IV.A.3 *supra*, la práctica actual de audiencias aceleradas va en contra del interés superior del niño y se contradice con las políticas anunciadas en las directrices de la EOIR. La existencia de "pleitos supersónicos" pone en entredicho la vigencia y el uso continuado de esas directrices.

El problema no es solo la carencia de procedimientos existentes para los niños en procesos de expulsión, sino también la formación inadecuada de los jueces de inmigración, los miembros de la BIA y los abogados del Gobierno que intervienen en los procesos de expulsión de niños. De acuerdo con las normas internacionales y nacionales, los adjudicadores deben contar con una capacitación y una experiencia especial para poder entender y adaptar los procedimientos a las circunstancias y las necesidades singulares de los niños. Sin embargo, los jueces de inmigración y

¹⁵⁶ Un camino arriesgado, pp. 9-10.

¹⁵⁷ *Mejilla-Romero v. Holder*, 600 F.3d 63, fn19 (1st Cir. 2010).

¹⁵⁸ *Mejilla-Romero v. Holder*, 600 F.3d 63 (1st Cir. 2010). El juez de inmigración negó la solicitud de asilo y tanto la BIA como inicialmente el Primer Circuito confirmaron la denegación. Sin embargo, ante la insistencia del niño y con el apoyo de organizaciones estadounidenses y el ACNUR en calidad de *amici curiae*, el Primer Circuito anuló posteriormente su decisión y remitió el caso al DHS para que emprendiera nuevos procedimientos congruentes con las directrices estadounidenses e internacionales sobre el manejo adecuado de las solicitudes de asilo de niños. *Mejilla-Romero v. Holder*, 614 F.3d 572 (1st Cir. 2010).

los miembros de la BIA reciben poca o ninguna formación sobre cuestiones relativas a la infancia, como el desarrollo infantil, los efectos del trauma en los niños, tener en cuenta sus intereses en las entrevistas y los derechos del niño.¹⁵⁹ Los abogados del DHS—que litigan casos en procesos de expulsión—no reciben ninguna formación de este tipo.¹⁶⁰ Esta carencia esencial podría resolverse fácilmente mediante la institución de formación continua sobre estas cuestiones.

La TVPRA de 2008 obliga a Estados Unidos a promulgar un reglamento "que tenga en cuenta las necesidades especiales de niños extranjeros no acompañados y que aborde el manejo tanto procesal como sustantivo" de sus casos.¹⁶¹ Este reglamento sería vinculante para los jueces y los abogados del Gobierno y podría resolver los problemas que se han puesto de relieve. Sin embargo, han transcurrido seis años y no se ha emitido dicho reglamento.

2. *Procedimientos ante el Servicio de Ciudadanía e Inmigración de Estados Unidos*

Los niños que solicitan asilo al USCIS son entrevistados por un funcionario del USCIS con experiencia específica en el derecho de asilo, conocido como un funcionario de asilo. Los niños que solicitan la SIJS y visas U y T son entrevistados por un funcionario general del USCIS no tiene experiencia en un área en particular.

En contraste con los procesos judiciales de inmigración, las entrevistas del USCIS tienen lugar en un entorno de oficina, sin un juez y sin careo. Al igual que en los casos en los tribunales de inmigración, los niños pueden estar representados por un abogado, pero no tienen derecho a un abogado designado y costado por el Gobierno. Los funcionarios de asilo del USCIS reciben capacitación sobre técnicas de entrevista con niños y análisis de solicitudes de asilo de niños. Las directrices emitidas por el Gobierno federal sobre las solicitudes de asilo de niños también disponen técnicas de entrevista que tienen en cuenta las necesidades de los niños. A pesar de su formación y los métodos cuidadosos de entrevista de las directrices estadounidenses, algunos funcionarios de asilo han sido denunciados por activistas por "demostrar una falta de sensibilidad y formular preguntas invasivas".¹⁶² Los funcionarios generales del USCIS que entrevistan a los niños con otro tipo de solicitudes, como la SIJS, no reciben una capacitación especial para entrevistar a los niños o analizar las solicitudes de beneficios presentadas por niños, y no existen directrices para los funcionarios del USCIS sobre casos de niños solicitantes de la SIJS o visas U y T.¹⁶³ Por lo tanto, algunos funcionarios del USCIS "emplean métodos de interrogatorio antagónicos en las entrevistas a los niños sobre sus solicitudes de la SIJS o regularización de su situación".¹⁶⁴

¹⁵⁹ Un camino arriesgado, p. 68; véase también American Bar Association Commission on Immigration (agosto de 2004) Standards for the Custody, Placement, and Care; Legal Representation; And Adjudication of Unaccompanied Alien Children in the United States. Disponible en http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/Immigration/PublicDocuments/Immigrant_Standards.authcheckdam.pdf (que reclama una formación especial para los jueces de inmigración que deciden casos de niños); Observación General No. 6 del CDN (que recomienda una capacitación especial de los funcionarios que trabajan con NNA, sobre aspectos como cuestiones legales, técnicas de entrevista, "desarrollo y psicología infantiles [y] sensibilidad cultural y comunicación intercultural").

¹⁶⁰ Un camino arriesgado, p. 68.

¹⁶¹ TVPRA § 235(d)(8).

¹⁶² Un camino arriesgado, p. 70.

¹⁶³ Un camino arriesgado, pp. 69-72.

¹⁶⁴ Un camino arriesgado, pp. 71-72.

El USCIS podría mejorar significativamente el tratamiento de los niños mediante la aplicación del principio del interés superior del niño a todos sus procedimientos en casos de menores, y el requisito de una formación especializada para todos los funcionarios que intervienen en casos de niños.

V. La falta de criterios sobre el interés superior deja a los niños sin soluciones duraderas y provoca la repatriación a una situación peligrosa

A lo largo de este capítulo, el término "interés superior del niño" se ha utilizado para criticar una serie de procedimientos y políticas de Estados Unidos que afectan a los niños y los adolescentes inmigrantes, pero no dan prioridad a sus intereses. En secciones anteriores también se analizó cómo el principio del interés superior del niño repercute sobre el análisis jurídico de las solicitudes de recursos de inmigración. Esta sección se refiere a los mejores intereses del niño en un contexto diferente, y se centra en la ausencia de un marco jurídico para los hijos de los inmigrantes basado en el principio del interés superior del niño, y la necesidad de un nuevo tipo de beneficio de inmigración inspirado en este principio. La ausencia de una norma jurídica vinculante que requiera que el interés superior del niño sea la consideración primordial en todas las medidas y decisiones que afectan a los niños inmigrantes conlleva graves consecuencias para los niños. Además, socava sus derechos sustantivos en virtud del derecho internacional, y, como se ha señalado anteriormente, los priva de derechos y garantías procesales. Por último, la ausencia de esta norma afecta a la posibilidad de los niños de regularizar su situación migratoria y los expone al riesgo de ser repatriados a circunstancias peligrosas y precarias.

A. El interés superior del niño debe ser una consideración primordial en las decisiones de repatriación

Como se analizó en el capítulo 9 sobre el tratamiento de los niños migrantes en la frontera entre México y Estados Unidos y en el capítulo 12 sobre repatriación y reintegración, la legislación y las prácticas existentes en Estados Unidos permiten la repatriación de NNA sin ninguna determinación o consideración de interés superior. La consecuencia es que los niños pueden ser devueltos a situaciones peligrosas o situaciones perjudiciales para su bienestar—por ejemplo, pueden ser retornados a pesar de la separación de la familia o la falta de un cuidador. Sin embargo, el hecho de que el niño no tenga derecho a beneficios migratorios no significa necesariamente que pueda regresar a su país. Por ejemplo, en el caso de un niño solicitante de asilo, un juez puede determinar que el niño tiene un temor bien fundado a la persecución si regresa a su país, pero puede denegar el asilo porque concluye que la persecución temida no corresponde a una categoría protegida.¹⁶⁵ Un niño en esta situación corre el riesgo de regresar a manos de sus perseguidores, en contra de su interés superior y en violación de sus derechos en virtud del derecho internacional.

En los casos en que el HHS asigna un defensor de los intereses del niño (también llamado tutor), el tutor formula al juez de inmigración o al adjudicador del USCIS una recomendación basada en el interés superior. Las recomendaciones basadas en el interés superior formuladas por estos tutores incluyen información fundamental sobre la historia y las circunstancias del niño que podrían no haber salido a la luz en los procesos de inmigración. La importancia y el papel de los

¹⁶⁵ Véase la sección III.B.1 para obtener más información sobre las deficiencias en la protección del asilo.

defensores de los intereses de los niños se examina en mayor detalle en el capítulo 12, sobre repatriación y reintegración de los niños migrantes devueltos por Estados Unidos.¹⁶⁶

B. Es necesario un tipo de beneficio basado en el interés superior del niño

Los tipos de beneficios migratorios existentes son inadecuados para abordar los motivos de los niños para emigrar desde Honduras, El Salvador, Guatemala y México. Como se ha mencionado anteriormente en este capítulo y en los capítulos 2-7, los niños de estos países emigran solos para huir de muchas formas de violencia o de violaciones de los derechos humanos que predominan en sus comunidades. Sin embargo, la interpretación restrictiva de la definición de refugiado, junto con el hecho de que no se tengan en cuenta los intereses de los niños en los beneficios y los procedimientos de inmigración, provocan su regreso a situaciones peligrosas en sus países de origen. El regreso puede resultar incluso mortal, como lo demuestran las historias de niños como Edgar Chocóy Guzmán, Josué Rafael Orellana García y los cinco a diez niños deportados recientemente y asesinados en Honduras. Edgar huyó de Guatemala cuando los miembros de su antigua pandilla lo amenazaron de muerte por desertor. Había crecido en un hogar abusivo y se echó a la calle para escapar. Ahí se unió a una pandilla callejera. Edgar declaró ante un juez de inmigración que lo matarían si lo enviaban de regreso a Guatemala. A pesar de que le creyó, el juez consideró que no merecía asilo a causa de su antigua pertenencia a una pandilla callejera y ordenó su deportación. Diecisiete días después de su llegada a Guatemala, los integrantes de la pandilla a los que temía Edgar lo asesinaron.¹⁶⁷ Trágicamente, la historia de Josué no es muy diferente. Los miembros de una pandilla en Honduras se cebaron con Josué debido a las discapacidades físicas que sufrió como consecuencia del huracán Mitch. Josué huyó de Honduras y presentó una solicitud de asilo en Estados Unidos, pero un juez de inmigración concluyó que no tenía derecho al asilo y ordenó su deportación. Poco después Josué desapareció y hallaron finalmente su cadáver.¹⁶⁸

Algunos niños toman la decisión de no solicitar beneficios porque se les ha informado de que pueden acogerse a ellos. Incluso si se tuviera en cuenta el interés superior de los niños, algunos de ellos no tendrían derecho a beneficios de inmigración. Por ejemplo, es probable que los niños que migran porque sus cuidadores se han hecho demasiados viejos para cuidar de ellos, o únicamente para reunirse con un progenitor en Estados Unidos, aunque en su situación actual tienen sus necesidades cubiertas, no sean elegibles para los tipos existentes de beneficios migratorios.

¹⁶⁶ ACNUR (mayo de 2008). Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño, pp. 53-54. Disponible en http://www.acnur.es/PDF/7126_20120417163205.pdf. El ACNUR recomienda que la determinación formal del interés superior sea realizada por un panel multidisciplinario con equilibrio de género compuesto por expertos independientes con experiencia en protección y bienestar infantil. El panel debe contener un conocimiento sólido y experiencia en los derechos del niño y el contexto de la legislación nacional, el derecho internacional de los refugiados, el desarrollo de niños y adolescentes, “la protección específica de riesgos tales como la trata de personas, el reclutamiento, la violencia sexual y por motivo de género” y la comunidad del niño.

¹⁶⁷ Véase De León, S., Associated Press (9 de mayo de 2004). Guatemalan Youth Slain 17 Days After Being Deported From U.S. *Los Angeles Times*. Disponible en <http://articles.latimes.com/2004/may/09/news/adfg-deport9>.

¹⁶⁸ Véase Dzubow, J. (23 de enero de 2012). Dead Honduran Seeks Asylum in the U.S. *The Asylumist*. Disponible en <http://www.asylumist.com/2012/01/23/dead-honduran-seeks-asylum-in-the-u-s/>.

Un nuevo tipo de beneficio de inmigración protegería a los niños del retorno a sus países cuando se haya determinado que el regreso no redundaría en su interés superior. El requisito de una consideración primordial del interés superior del niño (que se analizan en la sección V.B, supra) es un paso crítico para salvaguardar los derechos y la seguridad de los niños migrantes. Disponer un tipo de beneficio basado en el interés superior iría un paso más allá en el logro de soluciones duraderas para estos niños. En concreto, se debe conceder la residencia permanente legal a los niños inmigrantes que no cumplen los requisitos para los tipos existentes de beneficios de inmigración y para los que el regreso redundaría en contra de su interés superior. Esta concesión sería congruente con las leyes sobre bienestar de la infancia de Estados Unidos—que requieren que se planifique la permanencia de los niños en el sistema de acogida—y las recomendaciones del ACNUR determinar soluciones duraderas para garantizar la estabilidad de los niños.¹⁶⁹

VI. Conclusión

Los niños de México y América Central que navegan el sistema de inmigración de Estados Unidos se enfrentan a numerosos obstáculos para regularizar su situación migratoria. La aplicación excesivamente restrictiva de ciertos tipos de beneficios—en particular el asilo y las formas de protección conexas—y los complejos obstáculos procesales privan a muchos niños de recursos legales a los que deberían tener derecho. Los nuevos procedimientos acelerados del Gobierno de Obama, aplicados en respuesta a la afluencia de inmigrantes procedentes de los países del Triángulo del Norte, han agravado los problemas existentes y privan a los niños del debido proceso, especialmente en vista de la incapacidad del Gobierno para asignar abogados a los niños. Por otra parte, el hecho de que las decisiones procesales y sustantivas sobre niños migrantes no se basen en su interés superior no está a la altura de las obligaciones internacionales y morales de Estados Unidos. Ante la ausencia de este criterio, es probable que Estados Unidos siga devolviendo a niños a países en los que pueden enfrentarse a situaciones peligrosas y amenazas contra su vida.

Todas las recomendaciones están incluidas al final de este libro. Para ver la versión completa de las recomendaciones, puede consultar <http://cgrs.uchastings.edu/Ninez-Migracion-DerechosHumanos>.

¹⁶⁹ El ACNUR se centra en la necesidad de encontrar soluciones duraderas para los NNA, pero su lógica se aplica también a los niños migrantes que se enfrentan a la deportación o la salida voluntaria por su cuenta. Véase Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño.