

# LA DETENCIÓN DE MENORES INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS EN LA EXPERIENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS (\*)

VICENTE A. SANJURJO RIVO

*«No tiene sentido decir que lo hacemos lo mejor que podemos. Tienes que lograr hacer lo que es necesario» (Winston CHURCHILL).*

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA DETENCIÓN DE MENORES INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS EN EE.UU.: 1. *La política de detención de los menores inmigrantes no acompañados previa a 1984: el reconocimiento de ciertos derechos constitucionales.* 2. *El foco del cambio: la política de detenciones masivas de la Western Regional Office del INS y su extensión a todo el país.* 3. *Un nuevo rumbo dirigido a mejorar las condiciones de los menores inmigrantes: el Flores Settlement Agreement, un acuerdo incumplido.* 4. *La Homeland Security Act de 2002: un avance insuficiente.* 5. *La Unaccompanied Alien Child Protection Act (UACPA): un fallido paso adelante, aunque no muy decidido, en el tratamiento de los menores inmigrantes no acompañados.*—III. LOS MENORES INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS EN LA EXPERIENCIA NORTEAMERICANA: UNA HISTORIA ENTRE LO POSIBLE Y LO NECESARIO.

## I. INTRODUCCIÓN

La escritora chilena, Isabel Allende, refiriéndose a su periplo personal aseguraba: «aprendí pronto que al emigrar se pierden las muletas que han servido de sostén hasta entonces, hay que comenzar desde cero, porque el pasado se borra de un plumazo y a nadie le importa de dónde uno viene o qué ha hecho antes». Seguramente en esta frase se condensan las muchas dificultades que quien emigra debe afrontar. Imaginemos ahora, por un momento, que en lugar de una escritora de éxito son niños separados de sus familias los que deben superar solos esas dificultades para huir de la pobreza, las persecuciones y las guerras

---

(\*) Este trabajo ha contado para su realización con la financiación de la Xunta de Galicia, a través de una beca concedida por resolución de la Dirección Xeral de Investigación, Desenvolvemento e Innovación de la Consellería de Economía e Industria para realizar estancias en el extranjero o en centros españoles situados fuera de la Comunidad Autónoma de Galicia.

de sus lugares de procedencia. Eso es lo que ocurre a diario en muchos lugares del mundo. Sin embargo, en el presente trabajo nos referiremos únicamente a lo que viene acaeciendo con estos infortunados en los Estados Unidos y a cómo poder utilizar su larga experiencia en este ámbito con relación al más reciente flujo migratorio de este tipo que ha experimentado nuestro país.

Naturalmente las diferencias entre ambos casos, el español y el norteamericano, son muchas y de todo tipo. Los contextos son muy distintos, lo que ha provocado formas también distintas de abordar esos peculiares movimientos migratorios. Las diferencias no sólo tienen que ver con la antigüedad del fenómeno en un país y en el otro, sino también con su magnitud, al menos en términos absolutos.

Pero ciertamente tanto en España como en los Estados Unidos se produce ese movimiento migratorio de menores no acompañados. En su caso, el norteamericano, los niños tienen procedencias muy diversas, aunque mayoritariamente son originarios de países centroamericanos (1); en el nuestro, en cambio, la casi totalidad proviene de Marruecos (2). Y ambos países deben administrar esos flujos a través de una estructura territorial descentralizada, que en la distribución competencial asigna esta materia al poder central pero posibilitando a su vez ámbitos de gestión a los distintos Estados y Comunidades Autónomas respectivamente.

El paradigma tradicional de la emigración consistía en hombres adultos que emigraban solos a los Estados Unidos en busca de trabajo, con la expectativa de en un futuro atraer a sus familias o, por el contrario, retornar ellos a sus respectivos países de origen. Sin embargo, este modelo sufrió una transformación radical en el último tramo del siglo pasado y cada vez son más las familias enteras y, paradójicamente, los menores no acompañados los que persiguen el sueño

---

(1) A modo de ejemplo, de los datos facilitados por la agencia del *Department of Justice* encargada de los asuntos de inmigración, el *Immigration and Naturalization Service* (INS), referidos a 1997 se seguía que la mayoría de los menores inmigrantes no acompañados provenía de América Central y América del Sur, el 22 por 100 de China, y el 9 por 100 de otros países, especialmente del continente africano e India. A grandes rasgos estos datos se verían confirmados poco después, concretamente para los años 1999, 2000 y 2001, a través de la información proporcionada por el propio INS. *Vid.* respectivamente HUMAN RIGHTS WATCH CHILDREN'S RIGHTS PROJECT, *Slipping through the cracks. Unaccompanied Children Detained by the U.S. Immigration and Naturalization Service*, ed. Human Rights Watch, New York, Washington, London, Brussels, 1997: 2; y U.S. Department of Justice. Immigration and Naturalization Service, Office of Juvenile Affairs, «Fact Sheet» [último acceso 2010]. Disponible en <http://webharvest.gov/peth04/20041108084954/http://uscis.gov/graphics/publicaffairs/factsheets/OJA.pdf>: 3.

(2) Aproximadamente el 95 por 100 de los menores no acompañados que entran en nuestras fronteras es de origen marroquí, mientras que el 5 por 100 restante procede de países del África subsahariana.

americano. Estos niños huyen de sus países por su cuenta, o bien son enviados por sus familias en la esperanza que de ese modo tendrán más posibilidades de éxito, e incluso en algunos casos son separados accidentalmente de sus familias en el transcurso del viaje. Las causas que los mueven a emprender tan arriesgada y tortuosa aventura son de muy diversa índole, si bien, como fácilmente se inferirá, todas ellas tienen en común el obedecer a situaciones extremas y dramáticas. El telón de fondo naturalmente lo constituye la miseria que asola a sus lugares de origen, aunque, a modo de caleidoscopio, adopta contornos y formas diferentes. Y así estos niños que abandonan todo su mundo conocido por otro completamente ignoto a menudo tratan de huir de los conflictos bélicos que los atrapan en sus países, y que frecuentemente conllevan su reclutamiento militar forzoso; de eludir el maltrato o el abandono familiar, la mutilación genital femenina, los matrimonios de conveniencia, la prostitución, la explotación infantil o la vida en las calles.

Cuando, al fin, alcanzan los Estados Unidos, nuevos desafíos se presentan en su camino y, en muchas ocasiones, no menos difíciles de superar que los que tuvieron que afrontar en el transcurso del éxodo a la tierra de promisión. Muchas —la inmensa mayoría— de estas trágicas experiencias personales que se producen a diario permanecen en el anonimato, silentes, sin que nadie repare en ellas, y sólo unas pocas, tal vez por su espectacularidad, acaban saliendo a la luz pública. Éste es el caso de Malik Jarno, un niño guineano que llegó a los Estados Unidos con dieciséis años en enero de 2001. Había huido de Guinea con tan sólo trece años después de perder a su familia debido a represalias políticas tomadas por las autoridades de aquel país. Durante tres años vagó por distintos países de África y Europa en los que residían parientes que lo acogieron temporalmente hasta que, finalmente, recaló en los Estados Unidos con un pasaporte falso que le había proporcionado un amigo de la familia. Fue detenido en el aeropuerto y enviado a una prisión para adultos, ya que las autoridades de inmigración, tras realizar las pruebas oportunas y desechar su certificado de nacimiento que acreditaba su verdadera edad, determinaron —erróneamente— que era mayor de edad. Durante casi un año permaneció recluido en una cárcel y en el más absoluto olvido. Malik lo había perdido todo, todo referente por él reconocible; se encontraba en un entorno extraño y agresivo, en el que, además, se empleaba un idioma que desconocía. Si a todo ello añadimos que sufría un leve retraso nos podemos hacer una idea, siquiera aproximada, del infierno que este menor guineano debió padecer. Fueron los reclusos más antiguos los que ante esta espeluznante situación contactaron con un abogado para que lo representase y, tras permanecer detenido nada menos que tres años en un centro de inmigración para adultos en el que fue víctima de abusos por parte de otros re-

clusos y del personal del *Immigration and Naturalization Service* (INS), acabó siendo puesto en libertad en buena parte debido a la fuerte presión política y social tanto interna como internacional (3).

Tampoco le fue a la zaga en su crudeza la peripecia de Isau, un adolescente hondureño de catorce años que había huido de su país para escapar de los brutales abusos físicos que le infligía su padrastro, de las persecuciones de los escuadrones de la muerte del gobierno y del tormento que le provocaban las pandillas juveniles. Su padrastro lo había golpeado en numerosas ocasiones con barras, trozos de madera y hasta con el mango de un machete, e incluso le había provocado quemaduras con distintos objetos calientes. Tras abandonar la casa de su padrastro, Isau malvivió en las calles haciendo frente al acoso de las autoridades y de las pandillas juveniles. Terminó por huir a los Estados Unidos, donde fue detenido por el INS que le denegó el acceso a la jurisdicción de menores y con ello la posibilidad de que se le concediese el estatus especial de menor inmigrante (*special immigrant juvenile status*, SIJS) (*vid. infra*, pág. 114), que se otorga en aquellos casos de menores que hubiesen sido víctimas de abusos, abandono o desatención, lo que, en el caso de Isau, como se acaba de referir, era manifiesto y, de ese modo, poder acceder a los servicios de acogida y obtener la residencia legal en los Estados Unidos. En lugar de ello, el *Immigration and Naturalization Service* (INS) optó por mantenerlo detenido por un período de más de dos años antes de ordenar su deportación a Honduras aun cuando su apelación estaba pendiente de resolución (4).

Estos casos, y otros muchos, contrastan con las atenciones, justificadas por otra parte, que recibió otro menor no acompañado mucho más conocido: el niño de cinco años, Elián González, que, como es sabido, llegó a la costa de Florida tras ser rescatado después de permanecer flotando en un neumático durante dos días. Era uno de los supervivientes de la embarcación que dos días antes había naufragado en aguas del Atlántico y que lo trasladaba ilegalmente desde Cuba junto con otros catorce cubanos, entre ellos su madre que desgraciadamente pereció en el naufragio (5). Por las consabidas disputas

---

(3) *Vid.* Cate DOTY, «Teenage African Immigrant Is Freed After 3 Years in Detention», *The New York Times*, 25 de diciembre de 2003 [último acceso 2010]. Disponible en <http://www.nytimes.com/2003/12/25/us/teenage-african-immigrant-is-freed-after-3-years-in-detention.html>.

(4) *Vid.* WOMEN'S COMMISSION FOR REFUGEE WOMEN AND CHILDREN, «Prison Guard or Parent?: INS Treatment of Unaccompanied Refugee Children», United States of America [último acceso 2010]. Disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/category/COI,,THEMGUIDE,,49ae53f32,0.html>: 1.

(5) *Vid.* «Who Survived Sinking Won't Be Deported», *The New York Times*, 27 de noviembre de 1999 [último acceso 2010]. Disponible en <http://www.nytimes.com/1999/11/27/us/3-who-survived-sinking-won-t-be-deported.html?scp=29&sq=&st=nyt>; y «Un viaje de 152 días», *El País*, 23

entre los Estados Unidos y Cuba, el caso Elián tuvo un gran impacto en la opinión pública norteamericana y suscitó un amplio —y en ocasiones agrio— debate político y jurídico sobre el tratamiento que se les debe dispensar a estos menores. Sin embargo, no abordaba el problema en su verdadera dimensión; se trataba más bien de un debate inducido por las singulares circunstancias que concurrían en ese caso concreto, pero que en cambio ignoraba —a sabiendas— el penoso tratamiento que recibían y la absoluta desprotección jurídica en que se hallaban los miles de menores inmigrantes no acompañados que, como el pequeño Elián, entraban ilegalmente cada año en los Estados Unidos.

Cuando estos menores logran entrar en los Estados Unidos desde el punto de vista jurídico confluyen en ellos dos condiciones en principio nada favorables: la de extranjeros, además en situación irregular, y la de menores. La legislación de inmigración, competencia del poder federal, constituye una sucesión de dicotomías entre nacionales y extranjeros, y en el caso de estos últimos, entre los que se encuentran regularizados y los que, por el contrario, están en situación irregular. Sin embargo, prácticamente no discrimina entre inmigrantes mayores y menores de edad. Con carácter general, los extranjeros disponen con respecto a los nacionales de un menor elenco de derechos o están sujetos a un ejercicio limitado de los mismos. Obviamente, si se encuentran en situación ilegal la restricción de esos derechos es todavía mayor. En esa situación jurídicamente tan precaria se encontrarían los menores inmigrantes que deben afrontar los complejos procesos de inmigración sin derecho a un abogado de oficio y en la mayoría de los casos sin ningún tipo de asistencia personal o jurídica. Y además, recuérdese, que estos niños están solos, casi siempre asustados en un ambiente casi siempre también hostil, incapaces de desenvolverse en lengua inglesa, y que huyen de situaciones tan desgarradoras como algunas de las que acabamos de describir. Esa precariedad, sin embargo, contrasta con la marcada tendencia federal y de los diferentes Estados de, aun reconociendo la lógica limitación en el ejercicio de algunos derechos por los menores nacionales en razón al derecho de los padres a criar a sus hijos y al derecho del Estado a protegerlos, disponer para ellos instrumentos adicionales de protección en los distintos ámbitos jurisdiccionales (6). Se diría, pues, que, en materia de inmigración, se minimiza —o directamente se anula— la condición de menor del menor inmigrante y con

---

de abril de 2000 [último acceso 2010]. Disponible en [http://www.elpais.com/solotexto/articulo.html?xref=20000423elpepiint\\_2&type=Tes&anchor=elpepiint](http://www.elpais.com/solotexto/articulo.html?xref=20000423elpepiint_2&type=Tes&anchor=elpepiint).

(6) Con relación a esta *vis* expansiva de las garantías adicionales para los menores nacionales, véase Michael A. OLIVAS, «Unaccompanied refugee children: detention, due process, and disgrace», *Stanford Law & Policy Review*, núm. 2 (1990): 161-162 y 163.

ello la necesidad de establecer mecanismos de sobreprotección en atención a su posición de especial vulnerabilidad. En definitiva, el menor inmigrante no acompañado es inmigrante (ilegal) a todos los efectos, pero en cambio no es menor a prácticamente ningún efecto.

Una vez detenidos, estos menores no acompañados dispondrán de varias alternativas, si bien, como acabamos de señalar, no se encuentran ni mucho menos en las mejores condiciones para poder decidir. A la mayoría de ellos se les suele ofrecer en primer término la salida voluntaria del país. A tal fin, el extranjero deberá manifestar su libre voluntad de abandonar el país y con ello obtendrá el beneficio de evitar ser formalmente expulsado. Ello explica que el INS ofrezca casi siempre esta posibilidad a los extranjeros que detiene y que, a su vez, «hasta el 98 por ciento de ellos tomen ese camino» (7).

En el caso de que no se les ofrezca la vía de la salida voluntaria o simplemente se nieguen a adoptarla, los menores no acompañados se colocan en proceso de expulsión, y en el transcurso del mismo podrán solicitar distintas formas de amparo, incluido el asilo. Debe repararse en la circunstancia de que aun cuando se entre en la categoría de refugiado según la legislación norteamericana, la decisión última sobre la concesión de asilo es discrecional y corresponde al Fiscal General de los EE.UU. Tradicionalmente el derecho de asilo norteamericano no venía haciendo distinciones entre adultos y menores, obviando que éstos, por la etapa de desarrollo físico y psicológico en la que se encuentran, pueden experimentar la persecución de un modo distinto a como lo hacen los adultos, y que el impacto que sobre ellos puede tener recordar y recrear ciertas situaciones pudiera ser brutal, desde luego normalmente mucho mayor que el que podría tener para un adulto en una situación similar. No obstante, esta carencia histórica vino a ser resarcida —al menos parcialmente— con la adopción en 1998 de las «Directrices para las reclamaciones de asilo de los niños» elaboradas con la finalidad de proporcionar al Cuerpo de Funcionarios de Asilo [*Asylum Officer Corps* (AOC)] «las bases y orientación para la resolución de las reclamaciones de asilo de los menores» (8). En ellas, entre otras cosas, se proponía que en las entrevistas efectuadas a los menores se diesen una serie de condiciones (9) que propiciasen un ambiente «amistoso» (10)

---

(7) *Reno v. Flores*, 507 U.S. 292, U.S. Supreme Court (1993) en 307.

(8) Weiss, Jeff, U.S. Department of Justice. Immigration and Naturalization Service, «Guidelines For Children's Asylum Claims», Washington, D.C., 10 de diciembre de 1998 [último acceso 2010]. Disponible en [http://cgrs.uchastings.edu/documents/legal/gender\\_guidelines/DHS\\_INS\\_children\\_guidelines.pdf](http://cgrs.uchastings.edu/documents/legal/gender_guidelines/DHS_INS_children_guidelines.pdf): 1.

(9) *Vid. ibid.*: 5-10.

(10) *Ibid.*: 5.

para los niños. A pesar de que las Directrices no ofrecen dudas respecto a que las normas relativas a la concesión del estatuto de refugiado son las mismas tanto para los adultos como para los menores, sin embargo, en particular en el caso de los menores no acompañados, reconocen que en el examen de los antecedentes de hecho presentados por éstos en sus reclamaciones de asilo se debe ponderar su edad, su especial vulnerabilidad, así como su conocimiento posiblemente limitado de las condiciones en el país de origen que justificarían la solicitud de asilo (11). Ciertamente estas Directrices reconocen e identifican las especialísimas circunstancias que concurren en los menores inmigrantes no acompañados y el riesgo elevado de que sus reclamaciones de asilo sean rechazadas, pero no establecen —ni podrían hacerlo, ya que no son normas legislativas, sino únicamente unas líneas de actuación de carácter administrativo dirigidas a mejorar la competencia de los funcionarios de asilo del INS a fin de que puedan abordar convenientemente los diversos aspectos de las solicitudes y, de ese modo, mejorar las resoluciones de asilo de los Estados Unidos (12)— ningún procedimiento especial que asegure en todo caso un tratamiento adecuado a las particulares condiciones que se dan en las reclamaciones de asilo de los menores no acompañados.

También podrán solicitar protección al amparo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 10 de diciembre de 1984, pues tras su ratificación el 21 de octubre de 1994, Estados Unidos en virtud del artículo 3 de la Convención no podrá expulsar, devolver o extraditar a una persona a otro Estado «cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura». El auxilio que dispensa es temporalmente más limitado que el que proporciona el asilo, ya que únicamente retiene o aplaza la expulsión de los que obtienen su amparo; pero de otra parte, sin embargo, su protección no está sujeta a la discrecionalidad del Fiscal General. Una vez más no se hace distinción alguna entre adultos y menores de edad y ni tan siquiera en este caso el *INS Bureau of Citizenship and Immigration Services* (BCIS) ha publicado alguna norma dirigida a los funcionarios de inmigración en la que se les inste a que tengan en consideración la más que probable distinta forma de experimentar la tortura que pueden tener los niños respecto de los adultos, o la dificultad adicional que aquéllos puedan tener para relatar episodios traumáticos. Además podría dejar fuera de su ámbito de protección casos particularmente dramáticos, como el de los niños víctimas de la trata de personas, ya que la Convención no se aplica cuando la tortura es practicada por

---

(11) *Vid. ibid.*: 18.

(12) *Vid. ibid.*: 2.

agentes privados (art. 1, *sensu contrario*), o el de los niños reclutados forzosamente por grupos guerrilleros por tratarse de entidades que los poderes públicos son incapaces de controlar.

En cambio, una de las pocas disposiciones de inmigración que sí está específicamente orientada a los menores es el *special immigrant juvenile status*, SIJS (*J Special Immigrants*) (13) establecido en la *Immigration Act* de 1990 (14). Podrían obtener este visado especial aquellos menores residentes de hecho en los Estados Unidos que hubiesen sido declarados dependientes por un tribunal de menores y respecto de los cuales dicho órgano jurisdiccional hubiese estimado que eran idóneos para recibir atención y cuidado durante un largo período de tiempo; y cuando se hubiese determinado en un procedimiento administrativo o judicial que no constituiría el mejor interés del menor devolverlo a su país de origen o al de sus padres, o al país de su última residencia habitual (15). Sin embargo, pocos años después, con la aprobación de la *Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act* (16) se modificaron los requisitos de acceso dificultando la obtención de este visado especial. Se acabaron por incluir dos nuevas condiciones que objetivamente obstaculizaban la concesión del «visado J». En primer lugar, en el supuesto de que el menor extranjero se encontrase bajo la custodia del INS, se requería la previa autorización de esta agencia de inmigración a fin de que se pudiese someter a la jurisdicción de menores y, en segundo lugar, una vez que el menor hubiese sido declarado dependiente por un tribunal de menores, se exigía el consentimiento expreso del Fiscal General como condición indispensable para la concesión del visado.

A la luz de la constatación de que las mujeres y los niños son las principales víctimas del tráfico ilegal de personas —se estima que en torno a 50.000 personas, mayoritariamente mujeres y niños, son víctimas de las redes de tráfico ilegal cada año en los Estados Unidos— se crearon dos nuevos tipos de visados con el objetivo específico de impedir en la medida de lo posible este tipo de abusos. Por medio de la *Victims of Trafficking and Violence Protection Act of*

---

(13) Con relación a las características y particularidades de este visado, puede consultarse Margaret CARLSON, «Special Immigrant Juvenile Status: An Interview with Elissa Steglich, Managing Attorney, and Karen Donoso Stevens, Staff Attorney, with the Children's Project of Midwest Immigrant & Human Rights Center», *Children's Legal Rights Journal*, 25, no. 3 (2005): 60-62.

(14) *Immigration Act of 1990*, Public Law 101-649, 104 Stat. 4978, § 153.

(15) *Ibid.*, § 153 (a)(3).

(16) *Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996 (IIRIRA)*, Public Law 104-208, 110 Stat. 3009-546.



2000 (17) se instituyeron los «visados T» (18) dirigidos a aquellas personas que hubiesen sido «víctimas de formas severas de tráfico de personas» (19). Pueden ser solicitados indistintamente por adultos o por menores, si bien los menores de quince años, como veremos, están exentos de uno de los requisitos exigidos para la concesión del visado. Para obtener el visado se exige en primer lugar que el extranjero haya sido víctima del tráfico ilegal de personas (20); en segundo lugar, debe estar físicamente en los Estados Unidos o en un punto válido de entrada como consecuencia de dicho tráfico (21); en tercer lugar, debe demostrar que «sufriría privaciones extremas que le acarrearía un daño inusual y severo si es expulsado» (22) y, por último, si tuviese más de quince años, deberá «acceder a cualquier solicitud razonable de asistencia en la investigación o enjuiciamiento de los actos del tráfico ilegal» (23); en cambio, si tuviese quince o menos años quedaría exento de este requisito (24). Los titulares de este tipo de visados tienen derecho a un permiso de trabajo (25) y, transcurridos tres años, pueden obtener la residencia legal permanente (26).

A su vez, en el marco de la *Violence Against Women Act of 2000* (VAWA) (27) se crearon los «visados U» (28) destinados a personas que hubiesen sido víctimas de «abuso físico o mental» (29) y que dispusiesen de información y estén dispuestas a colaborar en las investigaciones y actuaciones judiciales relacionadas con esa actividad delictiva (30). Si bien los menores de dieciséis años de edad no están obligados a colaborar en las investigaciones policiales y judiciales para obtener este visado, sí al menos un «padre, tutor o amigo cercano» del niño

---

(17) *Victims of Trafficking and Violence Protection Act of 2000. Public Law 106-386. 114 Stat. 1464*, 22 U.S.C. § 7101 (2002).

(18) *8 U.S.C. (2002)*, United States Code, § 1101 (a)(15)(T).

(19) *Trafficking Victims Protection Act of 2000. Public Law 106-386. 114 Stat. 1464*, 22 U.S.C. § 7101 (2002) § 7102(8). Esta Ley constituye una parte («Division A») de la *Victims of Trafficking and Violence Protection Act*.

(20) *8 U.S.C. (2002)*, § 1101 (a)(15)(T)(i)(I).

(21) *Ibid.*, § 1101 (a)(15)(T)(i)(II).

(22) *Ibid.*, § 1101 (a)(15)(T)(i)(IV).

(23) *Ibid.*, § 1101 (a)(15)(T)(i)(III)(aa).

(24) *Ibid.*, § 1101 (a)(15)(T)(i)(III)(bb).

(25) *Ibid.*, § 1101 (i)(2).

(26) *Ibid.*, § 1255 (l)(1)(A)-(C).

(27) *Violence Against Women Act of 2000 (VAWA 2000). Public Law 106-386. 114 Stat. 1464*. Esta Ley integra una parte («Division B») de la *Victims of Trafficking and Violence Protection Act*.

(28) *8 U.S.C. (2002)*, § 1101 (a)(15)(U).

(29) *Ibid.*, § 1101 (a)(15)(U)(i)(I).

(30) *Ibid.*, § 1101 (a)(15)(U)(i)(II)-(III).

deberá a tal fin poseer y compartir información sobre la actividad delictiva en cuestión (31). Por tanto, en este caso los menores deberán soportar una mayor carga que para la obtención de los «visados T», pero en contrapartida y a diferencia de estos últimos, no se les exigirá demostrar que sufrirían graves dificultades si fuesen expulsados. E igualmente los titulares de los «visados U» podrán disponer de permiso de trabajo y, transcurridos tres años y siempre que cumplan ciertos requisitos legales, podrán también solicitar el estatus de residente legal permanente (32).

Ambos visados vendrían a cubrir la importante laguna que, como ya se ha apuntado, suponía la desprotección en que se encontraban aquellos menores que estaban en los Estados Unidos como resultado del tráfico ilegal de personas o que habían sido víctimas de abusos físicos o psicológicos de diversa índole. Así, por ejemplo, un niño víctima de la trata de personas no podría acogerse al derecho de asilo por no estar contemplado ese caso entre los supuestos que pueden dar acceso al estatuto de refugiado, y tampoco encontraría protección en la Convención contra la Tortura, a menos que un tribunal estimase —lo que sería muy poco probable— que los traficantes contaban con la participación o aquiescencia de los gobiernos correspondientes y que, a su vez, esas actividades son subsumibles en la definición que de tortura hace la Convención (art. 1). Si bien la obligación de colaboración en la investigación de los hechos impuesta a los mayores de quince y dieciséis años como requisito para la obtención de los «visados T y U» respectivamente pudiera no ser muy acertada, ya que resulta plausible la reticencia que estos adolescentes pudiesen tener a la hora de relatar su experiencia personal por miedo a represalias, vergüenza o trauma psicológico, lo cierto es que la implantación de estos dos visados constituían un paso al frente en la protección de los menores víctimas de delitos tan execrables (33).

Así pues, si un menor inmigrante no opta por la salida voluntaria habrá de abrirse entonces un procedimiento para determinar su condición migratoria, es decir, para decidir si es susceptible de beneficiarse de algunas de las alternativas como las anteriormente descritas o, por el contrario, debe ser expulsado a su país de origen. Pues bien, en tanto no se resuelve dicho procedimiento, el menor o es confiado a sus familiares o tutores y sólo en circunstancias excepcionales a personas mayores de edad sin relación de parentesco que formalmente los

---

(31) *Ibid.*, § 1101 (a)(15)(U)(i)(II)-(III).

(32) *Ibid.*, § 1184 (o)(3).

(33) Un estudio exhaustivo de estos distintos instrumentos de amparo al servicio de los menores inmigrantes puede verse en Devon A. CORNEAL, «On the way to grandmother's house: is U.S. immigration policy more dangerous than the big bad wolf for unaccompanied juvenile aliens?», *Penn State Law Review*, 109, no. 2 (2004-2005): 625-641.

reciban a su cargo, o bien es detenido. Como es fácil de deducir, al tratarse de menores inmigrantes no acompañados que, como su propio nombre indica, están solos, es poco probable que haya parientes que los reclamen, de manera que el sombrío destino que les aguarda a la mayoría de ellos será la detención. De ello trata las páginas que siguen.

## II. LA DETENCIÓN DE MENORES INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS EN EE.UU.

La política federal de los Estados Unidos con relación a la detención de menores inmigrantes no acompañados no ha sido totalmente lineal, sino que, como por otra parte es perfectamente lógico, ha estado expuesta a los cambios y vaivenes que las circunstancias de cada momento propician. Naturalmente otra cosa es el juicio que ese intento de adaptación merezca. A continuación mostramos esas distintas políticas y fórmulas para afrontar esta delicada cuestión en distintos segmentos temporales que, aunque por fuerza convencionales, vendrían a dar cuenta de aquellas variaciones y transformaciones.

### 1. *La política de detención de los menores inmigrantes no acompañados previa a 1984: el reconocimiento de ciertos derechos constitucionales*

Antes de 1984 la agencia federal encargada de las cuestiones relacionadas con la inmigración —el INS— no tenía una política formalmente diseñada con relación a la detención de los menores inmigrantes no acompañados y su eventual puesta en libertad en tanto se clarificaba su situación migratoria. La *Immigration and Nationality Act* (34) disponía con carácter general que los extranjeros en custodia mientras se tramitaba sus procedimientos de expulsión podrían ser puestos en libertad bajo fianza o en libertad condicional discrecionalmente por el Fiscal General (35). De hecho, los menores inmigrantes no acompañados que estaban pendientes de una resolución judicial que aclarase su situación eran sistemáticamente puestos en libertad y confiados a miembros de familias, grupos religiosos o a otras organizaciones de carácter asistencial. Con esta práctica, en realidad, el INS estaba aplicando analógicamente a los menores inmigrantes

---

(34) *Immigration and Nationality Act (INA) of 1952*, Title 8 of the U.S. Code (8 USC), §§1101-1537 (2010).

(35) *Ibid.*, § 1226.

no acompañados la previsión que la *Juvenile Justice and Delinquency Prevention Act* contemplaba para los menores nacionales. Esta ley autorizaba la liberación de menores que presuntamente hubiesen delinuido condicionada a que la parte que recibía al menor lo presentase ante el tribunal cuando fuese requerido. La liberación, no obstante, podría ser denegada si el juez determinaba que la detención de estos menores se requería para garantizar su oportuna comparecencia ante el tribunal o para asegurar su seguridad o la de los demás (36).

Así pues, la equiparación *de facto* en este punto entre los menores inmigrantes no acompañados y los menores nacionales acusados de algún delito implicaba, al menos indirectamente, el reconocimiento de los primeros como sujetos de algunos derechos constitucionales.

En este contexto de reconocimiento de ciertos derechos constitucionales a los menores inmigrantes aun cuando hubiesen entrado ilegalmente en territorio estadounidense se inscribe el caso *Pérez-Fúnez v. INS* (37). José Antonio Pérez-Fúnez tenía dieciséis años cuando fue detenido en California, en un lugar próximo a la frontera con México, el 22 de marzo de 1981. Pérez-Fúnez denunció que los funcionarios del INS lo habían coaccionado para que firmase el formulario de salida voluntaria: si no accedía a hacerlo —le dijeron—, al no poder pagar la fianza para su liberación, permanecería detenido por un largo período de tiempo. Sólo se le ofrecería la libertad condicional si previamente firmaba la salida voluntaria, y todo ello sin advertirle de su derecho a solicitar un abogado. En realidad casi no tenía alternativa. O se avenía a la oferta del INS o se vería abocado a un largo e incierto período de detención. Y todo ello, conviene no perderlo de vista, en un entorno extraño —un país extranjero—, sin comprender apenas a sus interlocutores —que se expresaban en un idioma, el inglés, que no era el suyo— y en un ambiente hostil —la actitud amenazadora de los funcionarios del INS—, después de haber recorrido sólo un largo trecho huyendo de la violencia y de la miseria. Fue en estas penosas circunstancias que Pérez-Fúnez firmó el documento de salida voluntaria sin apenas leerlo o comprenderlo y, como es obvio, sin el menor deseo de volver a El Salvador.

Pérez-Fúnez presentó entonces una acción colectiva en representación de todos los menores inmigrantes no acompañados que se encontrasen en una situación similar (38) en el Tribunal Federal de Distrito para el Distrito Central de

---

(36) *Juvenile Justice and Delinquency Prevention Act of 1974*, 18 U.S.C., § 5034 (1992).

(37) *Pérez-Fúnez v. INS*, 619 F. Supp. 656, United States District Court for the Central District of California, 1985.

(38) La parte que presenta la acción se definió como «[...] all persons who appear, are known, or claim to be under the age of eighteen years who are now or in the future taken into or held in

California contra el INS y sus prácticas en los procedimientos de salida voluntaria que, según la demanda, vulneraban los derechos de los niños inmigrantes no acompañados al debido proceso de la Quinta Enmienda (39). El Tribunal recurrió al caso *Mathews v. Eldridge* (40) para determinar si aquellas actuaciones del INS vulneraban efectivamente el derecho al debido proceso de los menores. En el caso citado el Tribunal Supremo sostuvo que las personas en riesgo de perder la vida, la libertad o la propiedad deben tener la oportunidad de ser oídas «en un momento válido y de una manera válida» (41). En ello se condensaban, según el Tribunal Supremo de los EE.UU., las exigencias y requisitos del debido proceso. El Tribunal Federal de Distrito calificó la salida voluntaria como una renuncia expresa al derecho a una audiencia de deportación y estimó que los procedimientos seguidos por el INS para formalizar esa renuncia al derecho a solicitar la suspensión de la expulsión y pedir asilo no garantizaban en modo alguno que tales renunciaciones fuesen conscientes y voluntarias. En realidad los niños habían sido obligados sin saberlo a renunciar a esos derechos. Por lo tanto, el Tribunal consideró que existía un riesgo real de privación de derechos errónea propiciado porque «la situación que enfrentan los menores extranjeros no acompañados es inherentemente coercitiva» (42).

Por otra parte, el Tribunal Federal de Distrito estimó que antes de que se les presentasen los impresos de salida voluntaria a los menores, el INS debería respetar una serie de garantías adicionales como el asesoramiento de los derechos básicos adecuado a la edad, las listas actualizadas de los proveedores de servicios legales y el acceso a la comunicación telefónica que, además de no resultar particularmente gravosas para la agencia federal, reducía sustancialmente las

---

custody in the United States by agents of the Immigration and Naturalization Service for possible deportation from the United States, and who are not accompanied by at least one of their natural or lawful parents at the time of being taken or received in custody within the United States», *ibid.* en 657.

(39) «Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; *ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal*; ni se ocupará su propiedad privada para uso público sin una justa indemnización» (Quinta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, 15 de diciembre de 1791, cursivas nuestras).

(40) *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319, U.S. Supreme Court (1976).

(41) *Ibid.* en 333.

(42) *Pérez-Fúnez v. INS*, 619 F. Supp. 656, cit. en nota núm. 37, en 662.

probabilidades de provocar aquella privación errónea de derechos a la que antes aludía el Tribunal (43).

Así pues, se entendía que los menores inmigrantes no acompañados eran sujetos de derechos constitucionales y legales básicos a pesar de su entrada ilegal en el país (44). La garantía constitucional del debido proceso tenía, según el Tribunal, un valor universal y, en consecuencia, protegía a todos los inmigrantes, ya fuesen legales o ilegales. En definitiva, recibían, con todas las reservas, un trato similar al que se les dispensaba a los menores nacionales incurso en un proceso de tipo penal y debían estar amparados por garantías constitucionales esenciales, como las del debido proceso, y ello con independencia de que la entrada en el país se efectuase de forma legal o ilegal.

## 2. *El foco del cambio: la política de detenciones masivas de la Western Regional Office del INS y su extensión a todo el país*

Esta situación, sin embargo, cambia drásticamente a partir de 1984 cuando la Oficina Regional Occidental del INS limita radicalmente las posibilidades de puesta en libertad de los menores no acompañados en el espacio de tiempo en el que se clarificaba su situación migratoria y, consecuentemente, se experimenta una multiplicación de las detenciones de los menores en los centros habilitados a tal fin por el INS (45). Éstos se verán entonces desprovistos de los beneficios *pro libertatis* que les proporcionaba la equiparación parcial, antes señalada, con los menores nacionales procesados por algún acto delictivo.

El abanico de personas e instituciones a las que podían ser enviados los menores inmigrantes se reduce entonces sustancialmente. Con la nueva e independiente política de la *Western Regional Office* esos menores, una vez detenidos, únicamente podrían ser puestos en libertad a favor de «un padre o tutor legal», salvo en «casos excepcionales y extraordinarios» en los que, a juicio discrecional del INS, podrían ser liberados a «una persona responsable que se comprometa a proporcionar la atención y ser responsable del bienestar

(43) *Ibid.* en 667, 668 y 670.

(44) *Ibid.* en 659.

(45) Como es fácil de suponer ello originó un inevitable incremento de este tipo de instalaciones. Así sucedió en las zonas rurales de Florence, Arizona y El Centro, California, así como en seis poblaciones en el sur de Texas: Los Fresnos, Raymondville, Port Isabel, Rio Hondo, Brownsville y San Benito (cfr. OLIVAS, *Unaccompanied refugee children: detention, due process, and disgrace*, 160, cit. en nota núm. 6).

del niño» (46). Como fácilmente se puede deducir, esta política reducía extraordinariamente las posibilidades de liberación de los menores a un medio no confinado y además dejaba a la decisión discrecional del INS la interpretación —previsiblemente muy restrictiva— de esos supuestos excepcionales que permitían su puesta a disposición de personas distintas del padre o tutor legal. Como consecuencia de todo ello los niños cuyos padres no se encontrasen en los Estados Unidos no tenían prácticamente ninguna opción de ser liberados y deberían permanecer internados en los centros de detención del INS.

Fue entonces cuando en 1985 un grupo de niños inmigrantes que habían sido detenidos por la Región Oeste del INS presentó una demanda contra éste y su nueva política (*Flores v. Meese*). Los demandantes alegaron violación del debido proceso a causa de las condiciones de detención y las políticas de liberación restrictivas. Jenny Lisette Flores tenía quince años cuando huyó de El Salvador y llegó a los Estados Unidos. Su intención era unirse a su tía que era ciudadana norteamericana y vivía cerca de Los Ángeles. Sus expectativas, sin embargo, se vieron frustradas: fue arrestada por el INS, arresto en el que fue esposada y obligada a desnudarse, y posteriormente enviada a un centro de detención de menores, donde permaneció los próximos dos meses en espera de una audiencia para su deportación. El INS había reconocido sin ambages que Flores no tenía antecedentes penales y que no existía riesgo alguno de fuga. Sin embargo, su tía, que era un pariente de sangre, no figuraba entre los grupos de adultos —padres o tutores legales— a los que los menores no acompañados podrían ser confiados. En ese centro en el que Flores y otros menores fueron detenidos, algunos de ellos se vieron obligados además a compartir baños y dormitorios con adultos de ambos sexos con los que no tenían ninguna relación de parentesco.

Ya al inicio de lo que luego sería este largo proceso, en 1987, se alcanzó un primer acuerdo (*Juvenile Care Agreement*) entre los demandantes de *Flores* y el INS en cuanto a las condiciones de detención de los menores (47). El acuerdo requería que el INS, en el plazo de las setenta y dos horas después del arresto, colocase a los menores en una instalación adecuada, siempre que naturalmente no hubiesen sido previamente puestos en libertad junto a un adulto responsable. Las instalaciones debían equivaler a un centro de acogida que, cuando menos, proporcionase al menor asesoramiento, educación, recreación y acceso a los

---

(46) *Flores v. Meese*, 934 F.2d 991, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 1990, en 994.

(47) *Conditions of Detention, Flores v. Meese*, No. 85-4544-RJK (Px) (CD Cal. 1987), United States District Court for the Central District of California.

servicios religiosos, y en todo caso debían descartarse los establecimientos penitenciarios para tal fin. Dicho acuerdo, sin embargo, no se extendía a la nueva política relativa al elenco de personas a las que los menores podían ser confiados y, en consecuencia, liberados, lo que provocó que los demandantes persistiesen en sus reclamaciones.

En el transcurso del litigio el INS decidió codificar la nueva política de detención de menores de su Región Occidental y extenderla así a todo el país (48). Aunque ligeramente rebajada en sus aspectos más restrictivos resultaba en cualquier caso manifiestamente más restringida que las políticas de detención practicadas hasta entonces. Con esta nueva regulación se autorizaba la puesta en libertad de los menores detenidos no sólo junto con los padres y tutores legales sino también con sus parientes cercanos adultos, a menos que el INS determinase que la detención fuese necesaria para garantizar la seguridad del menor o de terceros. A su vez, mantiene la previsión de que en determinadas circunstancias, y a juicio discrecional del INS, podría colocarse un menor al cuidado de personas adultas sin relación alguna de parentesco bajo la condición de que se comprometan a cumplir con las obligaciones propias de su custodia y a asegurar su asistencia cuando así sea solicitada en los correspondientes procedimientos de inmigración.

Sin embargo, las prácticas habituales del INS reducían aún más las ya de por sí condiciones restrictivas de la normativa. Y así, por ejemplo, la agencia federal de inmigración impondrá fuertes limitaciones al reconocimiento de los familiares a los que, según prescribía la nueva regulación, podían ser liberados los menores detenidos. De este modo, en una ocasión, el INS no admitiría el permiso de conducir ni la Tarjeta de Registro de Extranjeros (*Alien Registration Card*) expedida por el propio INS como prueba de identidad de los familiares. Y también con relación a los adultos sin relación de parentesco que, en circunstancias excepcionales, podrían asumir la custodia de los menores detenidos se exigirá, por ejemplo, a fin de que esa custodia se hiciese efectiva, que los padres del menor detenido se dirijan a un consulado de los EE.UU. y firmen una declaración jurada ante el funcionario consular reconociendo a ese adulto responsable sin vínculos familiares. Como fácilmente podrá deducirse, esta exigencia resulta sumamente onerosa —cuando no directamente imposible— para muchos de los padres que por lo general viven en países sumidos en la guerra y la pobreza. Y desde luego resulta inviable por razones obvias para los niños huérfanos y también para los niños abandonados, a los que resulta imposible

---

(48) 8 CFR, Code of Federal Regulations (1988), § 242. 24.



determinar el paradero de sus padres, y mucho menos obtener su declaración jurada (49).

Apenas una semana después de la entrada en vigor de esta nueva reglamentación, el Tribunal Federal de Distrito para el Distrito Central de California la dejó prácticamente sin efecto: aceptó los argumentos de los demandantes y dispuso una serie de directrices de procedimiento que el INS debería seguir a fin de salvaguardar los derechos de los menores. De este modo el Tribunal, tras ordenar la puesta en libertad bajo fianza de Flores, estimó que la detención generalizada de menores por el INS era ilegal; que, por el contrario, cuando se diesen las circunstancias requeridas debían ser entregados a sus padres, tutores, curadores o a un grupo de adultos responsables que se comprometiesen a presentar al menor ante el órgano administrativo o judicial competente cuando así fuese requerido. Igualmente ordenó al INS que proporcionase de forma inmediata a los menores asesoramiento con relación a cualquier restricción a su puesta en libertad. Además, estableció que a todo menor detenido se le debería proporcionar con la mayor celeridad una audiencia de carácter administrativo para determinar la causa probable de su arresto y la necesidad de las restricciones impuestas a su liberación, y que dicha audiencia debería celebrarse en todo caso, mediase o no solicitud por parte del menor o de persona que lo represente (50).

Esta nueva política de la *Western Regional Office* del INS cuestionada en *Flores v. Meese* respondía sin duda al intento de contrarrestar la fuerte presión migratoria que los niños centroamericanos ejercían sobre la frontera sur de los EE.UU. y que se hizo especialmente patente a partir de 1989 con la avalancha de niños salvadoreños que huían de la violencia y la miseria de su país.

Sin embargo, se intentó justificar esta política más restrictiva recubriéndola con argumentos que hacían hincapié en el bienestar y la seguridad de los menores. Y así, aun cuando las condiciones de detención —como se verá más adelante— eran extraordinariamente precarias, se argüía que la detención no era en sí misma un castigo sino una posible solución a un grave problema social como era la creciente inmigración legal e ilegal en los EE.UU. La oleada de menores inmigrantes representaba un nada desdeñable coste económico en servicios sociales y asistenciales que era preciso reducir, o cuando menos frenar, y no expandir aún más. Con esta política de detenciones masivas —se decía— se

---

(49) *Vid.* Lisa RODRÍGUEZ NAVARRO, «An analysis of treatment of unaccompanied immigrant and refugee children in INS detention and other forms of institutionalized custody», *Chicano-Latino Law Review*, 19, no. 589 (1998): 593-595.

(50) *Flores v. Meese*, 681 F. Supp. 665 (C.D. Cal. 1988), United States District Court for the Central District of California.

contribuía a controlar y actualizar el número de menores inmigrantes y ejercer así un control sobre las fronteras que para muchos se había perdido.

Ese control de las fronteras, por otra parte, forma parte del núcleo esencial de la soberanía. De ahí que corresponda a la política federal las cuestiones relativas a la inmigración y al Fiscal General la competencia sobre todos los aspectos relacionados con ella. La detención de menores inmigrantes como mecanismo para asegurar dicho control —se dirá— formaría parte de ese poder.

Los defensores de la nueva política del INS sostenían además que ésta estaba orientada a garantizar la seguridad de los menores, lo cual constituiría un interés público superior que prevalecería en todo caso sobre el legítimo interés de libertad individual de los menores inmigrantes.

Igualmente se decía que al colocar a los menores inmigrantes a disposición de un adulto sin relación de parentesco y sin hacer un previo y exhaustivo estudio de la correspondiente casa de acogida, lo que, por otra parte, se vería seriamente dificultado por el carácter masivo que tendrían estas liberaciones, el INS podría incurrir en responsabilidad si el menor sufriese algún daño. Incluso se mantenía —abundando en esta tesis— que en ese supuesto se podrían llegar a ver afectadas las relaciones exteriores de los Estados Unidos. Sin embargo, los hechos venían a refutar esta línea argumental. En efecto, según se había puesto de relieve desde algunas instancias (como algunos grupos religiosos, Amnistía Internacional, *Lawyers Committee for Human Rights*, *International Human Rights Law Group* o *Defense for Children International*), el INS no podría señalar ni un solo caso de un menor inmigrante que hubiese sido objeto de maltrato o trato inadecuado por parte de un adulto sin vínculos familiares que asumiese la custodia del menor en lugar de su detención por la agencia federal.

Desde un punto de vista estrictamente teórico se ha defendido también que los menores, en general, están sujetos a la patria potestad de sus padres, pero cuando ésta, por las razones que sea, declina, entonces corresponde al Estado ejercer un papel *parens patriae*. En este sentido la obligación del gobierno de cuidar a los menores en ausencia de sus padres o tutores habría sido ya reconocida por «las costumbres y tradiciones de los Estados Unidos» (51). Y desde una perspectiva mucho más pragmática se esgrime que la custodia institucional permite al INS ejercer un férreo control sobre la localización de los menores y de ese modo asegurarse la asistencia de los mismos cuando su presencia sea requerida en el correspondiente procedimiento de inmigración.

---

(51) Daniel D'ANGELO, «Reno v. Flores: what rights should detained alien juveniles be afforded?», *New England Journal on Criminal and Civil Confinement*, 21 (1995): 476-477.

Pero detrás de esta batería argumental se escondían otras razones, seguramente no tan confesables, pero que explicaban también (y seguramente mejor) este cambio de política que suponía un incremento notable de las detenciones en detrimento de la puesta en libertad de los menores inmigrantes no acompañados. Desde esta óptica el objetivo perseguido por el INS con las detenciones no sería, ni mucho menos, garantizar el bienestar y el interés de los menores, sino bien al contrario, disuadirlos de que intenten la aventura migratoria e incluso, caso de que la llevaran a término, utilizarlos como *cebos* para atraer hacia la agencia federal de inmigración a los padres indocumentados de los menores detenidos que, con la nueva política de la *Western Regional Office*, sería el único vínculo familiar que legitimaría la reclamación de la custodia de los menores detenidos y consiguientemente su puesta en libertad (52).

Amparándose en las razones que justificaban la nueva política de detenciones, el INS y el Fiscal General resolvieron recurrir la decisión del Tribunal Federal de Distrito para el Distrito Central de California ante el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito (*United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*). Este Tribunal de Apelaciones admitió las alegaciones de los recurrentes y estimó que el Congreso había conferido al INS el poder de diseñar y llevar a cabo su propia política de detenciones y que, en todo caso, esa nueva política decidida por el INS no vulneraba los derechos fundamentales de los niños detenidos. Además —señalaría el Tribunal— la Constitución no garantizaba ningún presunto derecho fundamental a ser liberado para ser acogido por una persona adulta sin relación de parentesco y resultaba de todo punto inapropiado que el Tribunal de Distrito en un procedimiento civil de deportación hubiese entrado en cuestiones relacionadas con la liberación de las partes afectadas (53).

Los demandantes en *Flores v. Meese* solicitaron entonces una revisión de esta decisión por el Tribunal de Apelaciones en pleno (*en banc*) (54). Para ello invocaron los supuestos errores en que habría incurrido el *panel* al no reconocer su derecho fundamental a la libertad y al no disponer una audiencia para una nueva determinación de la custodia ante un funcionario independiente y neutral (55). El pleno desestimó la pretensión del INS de que las detenciones servían en realidad al mejor interés de los menores inmigrantes al no existir indicio alguno,

---

(52) Sobre los motivos reales y aparentes que estarían en el origen de esta nueva política, véase RODRIGUEZ NAVARRO, *An analysis of treatment of unaccompanied immigrant and refugee children in INS detention and other forms of institutionalized custody*, 592, y 603-605, cit. en nota núm. 49.

(53) *Flores v. Meese*, 934 F.2d 991, cit. en nota núm. 46.

(54) *Flores v. Meese*, 942 F.2d 1352, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 1991.

(55) *Ibid.* en 1358.

y mucho menos evidencia, de que su liberación los colocase en una situación objetiva de riesgo de sufrir algún tipo de daño. Se basó para adoptar esta postura en *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services* (56) en el que el Tribunal Supremo sostuvo que una agencia estatal no podría ser considerada responsable por dejar a un menor bajo la custodia de un adulto aun cuando hubiese evidencias de que podría resultar perjudicado, pues, como aseguraba el mismo Tribunal, un «Estado no se convierte en el garante permanente de la seguridad de una persona por haberle ofrecido en una ocasión amparo» (57). En definitiva, pues, el Tribunal de Apelaciones *en banc* revocó la decisión del *panel* y confirmó la decisión del Tribunal de Distrito en todos sus extremos (58).

Ante esta nueva decisión adversa a sus intereses, el INS y el Fiscal General decidieron solicitar un auto de avocación (*petition for writ of certiorari*) (59) al Tribunal Supremo, que lo concedió y revisó el caso (60). El máximo órgano judicial sostuvo en esta ocasión que la regulación del INS (8 C.F.R. § 242. 24) no vulneraba el derecho al debido proceso de los menores detenidos, sino que, por el contrario, dicha regulación se enmarcaba en la persecución de un «fin público legítimo» (61) que el propio Tribunal identificó con el «bienestar de los menores» (62). La posibilidad de entregar los menores inmigrantes detenidos únicamente a los padres, tutores o parientes cercanos, salvo en circunstancias

---

(56) *DeShaney v. Winnebago Cty. DSS*, 489 U.S. 189, U.S. Supreme Court (1989).

(57) *Ibid.* en 201.

(58) *Flores v. Meese*, 942 F.2d 1352, cit. en nota núm. 54, en 1365.

(59) El Tribunal Supremo de los EE.UU. despliega su jurisdicción de revisión judicial a través de dos vías: el recurso de apelación (*appeal to the court*) y el auto de avocación (*writ of certiorari*). En este segundo caso el recurrente insta al Supremo a que dicte un auto de avocación a fin de que el mismo pueda revisar una sentencia dictada por un tribunal inferior. A diferencia del recurso de apelación, que obliga al Supremo a revisar en todo caso la correspondiente sentencia del tribunal inferior siempre que haya fundamento legal que apoye la presentación de dicho recurso, el auto de avocación es una decisión discrecional del Tribunal Supremo para entrar a conocer de un determinado asunto. Esta doble vía de la jurisdicción de la revisión judicial del Supremo norteamericano perseguía racionalizar su elevada carga de trabajo. A tal fin se aprobaron la *Circuit Courts of Appeals Act* de 1891, que limitó el recurso de apelación contra las decisiones de los tribunales federales (*District Courts*) a una única instancia, la de los tribunales de circuito (*The Circuit Court of Appeals*), salvo en procesos de especial trascendencia pública que podrían ser revisados por el Supremo; y *The Judge's Act* de 1925, que introdujo el auto de avocación y con él la posibilidad del Tribunal Supremo de autorregular su volumen de trabajo, pues de este modo sólo atendería a los recursos expresamente exigidos por la ley (recurso directo de apelación), y respecto de todos los demás decidiría libremente resolverlos o no según accediese o no a la solicitud del *writ of certiorari*.

(60) *Reno v. Flores*, 507 U.S. 292.

(61) *Ibid.* en 306.

(62) *Ibid.* en 311.

inusuales y extraordinarias en cuyo caso, además, podrían ser entregados a un adulto sin vínculos familiares no vulneraba, según el Alto Tribunal, el derecho al debido proceso y tampoco excedía la discrecionalidad del Fiscal General en lo que respecta al establecimiento de las condiciones para la liberación de los menores detenidos. Por lo demás, los procedimientos dispuestos por el INS —según el Tribunal— no privaban a los menores de las debidas garantías procesales (63).

No se podía sostener, aseguraba el Tribunal, que un niño fuese titular de un supuesto derecho constitucional a no ser colocado en una institución de custodia decente y humana en el caso de que estuviese disponible una persona responsable sin vínculo familiar alguno, que no deseaba convertirse en el tutor legal del niño, pero que en cambio sí estaba dispuesta a asumir su custodia legal temporal. Ese supuesto derecho —continuaba el Supremo— ciertamente no puede ser considerado «tan arraigado en las tradiciones y la conciencia de nuestro pueblo como para ser considerado como fundamental». Así pues, cuando un menor inmigrante no tiene padres disponibles, familiar cercano o tutor legal, cuando el gobierno no pretende infligirlo, y cuando las condiciones de la custodia de las autoridades públicas son decentes y humanas, dicha custodia —concluye el Tribunal— seguramente no viola la Constitución (64).

La custodia institucional, por lo tanto, no podía reputarse en sí misma inconstitucional, ni tampoco se convierte en inconstitucional por el mero hecho de que se considere menos deseable que otro tipo de solución para un menor en concreto (65). Por otra parte, la Constitución, argumenta el Tribunal, no exige que la custodia pública de los menores tenga que sustituirse, siempre que sea posible, por otra de carácter privado (66). Hacerlo entra de lleno en el ámbito de la decisión política que, en consecuencia, está sujeta a un juicio de oportunidad pero en modo alguno a uno de constitucionalidad (67). Así pues, el Supremo —sentará el Tribunal— no puede incurrir en juicios de oportunidad política so pena de extralimitarse en sus funciones e inmiscuirse en ámbitos privativos de los otros poderes del Estado.

Según el Tribunal lo que la Constitución sí exigiría, en cambio, es que esa custodia institucional del menor alcance unos estándares mínimos irrenunciables y que sus derechos fundamentales no sean vulnerados (68). Sólo esto sería relevante desde el punto de vista de un juicio de constitucionalidad. Y desde

---

(63) *Ibid.* en 301-314.

(64) *Ibid.* en 303 (de donde procede también el entrecomillado).

(65) *Ibid.* en 303.

(66) *Ibid.* en 304.

(67) *Ibid.* en 304-305.

(68) *Ibid.* en 304.

ese punto de vista el Tribunal de *Reno v. Flores* asume plenamente las tesis de los que sostenían que la nueva política de detenciones del INS se orientaba hacia el mejor interés del menor y, en consecuencia, no aprecia en ella la menor tacha de inconstitucionalidad. De ahí que al Tribunal no le asalte sombra de duda alguna cuando asegura —en muchos casos, como veremos, en abierta contradicción con la realidad— que los centros en los que los menores son detenidos no son «instituciones correccionales, sino instalaciones que cumplen los requisitos de concesión de licencias estatales para la prestación de servicios de acogida, cuidado de crianza, atención en grupo, y servicios relacionados con los hijos a cargo», abiertos y desprovistos de medidas extraordinarias de seguridad. Debían, por tanto, cumplir los requisitos mínimos necesarios que garantizaran el bienestar infantil y por ello tendrían que estar equipados con servicios destinados al cuidado físico y psicológico, al asesoramiento individual y grupal, a la educación y al ocio, a los servicios religiosos, al régimen de visitas y a la asistencia jurídica (69).

El Tribunal tampoco apreció en el nuevo procedimiento violación alguna del debido proceso ya que el INS reconocía el derecho de los menores a solicitar una audiencia de determinación de la custodia a fin de revisar la previamente establecida por la agencia federal de inmigración. Los demandantes, sin embargo, consideraban que era insuficiente, pues lo que estaba en juego era un bien jurídico esencial, la libertad de los menores detenidos, los cuales, además, por su propia condición de menores en un país extranjero, se encontraban en una situación de especial vulnerabilidad, y por ello reclamaban que aquella audiencia se celebrase en todo caso, sin necesidad de que el menor la instase expresamente. El Supremo, sin embargo, argumentó que no se podía demostrar que todos los menores inmigrantes eran demasiado jóvenes o demasiado ignorantes para poder decidir ejercer ese derecho o por el contrario renunciar a su ejercicio. Abundando en esta línea argumental, recordará que la mayoría de los menores inmigrantes detenidos son de dieciséis o diecisiete años de edad y que previamente han tenido contacto telefónico con un adulto, en ocasiones con un abogado, que les habrían podido asesorar. Por lo demás —concluirá el Tribunal— aquella renuncia es revocable y el menor puede requerir la celebración de esa audiencia en cualquier momento posterior del procedimiento de deportación (70).

En definitiva, pues, el Tribunal Supremo revocó la decisión del Noveno Circuito *en banc* y devolvió el caso al Tribunal Federal de Distrito para el Distrito

---

(69) *Ibid.* en 298 (de donde procede también el entrecomillado).

(70) *Ibid.* en 309.

Central de California (71). Sin embargo, el presupuesto teórico asumido por el Supremo, en virtud del cual la nueva política de detenciones del INS estaba orientada a alcanzar el mejor interés del menor y su correlativo fáctico, esto es, que los centros de detención efectivamente garantizaban ese objetivo, eran claramente desmentidos por la realidad.

Muchos menores eran detenidos en centros que se encontraban en condiciones incluso peores que los de los presos comunes. En muchos casos se trataba de refugios improvisados (72) y desbordados en su capacidad (73). Además, en algunos de ellos ni siquiera se garantizaba su seguridad: eran objeto de maltratos y, en consecuencia, resultaban peligrosos para su integridad (74). Lejos de ser aquellos centros abiertos encaminados a asegurar el bienestar infantil y el libre desarrollo de la personalidad de los menores a los que aludía el Tribunal Supremo (75), tenían muchos de ellos una inconfundible apariencia carcelaria, pues eran cerrados y estaban asegurados con vallas y alambres de púas (76). El INS incluso empleaba con los menores una, por así decirlo, escenografía penitenciaria al espararlos durante el tránsito y exigirles que se vistiesen con ropa carcelaria.

Pero no sólo tenían aspecto carcelario, sino que en algunos casos se trataba de auténticos centros penitenciarios para delincuentes juveniles que tenían acuerdo con el INS para internar también a menores inmigrantes. La primera cuestión que suscitaba esta práctica era su fundamento, pues en la mayoría de los casos lo único que se les podía imputar a los menores inmigrantes era

---

(71) *Ibid.* en 315.

(72) Sirva como ejemplo que uno de estos centros de detención del INS había sido anteriormente una instalación de almacenamiento de plaguicidas del Departamento de Agricultura.

(73) El 3 de octubre de 1994, apenas un año y medio después de la decisión del Supremo, el Informe del INS de Población Diaria (*the INS Daily Population Report*) refería que en el Krome, un centro de detención en Florida, con capacidad para 200 personas había 445 detenidos. El mismo informe señalaba que el centro de detención de Los Fresnos, en Texas, con capacidad para 350 personas, albergaba a 674 detenidos.

(74) En 1989 un guardia del INS fue declarado culpable de agredir sexualmente a varios menores inmigrantes detenidos. Otros informes relativos a centros de detención del INS en Texas revelan que algunos menores fueron agarrados, empujados al suelo, maltratados verbalmente y amenazados con la deportación por el personal de dichos centros. E incluso que habían sido robados, amenazados, golpeados y hostigados por la noche por otros detenidos en esas instalaciones del INS (*vid. RODRÍGUEZ NAVARRO, An analysis of treatment of unaccompanied immigrant and refugee children in INS detention and other forms of institutionalized custody*, 600, cit. en nota núm. 49).

(75) *Reno v. Flores*, 507 U.S. 292, en 298.

(76) Probablemente el caso más llamativo era el centro de detención del INS en San Diego, California. Cada uno de sus pabellones disponía de cerraduras automáticas, vallas, alambre de púas y áreas de observación. El complejo en su conjunto, además, estaba cerrado por una valla de alta seguridad y alambre de púas y vigilado por guardias uniformados.

simplemente su condición de inmigrante (77). Además, en su mayoría estos centros estaban aquejados de un problema endémico de sobresaturación (78). El hacinamiento en estos centros propiciaba el incremento de las infracciones disciplinarias, los intentos de fuga y la violencia, y como es obvio en nada contribuía a preservar la dignidad y privacidad individual de los menores delinquentes que presumiblemente este tipo de centros debería perseguir y asegurar. Valga como ejemplo un informe de 1986 (79) que daba cumplida cuenta de la violencia —en algunos casos extrema— que se producía en los centros de menores dependientes de la *California Youth Authority (CYA)*. En dicho informe se refería la incapacidad manifiesta del personal de la CYA para proteger a sus reclusos de ser intimidados o golpeados por otros reclusos. Incluso se aludía a protocolos de actuación que denotan un ambiente de una violencia ciertamente inadmisibles, como el que prevé el lanzamiento por parte de un guardia de gases lacrimógenos en un dormitorio cuando la situación así lo requiera en tanto no llegasen refuerzos para controlar la situación. Si a todo lo dicho se añade que los menores inmigrantes detenidos en estos centros provocan habitualmente cierto rechazo entre los demás reclusos, es fácil imaginar que aquéllos no se encontraban en un ambiente ni mucho menos adecuado para garantizar su bienestar y el cuidado físico y psicológico del que deberían ser objeto.

Las secuelas que las detenciones en cualquier caso, y las practicadas en estas condiciones en particular, podrían dejar en los menores, sobre todo desde el punto de vista psicológico, podrían llegar a prolongarse en el tiempo e ir mucho más allá del período efectivo de reclusión (80). No debe perderse de

---

(77) Precisamente por ello el juez Stevens en su voto particular en *Reno v. Flores* señaló que «estos jóvenes no quieren ser entregados a las instituciones que el INS y el Tribunal creen que son “bastante buenas” para los extranjeros simplemente porque se ajustan a las condiciones que son adecuadas para el encarcelamiento de los delinquentes juveniles. Ellos quieren el mismo tipo de libertad que la Constitución garantiza a los ciudadanos en una situación similar» (*ibid.* en 348).

(78) Ya en julio de 1982 la *California Youth Authority* había designado a 22 miembros de un Comité de investigación externo sobre hacinamiento de los centros de menores y cuestiones conexas (*External Fact-Finding Committee on Juvenile Hall Overcrowding and Related Issues*) que abordó con lucidez y pragmatismo en sus distintas vertientes el problema de la saturación de estos centros y planteó ya entonces valiosas recomendaciones a fin de paliar dicho problema (cfr. Jerry A. Darling y California Youth Authority. Prevention and Community Corrections Branch, *Overcrowding in juvenile detention facilities and methods to relieve its adverse effects*, State of California, Dept. of the Youth Authority, Prevention and Community Corrections Branch, 1983).

(79) Steve LERNER, *The CYA (California Youth Authority) Report, Part II: Bodily Harm. The Pattern of Fear and Violence at the California Youth Authority*, United States, Commonweal, 1986.

(80) *Vid.* Linda A. PIWOWARCZYK, «Our responsibility to unaccompanied and separated children in the United States: a helping hand», *Public Interest Law Journal*, 15 (2006): 263 y sigs.



vista que estos niños escapan de situaciones verdaderamente dramáticas en sus países de origen, realizan solos el viaje a los Estados Unidos y una vez allí se tienen que desenvolver en un ambiente para ellos extraño, en un idioma que en la mayoría de los casos desconocen y, cuando son detenidos, se ven abocados a hacer todo ello en las condiciones antes descritas. Estas condiciones de detención, como hemos visto, no se compadecían en absoluto con la situación de especial vulnerabilidad propia de los menores inmigrantes no acompañados. La infancia, y hasta la adolescencia, es una etapa crucial y muy sensible en la vida de cualquiera, en la que el niño, o el adolescente, es muy impresionable y el proceso de desarrollo de su personalidad frágil y delicado. Por ello el objetivo primordial de la custodia del menor debiera ser asegurar su bienestar, y en particular su bienestar psicológico. Las condiciones de detención en los centros del INS estaban, por lo que se ha visto, muy lejos de conseguirlo; antes bien representaban una vulneración en toda regla de sus derechos básicos. Fallaba, pues, uno de los presupuestos fácticos sustanciales en los que se apoyaba una de las argumentaciones medulares del Supremo en *Reno v. Flores*. Y por ello, aun a riesgo de perder cierto control sobre este particular flujo migratorio, hubiese sido más acertado ampliar los supuestos de liberación de los menores detenidos a los padres, parientes cercanos y tutores legales y extenderlos también a aquellas personas sin relación de parentesco que estuviesen dispuestas a asumir su custodia temporal. En definitiva, en esas condiciones la custodia institucional debía evitarse en lugar de propiciarse.

A estas lamentables condiciones de detención debía añadirse una circunstancia adicional y absolutamente decisiva: la práctica ausencia de asistencia letrada a estos menores inmigrantes no acompañados. Si a los muchos obstáculos que, como se ha apuntado, estos niños debían hacer frente se añade la casi total privación de asistencia letrada, resulta evidente su situación de absoluta indefensión y fácil de imaginar su dificultad —o imposibilidad manifiesta— para navegar en el proceloso y complejo procedimiento de inmigración a fin de llegar a buen puerto y obtener satisfacción a sus reclamaciones.

En muchos casos a los menores detenidos o no se les facilitaba ninguna lista de abogados o las que se les facilitaba eran completamente inservibles (81). Incluso el INS había colocado a los menores en centros situados en poblaciones remotas y hecho uso de la política de traslado de los mismos con

---

(81) Por ejemplo, en una ocasión el personal del INS proporcionó a los menores en un centro de detención una lista redactada únicamente en inglés que incluía una relación de nombres y números de teléfono de abogados que no se ocupaban de cuestiones de inmigración y, en cambio, omitía un programa de asistencia legal gratuito (cfr. OLIVAS, *Unaccompanied refugee children: detention, due process, and disgrace*, 161, cit. en nota núm. 6).

el fin torticero de dificultar o impedir el ejercicio del derecho a la asistencia letrada (82). Lamentablemente algún tribunal federal de distrito estimó que estas prácticas entraban de lleno en el ámbito de las decisiones discrecionales de la agencia federal respecto a los menores detenidos sometidos a su custodia (83).

Todo ello desembocaba en situaciones y resultados injustificables. Así, en 1990, más del 65 por 100 de los menores inmigrantes detenidos en Texas declaró que habían tenido un acceso muy limitado a la comunicación telefónica y normalmente sólo por la noche (84), con lo cual ese acceso ya de por sí muy restringido se inutilizaba prácticamente para conseguir apoyo legal. Un sorprendente testimonio ante el Congreso reveló que un número considerable de solicitudes de asilo presentadas por inmigrantes habían sido hechas por los taxistas que los llevaban a sus respectivas audiencias (85). Tal declaración evoca una situación ciertamente cómica si no fuese por el drama que conlleva.

Por si todo esto no fuese bastante, los menores inmigrantes prácticamente no disponían de servicios legales a los que acudir, sobre todo en las zonas rurales a donde frecuentemente eran trasladados, y los programas de la *Legal Services Corporation* (LSC) no podían ser utilizados para extranjeros. Si se atiende a la complejidad de los procedimientos de inmigración y a la circunstancia de que la particular situación de los menores inmigrantes no tenía un fácil encaje en los supuestos de concesión de asilo, se entenderá fácilmente que, en esas condiciones, la mayoría de ellos no alcanzase el sueño perseguido cuando emprendieron solos el camino desde sus países de origen a los Estados Unidos. Y a ello aún habría que añadir la utilización sesgada que la Adminis-

---

(82) Un caso significativo era el que se daba en el estado de Texas. La inmensa mayoría de casos de inmigración se concentraban en Laredo, ciudad situada en el margen norte del Río Bravo en el límite fronterizo con México, mientras que la casi totalidad de los abogados ejercían su profesión en San Antonio, ciudad situada a más de doscientos kilómetros de distancia de Laredo. Naturalmente ello dificultaba enormemente la asistencia letrada. Y a ello habría que añadir un deficiente funcionamiento de la administración de justicia, pues a pesar de lo antes señalado, los jueces de inmigración no tenían sede permanente en Laredo, de manera que concentraban las audiencias en los períodos de tiempo en que ejercían su jurisdicción en esta ciudad con la carga añadida para los abogados, que, como se ha indicado, en su mayoría no residían en Laredo, de cuadrar sus agendas de trabajo con estas audiencias.

(83) *Vid. Committee of Central American Refugees v. INS*, 682 F. Supp. 1055 (N. D. Cal. 1988), United States District Court for the Northern District of California.

(84) RODRÍGUEZ NAVARRO, *An analysis of treatment of unaccompanied immigrant and refugee children in INS detention and other forms of institutionalized custody*, 600-601, cit. en nota núm. 49.

(85) OLIVAS, *Unaccompanied refugee children: detention, due process, and disgrace*, 162, cit. en nota núm. 6.

tracción norteamericana en algún momento había hecho de la concesión de asilo (86).

Todas estas deficiencias quedaron perfectamente reflejadas en un informe de *Human Rights Watch* (HRW) de 1997 (87). En este informe se denunciaba que muchos niños que carecían de antecedentes penales y no suponían riesgo alguno para la seguridad permanecían, sin embargo, detenidos en centros de carácter penitenciario más allá del límite de las setenta y dos horas. HRW descubrió también el comportamiento negligente de muchos funcionarios del INS que contravenía abiertamente las pautas marcadas en *Pérez-Fúnez* (*vid. supra*, pág. 118) para garantizar la correcta información de sus derechos básicos a los menores inmigrantes detenidos (88). A su vez, quedaron en dicho informe al descubierto las tremendas insuficiencias en materia de asistencia letrada. Así, se detectó alguna lista de abogados a los que los menores podrían acudir traducida únicamente al español y no a otros idiomas pertinentes como el chino o el indio. Sin olvidar naturalmente que algunos de los niños que hablaban español eran analfabetos o que algunos de los niños chinos jamás habían utilizado un teléfono. El acceso telefónico, por lo demás, era en muchos casos muy insuficiente o inexistente. Y se documentó también en el informe la inicua práctica seguida por el INS de, so pretexto de cumplir con las exigencias del primer acuerdo de *Flores* de 1987 (89), trasladar a los menores detenidos de los centros penitenciarios a centros de acogida sin informar de ello a sus abogados y de ese modo dejarlos

---

(86) Antes de 1987 casi todas las solicitudes de asilo de nicaragüenses en Harlingen, Texas, eran rechazadas y calificadas como «frívolas». En 1987, el por entonces Fiscal General Meese invirtió la política de inmigración y nada menos que el 96 por 100 de las reclamaciones de asilo de los nicaragüenses fueron resueltas favorablemente. En diciembre de 1988, sin embargo, debido a los cambios de los intereses políticos en Washington, la política nicaragüense fue revisada de nuevo y nuevamente los nacionales de ese país centroamericano tuvieron muchas dificultades para obtener una resolución favorable a sus intereses (*ibid.*: 162).

(87) HUMAN RIGHTS WATCH CHILDREN'S RIGHTS PROJECT, *Slipping through the cracks. Unaccompanied Children Detained by the U.S. Immigration and Naturalization Service*, cit. en nota núm. 1. *Vid.* también Javier BARRAZA, «Violation of the rights of unaccompanied immigrant children in the United States and the need for appointed counsel», *Children's Legal Rights Journal*, 25, no. 3 (2005): 30.

(88) Al indagar sobre la información que sobre sus derechos legales se les proporcionaba a los menores detenidos se constató que en los formularios que los menores habían firmado reconociendo que habían sido informados y comprendían sus derechos la casilla correspondiente a «He leído este aviso» había sido preseleccionada, lo que sugería la posibilidad de que en realidad los niños los habrían firmado en muchos casos sin entender su contenido (HUMAN RIGHTS WATCH CHILDREN'S RIGHTS PROJECT, *Slipping through the cracks. Unaccompanied Children Detained by the U.S. Immigration and Naturalization Service*, 34, cit. en nota núm. 1).

(89) *Conditions of Detention, Flores v. Meese, No. 85-4544-RJK (Px)* (CD Cal. 1987), cit. en nota núm. 47.

de hecho sin representación legal. El resultado de todo ello podría gráficamente sintetizarse en palabras de un juez de inmigración entrevistado por HRW que solicitó el anonimato y que fueron recogidas en el propio informe: «Los niños tienen miedo... En general, no saben qué demonios está pasando» (90).

Todos estos extremos, y en particular con relación a las enormes carencias en lo concerniente a la asistencia letrada, fueron confirmados por HRW en un centro de acogida en Arizona (91). Las deficiencias en esta materia eran tales que bien podría decirse que «la representación [... era] en gran medida una cuestión de ficción jurídica» (92), pues la mayoría de los niños entrevistados por *Human Rights Watch* declaró desconocer si tenían representación legal y que no sabían lo que realmente estaba pasando en ninguna de las etapas de sus respectivos procedimientos.

Cabría preguntarse, con toda razón, cómo es posible que un país genuinamente democrático como los Estados Unidos y ejemplo en tantas cosas pudiese, sin embargo, ya avanzada la década de los noventa del siglo pasado, mantener en condiciones tan penosas a los menores inmigrantes detenidos en su territorio sin provocar a su vez una fuerte respuesta social. La explicación más plausible quizá sea que para la ejecución de sus políticas el INS siempre ha apelado y utilizado como parapeto el concepto —indeterminado pero socialmente muy sensible— de la defensa nacional. De este modo se justificaban estas más que discutibles políticas de detención de los menores inmigrantes no acompañados, pues con ellas —se decía— se aseguraban las fronteras o se interceptaba el tráfico de drogas.

### 3. *Un nuevo rumbo dirigido a mejorar las condiciones de los menores inmigrantes: el Flores Settlement Agreement, un acuerdo incumplido*

Estas condiciones de detención, ya de por sí inaceptables, resultaban especialmente inasumibles tras la firma por los Estados Unidos de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) casi seis años después de su adop-

---

(90) HUMAN RIGHTS WATCH CHILDREN'S RIGHTS PROJECT, *Slipping through the cracks. Unaccompanied Children Detained by the U.S. Immigration and Naturalization Service*, 44, cit. en nota núm. 1.

(91) *Ibid. Vid.* también BARRAZA, *Violation of the rights of unaccompanied immigrant children in the United States and the need for appointed counsel*, 30-31, cit. en nota núm. 87.

(92) HUMAN RIGHTS WATCH CHILDREN'S RIGHTS PROJECT, *Slipping through the cracks. Unaccompanied Children Detained by the U.S. Immigration and Naturalization Service*, 53, cit. en nota núm. 1.

ción por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (93). Por ello, tras la sentencia del Tribunal Supremo y la devolución o reenvío al Tribunal Federal de Distrito, los demandantes en *Reno v. Flores* continuaron negociando con el Gobierno y el INS los distintos aspectos relativos al tratamiento de los menores inmigrantes no acompañados. Y fruto de esas negociaciones fue el *Flores Settlement Agreement* aprobado por el Tribunal Federal del Distrito Central de California en 1997 (94). Con este acuerdo se pretendía sustituir todas las políticas previas del INS incompatibles con sus términos.

La nueva política auspiciada por el Acuerdo descansaba claramente en un perno que la identificaba: la especial preocupación por la particular vulnerabilidad de los menores. Es decir, las políticas que se seguirían del Acuerdo deberían centrar el foco en la condición de menor más que en la de inmigrante, legal o ilegal. Por esta razón, conforme al *Flores Settlement* el INS debería separar, siempre que fuese posible, a los menores de los adultos sin relación de parentesco —incluso al ser transportados— y de los menores delincuentes.

Por idéntico motivo, el Acuerdo ampliaba los supuestos de puesta en libertad de los menores inmigrantes no acompañados. Según sus términos (95), el INS tendría que liberar a los menores bajo su custodia sin retrasos innecesarios y por orden de preferencia a los que siguen: uno de los padres; tutor legal; familiar adulto (hermano, hermana, tío, tía o abuelos); persona u entidad designada por el padre o tutor legal capaces y dispuestos a cuidar del bienestar del menor; programa bajo licencia dispuesto a aceptar la custodia legal; o una persona o entidad que solicite la custodia cuando, a juicio discrecional del INS, no haya otra alternativa probable a la detención a largo plazo y la reunificación familiar no sea una posibilidad razonable. En cualquier caso, los menores bajo custodia del INS debían ser transferidos a un programa autorizado dentro de un plazo de tres a cinco días.

Para aquéllos que no pudiesen ser inmediatamente puestos en libertad porque no hubiese persona adecuada o programa autorizado para su colocación, el

---

(93) Concretamente procedió a su firma el 16 de febrero de 1995. Nótese que la Convención es el tratado de derechos humanos que ha sido ratificado más rápidamente y por un mayor número de Estados en la historia. Únicamente Somalia y los Estados Unidos no han ratificado todavía este celebrado acuerdo. Como signatario de la Convención, los EE.UU. están obligados a seguir sus disposiciones, pero al no haberla ratificado aún, tales disposiciones no son directamente aplicables en su territorio.

(94) *Stipulated Settlement Agreement. Case No. CV 85-4544-RJK(Px)*, United States District Court Central District of California, 1997.

(95) *Ibid.*, parte VI § 14.

Acuerdo optaba por la solución menos restrictiva atendiendo a la edad del menor y a sus especiales necesidades, como también a la necesidad de asegurar su comparecencia ante el INS y los tribunales de inmigración cuando así fuesen requeridos (96). En consecuencia, un menor detenido no debería ser internado en un centro de máxima seguridad si existiese una alternativa menos restrictiva (97).

En determinados supuestos, no obstante, se preveía que los menores pudiesen permanecer detenidos por el INS (98). Era así cuando el menor fuese un delincuente; cuando hubiese cometido o existiese la amenaza verosímil de que pudiese cometer un acto violento o malicioso mientras se encontraba bajo custodia del INS, o hubiese incurrido al liberarlo en un programa autorizado en una conducta «inaceptablemente perturbadora». Igualmente podría permanecer detenido si el INS estimaba que había riesgo de fuga. Y finalmente para preservar su propia seguridad (99). En todo caso la decisión del INS de no poner en libertad a un menor o de transferirlo a un programa autorizado debía ser susceptible de revisión judicial (100).

La aprobación del *Flores Agreement* produjo sin duda una notable mejora en el tratamiento que el INS hacía de los menores inmigrantes no acompañados. Persistían, sin embargo, muchas sombras —quizá demasiadas— que acechaban a los menores cuando eran detenidos por la agencia federal de inmigración. Buena prueba de ello constituían los informes de distintos organismos (gubernamentales incluso) y organizaciones que denunciaron situaciones que contravenían de forma flagrante los términos del Acuerdo.

Así, un informe en 2001 de la *Office of the Inspector General* (OIG) del Departamento de Justicia (101) revelaba que el INS no procedía a separar a los menores delincuentes de los no delincuentes, sino que, por el contrario, se entremezclaban en los centros de menores en contra, como se ha visto, de lo

(96) *Ibid.*, parte IV § 11.

(97) *Ibid.*, parte VII § 23.

(98) *Ibid.*, parte VII §§ 19, 21.

(99) El propio *Flores Settlement* incluía el ejemplo de que el INS tuviese razones fundadas para creer que un traficante pudiese secuestrar o coaccionar a un menor inmigrante para asegurarse el pago de su espurio negocio (*ibid.*, parte VII § 21 E).

(100) *Ibid.*, parte VII § 24 B. Con carácter general, sobre el *Stipulated Settlement Agreement of Flores v. Reno* consúltese, sobre todo, Areti GEORGOPOULOS, «Beyond the reach of juvenile justice: the crisis of unaccompanied immigrant children detained by the United States», *Law and Inequality*, 23 (2005): 122-127. También Lara YODER NAFZIGER, «Protection or persecution?: the detention of unaccompanied immigrant children in the United States», *Journal of Public Law & Policy*, 28, no. 1 (2006-2007): 370-379.

(101) OFFICE OF THE INSPECTOR GENERAL, U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, «Unaccompanied Juveniles in INS Custody. Report Number I-2001-009. (2001)» [último acceso 2010]. Disponible en <http://www.justice.gov/oig/reports/INS/e0109/index.htm>.

expresamente recogido en el *Flores Agreement* (102). Denunciaba igualmente que el reglamento interno de algunos centros de detención permitía a su personal esposar y colocar grilletes a los menores detenidos (103). En la misma línea un informe de Amnistía Internacional USA en 2003 (104) documentaba situaciones idénticas y además denunciaba abusos físicos y verbales; regímenes de aislamiento; cacheos; registros y desnudamientos (105); ausencia de elementos básicos para asegurar el bienestar y el libre desarrollo de la personalidad del menor (106), y claras deficiencias en el acceso a la comunicación telefónica y, por extensión, a la asistencia de abogado (107). A todo ello —añadía el informe de Amnistía— se sumaba el sorprendente desconocimiento que la mayoría del personal, tanto de los centros penitenciarios como de los centros de acogida, tenía respecto de las nuevas pautas de tratamiento de los menores detenidos pactadas en el *Flores Agreement* (108).

Las prácticas empleadas por el INS tras la aprobación del Acuerdo tampoco permitieron aplicar efectivamente sus previsiones encaminadas a lograr una pronta puesta en libertad de los menores detenidos. Así lo atestiguaban los informes de la OIG y de Amnistía Internacional que daban cuenta de cómo el INS no liberaba a ningún menor a menos que fuese a sus padres cuando constaba que éstos se encontraban en los Estados Unidos (109). Incluso los padres indocumentados o aquellos que legalmente pudiesen hacerse cargo del menor debían comparecer ante un funcionario de la agencia federal de inmigración como condición para su liberación. Caso de que no lo hiciesen, el menor permanecería bajo custodia del INS aun cuando un familiar cercano de entre los expresamente

---

(102) *Ibid.*, capítulo II: «Compliance with policies and procedures».

(103) *Ibid.*, capítulo II.

(104) AMNESTY INTERNATIONAL USA, «Unaccompanied Children in Immigration Detention. (2003)» [último acceso 2010]. Disponible en [http://www.amnestyusa.org/refugee/pdfs/children\\_detention.pdf](http://www.amnestyusa.org/refugee/pdfs/children_detention.pdf).

(105) *Ibid.*: 30-34.

(106) *Ibid.*: 38-43.

(107) *Ibid.*: 44 y sigs.

(108) *Ibid.*: 29. Aun reconociendo los logros alcanzados, prácticamente las mismas cuestiones problemáticas y carencias se recogían en otra investigación de *Human Rights Watch* (HRW) que analizaba el impacto del Acuerdo *Flores* en las políticas de tratamiento de los menores inmigrantes por el INS (HUMAN RIGHTS WATCH REPORT, «Detained and deprived of rights: children in the custody of the U.S. Immigration and Naturalization Service (1998). Vol. 10, núm. 4 (G)» [último acceso 2010]. Disponible en <http://www.hrw.org/legacy/reports98/ins2/>).

(109) Cfr. OFFICE OF THE INSPECTOR GENERAL, U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Unaccompanied Juveniles in INS Custody. Report Number I-2001-009. (2001)*, capítulo IV: «Related processes», cit. en nota núm. 101; y AMNESTY INTERNATIONAL USA, *Unaccompanied Children in Immigration Detention. (2003)*, 54, cit. en nota núm. 104.

autorizados pretendiese aceptar la custodia del menor (110). Como es obvio, el cumplimiento de esta obligación de comparecencia chocaba con el lógico temor de los padres en situación irregular a ser expulsados una vez presentados y, por tanto, suponía un obstáculo adicional objetivo a la política de liberación inmediata promovida por el *Flores Agreement* al bloquear la colocación del menor en favor de otra persona o institución disponible. En el propio informe de la OIG se refería cómo las organizaciones de derechos humanos y de asistencia legal *pro bono* denunciaban que estas políticas seguidas por el INS tenían por finalidad utilizar a los menores como «rehenes» o como «señuelos» para hacer aflorar a sus padres en situación ilegal (111).

En realidad, las autoridades gubernamentales de inmigración nunca llegaron a promulgar las directrices que en materia de liberación de menores detenidos fijaba el *Flores Settlement*. La regulación federal relativa a la detención y puesta en libertad de los menores posterior al Acuerdo (112) resultó ser igual de restrictiva que la regulación vigente en el transcurso del litigio *Flores* (113). De este modo, la lista de personas que podían hacerse cargo de los menores detenidos en la regulación federal que siguió al Acuerdo era más reducida que la elaborada en el *Flores Settlement* (114). Ello, en verdad, aludía a una cuestión de mayor alcance: que los términos del Acuerdo nunca llegaron a ser adoptados por el INS, el cual, por lo demás, tampoco nunca se vio compelido por un plazo cierto para aprobar una regulación que incorporase los contenidos del Acuerdo, y a pesar de que éste exigía que la agencia federal de inmigración debía hacerlo dentro de los ciento veinte días a contar desde la aprobación del *Flores Settlement* por el Tribunal de Distrito (115).

Esta política de liberación tan limitada seguida por el INS impedía, a su vez, el cumplimiento de uno de los objetivos fundamentales perseguidos por el *Flo-*

---

(110) Cfr. OFFICE OF THE INSPECTOR GENERAL, U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Unaccompanied Juveniles in INS Custody. Report Number I-2001-009. (2001)*, capítulo IV, cit. en nota núm. 101; y AMNESTY INTERNATIONAL USA, *Unaccompanied Children in Immigration Detention. (2003)*, 54, cit. en nota núm. 104.

(111) OFFICE OF THE INSPECTOR GENERAL, U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Unaccompanied Juveniles in INS Custody. Report Number I-2001-009. (2001)*, capítulo IV, cit. en nota núm. 101.

(112) 8 CFR, Code of Federal Regulations (2005), §§ 236.3 y 1236.3.

(113) 8 CFR, § 242. 24.

(114) Por este orden se circunscribía a las personas que siguen: uno de los padres; tutor legal, o un familiar adulto (hermano, hermana, tía, tío, abuelos), y sólo en circunstancias extraordinarias y a juicio discrecional del *Director of the Office of Juvenile Affairs* el menor detenido podía ser confiado a una persona adulta que no entrase en ninguna de las categorías mencionadas. (8 CFR, §§ 236.3 y 1236.3, cit. en nota núm. 112).

(115) *Stipulated Settlement Agreement. Case No. CV 85-4544-RJK(Px)*, cit. en nota núm. 94, parte II, § 9.



*res Agreement*: que, en todo caso, los menores fuesen colocados en el marco o entorno menos restrictivo. Como se acaba de señalar, en determinados supuestos el INS mantenía a menores bajo su custodia aun cuando había cuidadores dispuestos a hacerse cargo de la misma y, en consecuencia, debían permanecer más tiempo del estrictamente necesario bajo la custodia institucional del INS en abierta contradicción con el principio del marco o entorno menos restrictivo enunciado en el Acuerdo (116). Y, por otra parte, la agencia federal de inmigración hacía también un uso excesivo de los centros penitenciarios de menores para colocar a los detenidos bajo su custodia contraviniendo el principio antes señalado (117).

No es de extrañar, en fin, que a la vista de todas estas insuficiencias en la aplicación del Acuerdo *Flores* de 1997 los demandantes presentasen allá por 2004 una moción para que se hiciese cumplir lo pactado nada menos que siete años antes (118). Ello daba idea de que ciertamente el *Flores Agreement* representaba un avance sustancial en el tratamiento de los menores inmigrantes detenidos en los Estados Unidos que incorporaba, además, pautas y directrices del Derecho internacional (119), pero también de que dicho avance era, en buena medida, más teórico y aparente que real.

---

(116) El informe de la *Office of the Inspector General* (OIG) arrojaba el dato de que en el año 2000 el INS había puesto a disposición de un cuidador al 54 por 100 de los menores que permanecían detenidos bajo su custodia una vez transcurridas 72 horas. En términos absolutos, la agencia federal habría puesto en libertad a 2.238 de los 4.136 menores detenidos en esas circunstancias. *Vid.* OFFICE OF THE INSPECTOR GENERAL, U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Unaccompanied Juveniles in INS Custody. Report Number I-2001-009. (2001)*, capítulo IV, cit. en nota núm. 101.

(117) Así lo corroboraban tanto el informe de 2003 de Amnistía Internacional USA como el de *Human Rights Watch* de 1998. Ambos apuntaban que aproximadamente un tercio de los menores permanecían detenidos en centros penitenciarios de menores. Y debe repararse en la circunstancia, si no se quiere incurrir en una valoración errónea de este dato, que ambos informes refieren la misma proporción cuando entre ellos media un período de tiempo en el cual el número de menores inmigrantes no acompañados detenidos se había más que doblado. *Vid.* HUMAN RIGHTS WATCH REPORT, *Detained and deprived of rights: children in the custody of the U.S. Immigration and Naturalization Service (1998)*. Vol. 10, núm. 4 (G), parte I: «Summary and recommendations», cit. en nota núm. 108; y AMNESTY INTERNATIONAL USA, *Unaccompanied Children in Immigration Detention. (2003)*, 1, cit. en nota núm. 104.

(118) *Motion to Enforce Stipulated Settlement Agreement [Notice of Motion and Motion to Enforce Settlement of Class Action. Case No. CV 85-4544-RJK(Px)]*, United States District Court Central District of California, 2004. Igualmente sobre esta cuestión puede consultarse Katarina ANCAR, «*Flores* Plaintiffs File Enforcement Motion to Protect Rights of Detained Immigrant Children», *Youth Law News* XXV, no. 1 (2004): 32.

(119) De ello había algún ejemplo, como el que representaba el Rancho Hosanna, situado en el área de la Bahía de San Francisco. En este centro los menores tenían acceso a la educación, en particular a clases de inglés, y a servicios de terapia especializada. Además colaboraba con *Legal*

#### 4. *La Homeland Security Act de 2002: un avance insuficiente*

La controvertida Ley de Seguridad Nacional de 2002 (HSA) (120) aprobada en respuesta a los brutales ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 incluía, sin embargo, algún tímido progreso en el ámbito que nos ocupa.

En este sentido, el paso más decisivo en la buena dirección dado por la HSA sin duda lo constituía el traspaso de la responsabilidad del cuidado de los menores inmigrantes no acompañados del INS a la *Office of Refugee Resettlement* (ORR), a su vez integrada orgánicamente en el *Department of Health and Human Services*. La ORR tenía como objetivo primordial facilitar y mejorar las condiciones de la estancia de los refugiados en los Estados Unidos. A simple vista, pues, el traspaso de competencias resultaba apropiado, traspaso que se haría efectivo a partir del 1 de marzo de 2003.

Además, para soslayar el conflicto de intereses que suponía que el INS tuviese a su cuidado los mismos menores que intentaba deportar, lo que *de facto* convertía a esta agencia simultáneamente en «carcelero, acusador, y cuidador» (121) de esos menores, se atribuía la competencia sobre todas las cuestiones jurídicas relacionadas con los menores inmigrantes al *Department of Homeland Security* (DHS) que la Ley de Seguridad Nacional de 2002 expresamente creaba (122).

La asignación de ambos tipos de cometidos, antes concentrados en el INS, a dos agencias separadas resultaba coherente y sin duda contribuiría a mejorar

---

*Services for Children, Inc., San Francisco (LSC-SF)* con el fin de permitir a los abogados visitar a los niños y a éstos se les brindaba sin cortapisas el acceso telefónico para, a su vez, poder contactar con los abogados y, en su caso, con sus familias. Esta relación de cooperación se traducía también en que Hosanna informaba puntualmente a *LSC-SF* de las nuevas incorporaciones de menores que se producían en el centro y, de este modo, ponía a disposición de éstos los medios necesarios para asegurar la asistencia letrada. Si bien podían albergarse dudas razonables en cuanto a la libertad religiosa de la que podían disfrutar los menores acogidos en el centro debido al carácter religioso de Hosanna, sin duda sus condiciones eran óptimas en comparación con los estándares existentes en ese momento (cfr. BARRAZA, *Violation of the rights of unaccompanied immigrant children in the United States and the need for appointed counsel*, 32, cit. en nota núm. 87).

(120) *Homeland Security Act*, Public Law 107-296, 116 Stat. 2135, 25 de noviembre de 2002. Disponible en [http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/hr\\_5005\\_enr.pdf](http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/hr_5005_enr.pdf).

(121) Christopher NUGENT, «Protecting unaccompanied immigrant and refugee children in the United States», *Human Rights*, 32 (2005): 9.

(122) Un cuadro explicativo de cómo quedaría el organigrama resultante de las distintas entidades del gobierno federal involucradas en el tratamiento de los menores no acompañados puede verse en Jacqueline BHABHA, «“Not a sack of potatoes”: moving and removing children across borders», *Public Interest Law Journal*, 15 (2006): 201-202.

las condiciones de detención de los menores inmigrantes. Prueba de ello es que la *Office of Refugee Resettlement* (ORR) creó un programa denominado *Department of Unaccompanied Children's Services* específicamente destinado a corregir aquellas condiciones de detención que, por su precariedad, se entendía que urgía modificar. Entre las medidas adoptadas en el marco de este programa se encontraban reducir la colocación de los menores en centros penitenciarios y al mismo tiempo aumentar el número de contratos con proveedores de centros de acogida; mejorar los servicios prestados a los menores en dichos centros en cuanto a la educación, salud física y mental, o reunificación familiar y socialización entre otros; facilitar la liberación de los menores a los miembros de su familia; realizar gestiones prospectivas con distintas organizaciones sin ánimo de lucro en orden a crear programas de asistencia jurídica *pro bono* y de servicios de representación a través de tutores *ad litem*; o, en fin, incrementar la transparencia en todo lo relativo al tratamiento de los menores no acompañados por el gobierno federal a través de un diálogo abierto, encuentros y la puesta en común de los datos disponibles (123).

Sin embargo, la Ley de Seguridad Nacional de 2002 no iba, como es lógico, por otra parte, a resolver de un plumazo todos los problemas. Muchos de ellos persistían, como lo prueba de forma inequívoca el hecho, antes señalado, de que transcurrido poco más de un año desde su entrada en vigor —y unos meses después del traspaso efectivo de competencias entre las agencias— se presentase una moción para la aplicación del Acuerdo *Flores* de 1997 (124). Por otra parte, el número de menores inmigrantes arrestados por el Departamento de Seguridad Nacional (DHS) se había incrementado significativamente (125) y, sin embargo, ni el propio DHS ni la ORR habían sido capaces de implementar políticas efectivas que mejorasen sustancialmente las condiciones de detención de los menores inmigrantes y, de ese modo, homologarlas a los estándares tanto nacionales como internacionales.

Debido a las excepcionales y trágicas circunstancias que tuvieron lugar el 11 de septiembre de 2001 que provocaron una profunda conmoción en la opi-

---

(123) Cfr. NUGENT, *Protecting unaccompanied immigrant and refugee children in the United States*, 10-11, cit. en nota núm. 121; y BARRAZA, *Violation of the rights of unaccompanied immigrant children in the United States and the need for appointed counsel*, 35, cit. en nota núm. 87.

(124) *Motion to Enforce Stipulated Settlement Agreement [Notice of Motion and Motion to Enforce Settlement of Class Action. Case No. CV 85-4544-RJK(Px)]*, cit. en nota núm. 118.

(125) Debido a la intensificación de la vigilancia en las fronteras, entre 2002 y 2005 el número de menores inmigrantes detenidos por el *Department of Homeland Security* (DHS) creció de 4.615 a 6.200. Cfr. NUGENT, *Protecting unaccompanied immigrant and refugee children in the United States*, 9, cit. en nota núm. 121.

nión pública de todo el mundo, y a la necesidad de dar rápida y contundente respuesta al nuevo escenario que siguió a los atentados terroristas, la *Homeland Security Act* estuvo aquejada en su elaboración de cierta precipitación que tuvo también su reflejo y consecuencias en lo que concierne a los menores inmigrantes. Así, en el momento de su entrada en vigor no estaba ni mucho menos claro el modo en que debía interactuar —si es que seguía existiendo— la agencia hasta entonces responsable de los menores extranjeros, la *Office of Juvenile Affairs* (OJA) dependiente del INS y la *Office of Refugee Resettlement* (ORR) que, como ya se ha indicado, era la agencia llamada por la nueva ley para justamente asumir ese cometido (126). Todo ello, sin duda, revelaba cierta improvisación y no poca descoordinación entre agencias, lo que por descontado redundaba en detrimento de los menores no acompañados.

De igual modo tampoco quedaron perfectamente perfiladas en la Ley de Seguridad Nacional las atribuciones del propio Departamento de Seguridad Nacional (DHS) y la ORR, lo que originaba permanentes conflictos, recelos y disfunciones. A pesar del supuesto reparto de tareas entre ambos, lo cierto es que la ley dejaba amplios flancos abiertos a través de los que el DHS y sus agencias podrían incidir en el tratamiento de los menores inmigrantes no acompañados. Ello resultaba evidente en el momento del arresto de los menores, pues eran los *Officials from the Customs and Border Protection* (CBP) los que daban con ellos en los habituales puntos de entrada: aeropuertos, cruzando la frontera o ya dentro de las fronteras de los Estados Unidos. Los niños debían ser entonces transferidos a la *Immigration and Customs Enforcement* (ICE) que, a su vez, debía ceder su custodia a la ORR a fin de que recibiesen el cuidado y atención apropiados y, en su caso, fuesen puestos en libertad. Pues bien, al no establecer la ley un plazo determinado para efectuar dicha cesión, los menores no acompañados podrían permanecer indefinidamente bajo la custodia de la ICE. Y ello, a su vez, tendría una consecuencia sobrevenida en absoluto baladí: que buena parte del personal de la ICE procedía del INS, lo que, de producirse la situación antes descrita, la custodia de los menores inmigrantes bajo la nueva ley sería *de facto* prácticamente idéntica a la ejercida con anterioridad por el INS (127). Además, era el *Department of Homeland Security* (DHS) el que, entre sus facultades de arresto, determinaba la edad de los detenidos en caso de disputa sobre la misma, lo que, como es fácil de deducir, tenía una repercusión enorme,

---

(126) CORNEAL, *On the way to grandmother's house: is U. S. immigration policy more dangerous than the big bad wolf for unaccompanied juvenile aliens?*, 654-655, cit. en nota núm. 33.

(127) GEORGOPOULOS, *Beyond the reach of juvenile justice: the crisis of unaccompanied immigrant children detained by the United States*, 136-137, cit. en nota núm. 100.

pues dependiendo de cuál fuese la edad que se les atribuyese, se confiaban a la custodia de la ORR o bien permanecían detenidos por el DHS en prisiones convencionales.

Igualmente el *Department of Homeland Security* (DHS) reclamaba que conservaba para sí la autoridad para consentir la colocación de los menores detenidos en los procedimientos estatales de menores dependientes cuando aquéllos hubiesen sufrido abusos o abandono. Ello traía como consecuencia fundamental que entonces esos menores podrían obtener el estatus especial de menor inmigrante (*special immigrant juvenile status*, SIJS) y con ello la residencia legal permanente. Sin embargo, la mayoría de los menores abandonados, desatendidos o víctimas de abusos bajo la custodia de la ORR no recibían esa autorización por parte del DHS y, por consiguiente, no podían tampoco beneficiarse de esas ventajas (128).

Fruto de esa descoordinación y de las prisas en la elaboración de la ley, que no contempló en toda su dimensión la cuestión de las detenciones de familias, el Departamento de Seguridad Nacional (DHS) venía también creando artificialmente menores no acompañados. Al detener a padres e hijos, el DHS los separaba, trasladaba a los padres a centros penitenciarios y colocaba a los hijos bajo la custodia de la ORR en condición de menores no acompañados (129).

La Ley estaba también afectada de no pocas indefiniciones e imprecisiones. Así, requería a la *Office of Refugee Resettlement* (ORR) para que desarrollase un plan que debía presentarse al Congreso dirigido a garantizar la asistencia letrada a los menores inmigrantes no acompañados. Pero en cambio no establecía plazo alguno que conminase a la agencia federal a la presentación de dicho plan ni aseguraba en realidad abogado de oficio a los menores no acompañados (130). De otra parte, asignaba a la ORR la tarea de «compilar, actualizar, y publicar al menos anualmente una lista estado por estado de profesionales o entidades competentes que proporcionen servicios de guarda y representación letrada para menores extranjeros no acompañados», pero en modo alguno exigía que esa

---

(128) Para enmendar esta situación se proponía que, cuando menos, esa manifestación de consentimiento se trasladase de la *DHS Immigration and Customs Enforcement* a la *DHS Citizenship and Immigration Services*, por estar esta segunda agencia más familiarizada con la adjudicación de beneficios de inmigración (NUGENT, *Protecting unaccompanied immigrant and refugee children in the United States*, 11, cit. en nota núm. 121).

(129) Un caso dramático de tantos lo representó el de un niño de cinco años detenido junto con sus padres en el área de Washington DC, que fue separado de ellos y obligado a volar solo al Rancho Hosanna en San Francisco mientras el DHS decidía si realmente eran sus padres. *Vid. BARRAZA, Violation of the rights of unaccompanied immigrant children in the United States and the need for appointed counsel*, 36, cit. en nota núm. 87.

(130) *Homeland Security Act*, § 462 (b) (1) (A).

lista se proporcionase efectivamente a los niños o que éstos dispusiesen de tutor o de asistencia letrada (131).

A todas estas deficiencias habría que añadir, si acaso, una financiación abiertamente insuficiente de la *Office of Refugee Resettlement* (ORR), la agencia que con la *Homeland Security Act* acumulaba gran cantidad de funciones (como el cuidado y colocación de los niños no acompañados, la inspección de instalaciones, o la actualización de datos estadísticos, entre otras), y sobre la que gravitaba la responsabilidad fundamental de diseñar un ineludible cambio de la política de tratamiento de los menores inmigrantes no acompañados y disponer los medios para llevarla a efecto. Resultaba evidente, por tanto, que sin una financiación suficiente por parte del Gobierno federal era prácticamente imposible que pudiese aplicar la política transformadora que estaba llamada a culminar (132).

En definitiva, la *Homeland Security Act* supuso un avance significativo en el tratamiento de los menores inmigrantes no acompañados en los Estados Unidos sobre todo al sustraer al INS la competencia sobre esta materia y traspasarla a la *Office of Refugee Resettlement* (ORR). Sin embargo, dejaba algunas —seguramente demasiadas— vías a través de las cuales el *Department of Homeland Security* (DHS) podía inmiscuirse e interferir en las condiciones de detención y custodia de los menores inmigrantes, esto es, en las funciones propias de la ORR que, además, permanecía un tanto inerte frente a las posibles intromisiones del DHS al no dotarla de la suficiente entidad vía financiación. Y, sobre todo, la Ley de Seguridad Nacional, a pesar de sus tímidos impulsos en ese sentido, no garantizaba en absoluto la asistencia letrada —*pro bono* o de oficio— a los menores no acompañados en el transcurso del crucial procedimiento en el que se resolvía su condición migratoria.

##### 5. *La Unaccompanied Alien Child Protection Act (UACPA): un fallido paso adelante, aunque no muy decidido, en el tratamiento de los menores inmigrantes no acompañados*

Los términos del *Flores Settlement Agreement* y las normas de derecho internacional (en particular, la Convención sobre los Derechos del Niño) no encontraban, pues, su adecuada y completa traslación en el tratamiento que,

(131) *Ibid.*, § 462 (b) (1) (I).

(132) *Vid.* GEORGOPOULOS, *Beyond the reach of juvenile justice: the crisis of unaccompanied immigrant children detained by the United States*, 138-139, cit. en nota núm. 100.

en sentido amplio, dispensaban las autoridades competentes a los menores no acompañados. Frente a esta situación oprobiosa surgieron reacciones de movimientos no sólo sociales sino también políticos que pretendían conjurarla, como el abanderado por la senadora demócrata por California Dianne Feinstein, que, desde el 2000, vino presentando distintas versiones de este proyecto de ley con el objetivo de paliar la lamentable situación en que se encontraban muchos de los menores no acompañados detenidos en los Estados Unidos. Sin embargo, ninguno de estos proyectos llegaría a entrar en vigor, ni siquiera esta versión, presentada también en la Cámara de Representantes en marzo de 2005 por la congresista demócrata igualmente por California Zoe Lofgren, y que llegó a obtener la aprobación del Senado el 21 de diciembre de 2005 (133).

La *Unaccompanied Alien Child Protection Act* constituía propiamente una recuperación y actualización del *Flores Settlement* que, como se ha visto, había sido en gran medida ignorado en su aplicación por las autoridades de inmigración, así como también de las prescripciones de la Convención sobre los Derechos del Niño. El elemento medular que recorría todo el proyecto era la consideración de los menores inmigrantes no como delincuentes que debían ser detenidos y devueltos a sus lugares de origen, sino como sujetos de derechos que, además, deberían recibir un especial cuidado y protección debido a su especial vulnerabilidad. Ello supondría —como en su momento debería haber supuesto el Acuerdo *Flores*— un giro copernicano respecto a las actuaciones de las agencias implicadas en el tratamiento de los menores no acompañados. Por ello el proyecto partía del presupuesto de que era una responsabilidad fundamental del Gobierno proteger a estos menores que estaban bajo su custodia y, por consiguiente, aquél debía dar prioridad a la protección de los intereses de éstos.

Ello explica que la UACPA facilitase el acceso de los menores inmigrantes no acompañados al estatus especial de menor inmigrante (SIJS) que, como ya se ha apuntado con anterioridad, implicaba, entre otras cosas, que aquéllos obtuviesen la residencia legal permanente y, además, que quedasen sometidos a la jurisdicción de los tribunales de menores. De este modo, el proyecto contemplaba que la declaración de dependencia de los menores en cuestión —imprescindible para alcanzar dicho estatus— efectuada por los tribunales de menores vinculase al *Department of Homeland Security* (DHS). Asimismo suprimía la expresa autorización del Fiscal General como condición *sine qua non* para la sujeción de estos niños no acompañados a la jurisdicción de menores y atribuía

---

(133) *Unaccompanied Alien Child Protection Act of 2005*, 109th Congress, 1st Session, H. R. 1172.

a la ORR la facultad de certificar la legitimidad de la solicitud para la obtención del SIJS (134). Esta notable reducción de trabas para acceder a la jurisdicción de menores se traduciría, como es obvio, en un incremento de los menores inmigrantes no acompañados bajo la jurisdicción de menores y, como consecuencia de ello, se pondría a disposición de un mayor número de niños inmigrantes los servicios sociales destinados al bienestar infantil.

Y, sobre todo, ese cambio de concepción explicaba que el proyecto de ley incorporase una garantía esencial y largamente demandada: la asistencia letrada. Disponía, así, que el Director de la ORR debía garantizar que todos los menores extranjeros no acompañados contarían con un abogado competente a fin de que los representase en los procedimientos de inmigración (135) y, a su vez, hacer todos los esfuerzos posibles —financieros incluidos (136)— para que pudiesen utilizar los servicios de representación *pro bono* (137). Exigía también que los menores fuesen colocados en zonas que facilitasen la relación habitual entre abogado y cliente (138) y, de ese modo, desterrar la práctica obstinadamente utilizada por el INS de enviarlos a lugares remotos a fin de impedirlos. No obstante, más allá de la buena orientación del proyecto y sus prescripciones, su concreta aplicación en este ámbito suscitaba ya por entonces serias dudas. Como lamentablemente suele suceder en estos casos el nudo gordiano lo constituía la financiación, y parecía evidente que para cubrir la demanda y proporcionar una adecuada formación en la compleja materia de inmigración a los abogados de oficio el proyecto debiera haber previsto más fondos destinados a tal fin. Por otra parte, la alternativa de los programas de los servicios *pro bono* que el proyecto impulsaba eran, sin embargo, muy escasos para los menores inmigrantes no acompañados y los que había disponibles estaban saturados, hasta el punto de que frecuentemente eran poco efectivos.

---

(134) *Ibid.*, § 301.

(135) *Ibid.*, § 202 (a)(1). Esa representación debía ejercerse sobre la base de unos principios o directrices que no contraviniesen la Ley y que bien podrían identificarse con las directrices que en 2004 había elaborado —aunque no aprobado— la *American Bar Association* (ABA) (*vid. ibid.*, § 2 (a)(1)(A) y *American Bar Association. Commission on Immigration, «Standards for the custody, placement and care; legal representation; and adjudication of unaccompanied alien children in the United States»*, en *American Bar Association* [database online]. Chicago [último acceso 2010]. Disponible en [http://www.abanet.org/publicserv/immigration/Immigrant\\_Standards.pdf](http://www.abanet.org/publicserv/immigration/Immigrant_Standards.pdf)).

(136) *Unaccompanied Alien Child Protection Act of 2005*, § 202 (a)(4). Esta previsión de financiación destinada a la representación de menores inmigrantes arrumbaba además la prohibición vigente de emplear fondos federales a través de la *Legal Services Corporation* (LSC) para asistir a personas indocumentadas; *vid. ibid.*, § 501 (a)(2).

(137) *Ibid.*, § 202 (a)(2).

(138) *Ibid.*, § 103 (a)(4)(A)(v).



Resulta indudable, por tanto, que la *Unaccompanied Alien Child Protection Act* hubiese significado una mejora sustancial en el tratamiento de los menores no acompañados. Sin embargo, como tendremos oportunidad de ver a continuación, el proyecto adolecía de una grave deficiencia: la implementación de las mejoras que incorporaba quedaban casi siempre supeditadas a la discrecionalidad del *Department of Homeland Security* (DHS). El proyecto delegaba en el DHS no sólo la responsabilidad sino también la facultad discrecional de desarrollarlo. Podría decirse, por tanto, que la UACPA mejoraba el tratamiento de los niños inmigrantes no acompañados, pero no lo garantizaba: en última instancia, dependería de la voluntad política del DHS dotarla de contenido práctico o, por el contrario, vaciarla por completo del mismo.

De este modo, el proyecto venía a cubrir una laguna de la *Homeland Security Act* —ya señalada más arriba— al establecer un plazo para que el traslado de los niños arrestados por las autoridades de inmigración a la ORR se hiciese efectivo y así pudiesen tener acceso lo antes posible a los servicios especializados de esta agencia encargada de su cuidado y custodia. Concretamente el proyecto disponía que los menores inmigrantes no acompañados debieran ser trasladados a la ORR en un plazo no superior a las setenta y dos horas tras el arresto (139). E igualmente, recuperaba disposiciones del *Flores Agreement* pertinazmente ignoradas por las autoridades competentes hasta la fecha: la terminante prohibición de que los menores inmigrantes fuesen detenidos en centros penitenciarios para adultos o para menores delincuentes (140), y el principio del «lugar menos restrictivo» como máxima inspiradora de la política de detención (141). Sin embargo, el proyecto no preveía la revisión judicial de estas decisiones administrativas de colocación, privando así a los menores de la vía judicial para subsanar posibles resoluciones arbitrarias o simplemente perjudiciales a sus intereses, y dejando este crucial ámbito de decisión a la pura discrecionalidad de las autoridades de inmigración.

Igualmente el proyecto establecía un mandato dirigido al DHS y al Director de la ORR para que dictasen normas que asegurasen en diversas áreas unas adecuadas condiciones de detención (142). Pero de nuevo dejaba a la discre-

---

(139) *Ibid.*, § 101 (b)(3)(A)(i).

(140) *Ibid.*, § 103 (a)(1). Se exceptuaban aquellos casos de menores extranjeros no acompañados que por haber exhibido un comportamiento violento o criminal que podría poner en peligro a terceros justificaría su detención en un centro para menores delincuentes [*ibid.*, § 103 (a)(2)].

(141) *Ibid.*, § 103 (c).

(142) Ese mandato incluía una educación apropiada a la edad del menor; atención médica, incluida la psicológica para abordar convenientemente posibles casos de trauma, violencia física y sexual, o abusos; acceso telefónico y a los servicios legales; acceso a intérpretes; la supervisión de

cionalidad del *Department of Homeland Security* (DHS) el modo de incorporar esos servicios e incluso el nivel de prestación de los mismos, ya que el proyecto no fijaba en absoluto unos estándares mínimos con relación a tales servicios ni tampoco plazo alguno para que cumplierse con dicho mandato.

Incorporaba también expresamente la prohibición del «uso irracional» de ciertas prácticas, tales como la utilización de «grilletes, esposas, o de otros dispositivos de seguridad en los niños; régimen de aislamiento; o registros corporales u obligarlos a desnudarse» (143); prácticas que, por otra parte, habían sido frecuentemente empleadas en el pasado por el INS. Naturalmente, el referirse a un «uso irracional» de estas prácticas implicaba *a contrario sensu* que en determinadas circunstancias el recurso a las mismas podía ser racional y estar perfectamente justificado. Y, una vez más, el proyecto dejaba a la discrecionalidad del DHS ese juicio de razonabilidad (144).

La *Unaccompanied Alien Child Protection Act* hacía suya además la política de pronta liberación del *Flores Agreement* (145) y, con ello, relajaba la estricta política de puesta en libertad entonces vigente (146) [8 CFR.(2005), §§ 236.3 y 1236.3]. De este modo, el proyecto recogía punto por punto las personas y entidades a las que, en virtud del Acuerdo *Flores*, podían ser confiados los menores detenidos no acompañados (147). Pero, sin embargo, además de no concretar en plazo alguno la puesta en libertad «sin demora» de los menores detenidos, el proyecto dejaba a la discrecionalidad del Director de la ORR la forma de ejecución de esa nueva política (148).

A pesar de todas estas carencias, la UACPA hubiese supuesto indudablemente un avance significativo en la dignificación del trato dispensado a los menores inmigrantes no acompañados en los Estados Unidos y, por ello, en el transcurso de su tramitación y discusión contó con el respaldo de numerosas y relevantes

---

profesionales capacitados y experimentados en el cuidado de menores; programas y actividades recreativas; necesidades espirituales y religiosas y hasta dietéticas. Además, esas normas que recogiesen en estos distintos aspectos las condiciones de detención debían ser notificadas a los menores en su idioma nativo tanto oralmente como por escrito. *Vid. ibid.*, § 103 (a)(4)(A) y (B).

(143) *Ibid.*, § 103 (b).

(144) *Ibid.*, § 103 (b).

(145) *Vid. ibid.*, § 102 (a)(1) y *Stipulated Settlement Agreement. Case No. CV 85-4544-RJK(Px)*, cit. en nota núm. 94, parte VI § 14.

(146) 8 CFR, §§ 236.3 y 1236.3, cit. en nota núm. 112.

(147) Por orden de preferencia: un padre; un tutor legal; un familiar; persona o entidad designada por el padre o tutor legal; un programa autorizado para el cuidado de menores; o un adulto capacitado o entidad que soliciten la custodia cuando no haya otra alternativa probable a la detención a largo plazo y la reunificación familiar no sea una posibilidad razonable. *Vid. Unaccompanied Alien Child Protection Act of 2005*, § 102 (a)(1).

(148) *Ibid.*, § 102 (a)(1).

organizaciones sociales (149). Más allá de todas estas mejoras que, con sus limitaciones y cautelas, el proyecto incorporaba, su contribución decisiva lo constituía su apuesta decidida por intentar asegurar la asistencia letrada, en tanto que instrumento que más y mejor podía contribuir a garantizar los derechos y el bienestar de los menores. Como ya en su momento había reconocido el Tribunal Supremo con relación a los procedimientos contra menores delincuentes, la garantía de la asistencia letrada se enmarca en la garantía constitucional del debido proceso (150): «el menor necesita de la asistencia de un abogado para hacer frente a los problemas de la ley, para hacer una investigación especializada de los hechos, para constatar la regularidad de los procedimientos, y para determinar si tiene una defensa y para prepararla y presentarla. El niño requiere de la guía de un abogado en todas las fases de los procedimientos contra él» (151). Cada una de estas razones, dadas entonces por la Corte Suprema con relación a los menores delincuentes, bien valdría hoy para los menores inmigrantes no acompañados. Éstos deben afrontar un complejo procedimiento legal en un país extranjero, en una lengua que no dominan suficientemente o que desconocen por completo, y en un entorno extraño y coercitivo. En estas condiciones la única manera de que tengan una posibilidad real de ser oídos es asegurando su representación a través de un abogado. Y los datos así lo confirmaban: los menores inmigrantes solicitantes de asilo que disponían de representación letrada tenían de cuatro a seis veces más probabilidades de obtener satisfacción a sus reclamaciones que aquellos que no gozaban de la misma (152). Lo dramático, sin embargo, era que sólo menos de la mitad de los niños inmigrantes detenidos por las autoridades de inmigración contaban con asistencia letrada (153). Ciertamente el procedimiento de inmigración tiene un carácter civil, pero al igual que en los procedimientos de delincuencia juvenil el interés jurídico en juego es la libertad individual.

Estos niños han tenido el arrojo y la inteligencia para realizar, en muchos casos solos, un durísimo viaje hasta llegar a los Estados Unidos. Merecen que se les trate con respeto y dignidad, prestando particular atención a su situación de

---

(149) Entre otros, obtuvo el apoyo expreso de *the Women's Commission on Refugee Women and Children*; *Lutheran Immigrant and Refugee Services*; la Conferencia Episcopal Católica de los Estados Unidos; Amnistía Internacional USA; y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

(150) *In re Gault*, 387 U.S. 1, U.S. Supreme Court (1967).

(151) *Ibid.* en 36.

(152) *Vid.* WOMEN'S COMMISSION FOR REFUGEE WOMEN AND CHILDREN, *Prison Guard or Parent?: INS Treatment of Unaccompanied Refugee Children*, 6, cit. en nota núm. 4.

(153) *Ibid.*: 6.

especial vulnerabilidad. No es de recibo el trato que han padecido —y aun padecen— por parte de las autoridades estadounidenses. No basta con aducir que se trata de un número ingente —prácticamente un tercio del total anual de inmigrantes— y no de un grupo reducido al que poder destinar partidas de gasto asumibles por las autoridades federales (154). Es necesario prestarles desde el momento de su detención y durante todo el procedimiento migratorio un tratamiento humano acorde a su minoría de edad: antes como niños que como inmigrantes ilegales; antes como sujetos de derechos que como individuos que hay que expulsar inmediatamente y devolver a su lugar de origen. Y para ello resulta fundamental establecer un programa con financiación suficiente que asegure la asistencia letrada a todos los menores no acompañados. Sin ello nada de lo anterior podrá conseguirse. Porque el abogado de oficio es el que con más solvencia puede asegurar el mejor interés del menor, pero no sólo eso: puede ser también una pieza clave para controlar la buena marcha de los complejos procedimientos de inmigración y la actuación de las agencias implicadas y de los tribunales en su relación con los menores inmigrantes. Desde esta perspectiva, el abogado de oficio no sólo vendría a garantizar el derecho al debido proceso del menor, sino que también intervendría como una suerte de supervisor de todo el sistema de inmigración.

Todo ello, además, no encontraría apoyo únicamente en fundamentos de tipo ético o legal, sino también en consideraciones puramente pragmáticas. Un programa completo de abogados de oficio sería indudablemente costoso, pero al mismo tiempo eliminaría o reduciría la costosa litigiosidad que, como hemos visto, jalona la historia del tratamiento de los menores inmigrantes no acompañados en los Estados Unidos. Y, de añadidura, no hacerlo así tendría un enorme coste de oportunidad: de oportunidad perdida de ayudar a estos niños, proporcionándoles unas buenas condiciones asistenciales, formativas y educativas para que el día de mañana, entonces sí, puedan hacer una contribución neta al país.

### III. LOS MENORES INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS EN LA EXPERIENCIA NORTEAMERICANA: UNA HISTORIA ENTRE *LO POSIBLE* Y *LO NECESARIO*

El cambio sustancial en la consideración jurídica que los menores inmigrantes no acompañados experimentaron en los Estados Unidos en la década

---

(154) Como señalaba el juez Stevens, desautorizando los argumentos economicistas esgrimidos por el Tribunal en esta materia, alegar una reducción de costes administrativos siempre y cuando se garanticen unas condiciones de detención «suficientemente buenas» resulta insostenible cuando de lo que se trata es de la detención de niños indefensos (*vid. Reno v. Flores*, 507 U.S. 292, en 320).

de los ochenta obedeció a una razón evidente y en sí misma bastante simple: el incremento incontrolado de esta singular corriente migratoria procedente, sobre todo, de los países centroamericanos, lo que obligó a las autoridades norteamericanas a intentar controlar ese flujo desbocado que provocaba una hemorragia en las cuentas públicas destinadas a la asistencia de este grupo de inmigrantes. Se trataba de reducir, o cuando menos frenar, aquel gasto rampante y para ello se limitaron drásticamente los supuestos de puesta en libertad de los menores no acompañados detenidos y, consecuentemente, aumentaron progresivamente los centros de detención de los mismos. Con ello se pretendía, por una parte, retraer a futuros menores que pretendiesen iniciar la azarosa aventura americana y, por la otra, llevar a cabo un control efectivo de las fronteras y disponer de un número real y actualizado de estos menores en territorio estadounidense.

Sin embargo, desde el principio se negó esta evidencia y se ocultó tras un discurso falaz, según el cual, ese cambio de política estaba orientado en realidad a procurar el mejor interés del menor al que, de este modo, se le concedería una adecuada custodia institucional que garantizaba supuestamente su bienestar y seguridad; cosa que, según el INS —aunque sin fundamento alguno— no aseguraba la custodia privada en sus diversas modalidades. Por ello tenía sentido desde esta perspectiva la extensión de esta nueva política independiente de la *Western Regional Office* a todo el país a través de su codificación en el nivel federal.

No debió, sin embargo, parecerle así a los directamente afectados que, a través de la demanda presentada por Jenny Lisette Flores, iniciaron un largo e intrincado litigio que terminó por llegar al Tribunal Supremo. Y también el Supremo enmascaró en este caso la realidad con el argumento —jurídicamente irreprochable— de que el acento que en sus regulaciones el INS pusiese en un tipo de custodia u otra entraba de lleno en el ámbito del juicio de oportunidad política pero quedaba completamente fuera del juicio de constitucionalidad. Claro que —recordaba el propio Tribunal— tanto la una como la otra debían alcanzar unos estándares mínimos y asegurar que no se producía conculcación alguna de derechos fundamentales, lo cual sí integraba el ámbito propio del control de constitucionalidad. El Tribunal de *Reno v. Flores* estimó que las detenciones masivas practicadas por el INS estaban dirigidas a alcanzar el mejor interés del menor y, por ello, procuraban su bienestar, y en particular su bienestar psicológico. Los centros de detención, según el Tribunal, disponían de medios materiales y humanos que aseguraban la consecución de ese objetivo y alcanzaban aquellos estándares irrenunciables. La realidad, sin embargo, obstinada, desmentía este *dictum* del Tribunal, y por eso éste terminó por negarla

para avalar la política de detenciones del INS y la consecución de los objetivos reales que se ocultaban tras los esgrimidos, en realidad sólo aparentes.

Prueba de que ello era así y no como el Supremo aseguraba que era fue que, tras la devolución por éste del caso al Tribunal Federal de Distrito, las partes en el litigio *Flores* continuaron negociando las mejoras de las por entonces lamentables condiciones de detención de los menores inmigrantes no acompañados, y fruto de esas negociaciones resultó el *Flores Settlement Agreement* de 1997. Este Acuerdo pretendía sustituir todas las políticas previas del INS en materia de menores no acompañados incompatibles con sus términos. Y sus términos constituían ciertamente una revisión total de esas políticas por considerarlas incompatibles con los fines que decían perseguir. En realidad, aquellas políticas del INS siempre habían sido incompatibles con los fines que él mismo aducía; pero en cambio, como ya hemos señalado, eran perfectamente coherentes con los fines que realmente perseguía. Por ello el *Flores Agreement* incluía mejoras sustanciales en las condiciones de detención y el tratamiento de los menores no acompañados y sustituía la política de liberación restrictiva por otra de pronta liberación de los menores detenidos, así como también ape- laba al marco o entorno menos restrictivo. En definitiva, el Acuerdo suponía un ataque en la línea de flotación de lo que había constituido hasta entonces las grandes líneas maestras de la política del INS con relación a los menores inmigrantes no acompañados.

El Acuerdo puso además de relieve la ausencia de una verdadera voluntad política por parte de las autoridades federales de aplicarlo. Ello explica que la regulación federal relativa a la liberación de los menores no acompañados posterior al Acuerdo fuese igual de restrictiva que la previa al mismo. Con el *Flores Agreement* el INS se comprometía con una política congruente con el principio de asegurar el mejor interés del menor. Sin embargo, como ése no era el objetivo realmente por él perseguido acabará por dejarlo sin efecto. Y, a su vez, ello explica también que los demandantes terminasen por presentar en 2004 una moción que instaba a cumplir lo pactado.

Esa ausencia de una decidida voluntad política dirigida a auspiciar una protección global al menor no acompañado se hizo también patente con la aprobación de la *Homeland Security Act* de 2002. Sin duda esta Ley incorporaba avances notables en esta materia, sobre todo en lo concerniente al traspaso de competencias del INS a la ORR y al reparto de funciones —aunque con solapamientos indeseables en la práctica— entre ésta y el *Department of Homeland Security* (DHS). Y, sobre todo, la *Homeland Security Act* apuntaba a lo que probablemente constituía el aspecto más determinante en un sistema de tratamiento adecuado de los menores inmigrantes: la asistencia letrada. La Ley propugnaba

la garantía básica y fundamental que la asistencia de un abogado suponía en el tratamiento de los menores, pero, sin embargo, no establecía ningún mecanismo que la propiciase y, sobre todo, no preveía financiación suficiente para garantizarla. Incluso la malograda *Unaccompanied Alien Child Protection Act* (UACPA) que hacía especial hincapié en esta cuestión, adolecía, sin embargo, de los mismos problemas de financiación. Este proyecto de ley ejemplificaba a la perfección esa insuficiente determinación política a la que antes hacíamos referencia. Sin lugar a dudas, la UACPA representaba una evolución significativa en el tratamiento de los menores no acompañados. Sin embargo, muchas de esas mejoras que incorporaba quedaban supeditadas a la discrecionalidad del *Department of Homeland Security* (DHS). No hubo, ni siquiera en este caso, el arrojo político necesario para que el poder legislativo federal estableciese y regulase claramente los distintos aspectos del modelo de inmigración relativo a los menores no acompañados, sin permitir que el ejecutivo, a través de las distintas agencias, lo adaptase a su antojo o a las circunstancias.

Se diría que en los últimos años la discusión ha pivotado entre lo que se entiende que es *lo necesario* (que los menores reciban un trato digno; atender al mejor interés de éstos y a su situación de especial vulnerabilidad y, sobre todo, garantizarles la asistencia letrada) y *lo posible* (que vendría irremediablemente limitado por la escasez de las partidas presupuestarias disponibles y el amplio número de menores potencialmente destinatarios de las mismas). Sin embargo, supeditar el reconocimiento de una serie de derechos básicos a unos menores indefensos, con independencia de su número, a las limitaciones presupuestarias de un país con las potencialidades de los Estados Unidos, no sólo no es justificable sino que incluso resulta grotesco. Y de hecho, en los últimos años se ha podido apreciar en aquel país un consenso cada vez mayor, sobre todo doctrinal aunque no sólo, en torno a la necesidad perentoria de que estos menores reciban un trato adecuado a su condición especialmente vulnerable; que la procura de su mejor interés guíe la actuación de las autoridades y, por encima de todo, que se les garantice la asistencia de un abogado.

Afortunadamente en nuestro país el tratamiento jurídico que se les concede a los menores que permanecen solos en nuestro territorio procedentes de un tercer Estado es incomparablemente mejor y más apropiado que en los Estados Unidos. Pero también es cierto que la magnitud del flujo migratorio en ambos países tampoco es comparable. Y esa variable —el caudal migratorio— resulta determinante. No en vano, a medida que en los últimos años se iba incrementando significativamente el número de menores no acompañados en España, se comenzaron a divisar pequeños atisbos que apuntaban en un sentido claramente restrictivo.

En este sentido se inscribe, por ejemplo, la práctica seguida en la realización de las pruebas médicas para la determinación de la edad de los supuestos menores. Cuando hubiese fundadas dudas sobre su minoría de edad y en tanto no se realicen las pruebas pertinentes para su determinación, deberían permanecer en centros de acogida. Sin embargo, en muchas ocasiones esto no es posible por falta de plazas disponibles y, como consecuencia de ello, deberán esperar la práctica de dichas pruebas en dependencias policiales o de la Guardia Civil. Pues bien, en el transcurso de este período de tiempo de espera el presunto menor se ve privado de libertad sin que previamente se le hubiese nombrado tutor o letrado. De igual modo, la Instrucción 3/2003 de la Fiscalía General del Estado (155) señalaba que la asunción por la Administración, tras la correspondiente declaración de desamparo, de la tutela pública sobre los menores que, sin familia ni medios, llegaban de forma ilegal a España y que, como consecuencia de ello, adquirirían la futura residencia legal en España, estaba provocando el desbordamiento del sistema español de protección de menores, debido al progresivo aumento de menores extranjeros no acompañados que accedían a nuestro país. La vía de solución que proponía la Instrucción, en abierta contradicción con el principio del interés superior del menor, era que «la minoría de edad, sin el referente de una persona mayor de edad, no debiera asegurar por sí sola una declaración de desamparo» (156); tal declaración, por el contrario, según la Instrucción, debía fundamentarse sobre situaciones de hecho que, aunque de difícil concreción legal, obedeciesen a una situación efectiva de desamparo. O el hecho asimismo de que la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2008 facilitase el dato de que las repatriaciones habían sufrido una importante paralización en los dos últimos años —2006 y 2007— entre otras causas por la nulidad de numerosos expedientes administrativos motivada por la omisión del preceptivo trámite de audiencia del menor (157).

Y lo mismo vale para Europa que, ante la creciente dimensión del problema, aprobó la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008, más conocida como «Directiva de retorno» (158),

---

(155) «Instrucción 3/2003, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo» [último acceso 2010]. Disponible en <http://www.ugt.es/inmigracion/instruccion3.pdf>.

(156) *Ibid.*: 3.

(157) *Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado. Vol. I*, Madrid, Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, 2008, págs. 644 y sigs.

(158) *Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular*, DOL de 24 de diciembre de 2008, núm. 348.



en virtud de la cual se contempla la posibilidad de que los menores extranjeros no acompañados sean retornados a su país de origen o a un tercer Estado y allí entregados a un familiar o a los servicios de acogida del Estado de retorno, ya sea el Estado de origen o un tercer Estado. Y en esa orientación claramente restrictiva la Directiva llega a prever, si bien excepcionalmente, que los menores, en tanto no se decide acerca de la procedencia o no de su retorno, puedan ser internados en centros de carácter penitenciario (art. 16) (159), lo cual, lamentablemente, evoca los peores vicios del sistema de inmigración de los Estados Unidos en el tratamiento de los menores no acompañados.

Sin embargo, si de algo sirve la experiencia norteamericana es justamente para demostrar que la tentación de recorrer el mismo camino que ellos, sólo que en sentido inverso, no conduce a ninguna parte. Es claro que el sistema de tratamiento de los menores inmigrantes no acompañados de los Estados Unidos no representa un modelo a seguir, pero en cambio tiene la indudable utilidad de que nos indica cuál es la senda que no se debe seguir ni la dirección que se debe tomar.

### RESUMEN

El amplio fenómeno de la inmigración en los Estados Unidos registra un particular movimiento migratorio, sin duda relevante por su volumen: el que protagonizan los menores no acompañados. En el presente trabajo se analiza el tratamiento jurídico dispensado a estos menores. Aunque en unas condiciones bastante precarias, en un primer momento se reconocían algunos derechos constitucionales a los menores inmigrantes no acompañados. Sin embargo, ante el creciente flujo de este tipo de movimiento migratorio que se experimentó en la década de los ochenta, las autoridades estadounidenses adoptaron una política aún más restrictiva orientada a incrementar las detenciones de los menores inmigrantes. Esta nueva política esencialmente se caracterizaba por tratarlos más como inmigrantes ilegales que como menores y por hacer descansar esa nueva política en una serie de razones que en realidad escondían otras. Esta política originó un largo y complejo litigio que llegó incluso al Tribunal Supremo. Lejos de zanjarse la controversia, el tratamiento de los menores inmigrantes no acompañados provocó la adopción de una serie de acuerdos y de iniciativas legislativas, reflejo del debate social y político que suscitaba, encaminados a mejorar las condiciones de detención de los menores inmigrantes no acompañados y a proporcionarles asistencia letrada. Y, por último,

---

(159) No obstante, en nuestro ordenamiento la LO 2/2009, de 11 de diciembre, prohíbe expresamente el ingreso de los menores extranjeros no acompañados en centros de internamiento. (art. 62.4 *Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, BOE, núm. 299, 12 de diciembre de 2009).

de esta experiencia sin duda se pueden extraer útiles enseñanzas para España y Europa a la hora de abordar tan delicado problema.

*PALABRAS CLAVE:* inmigración; menores no acompañados; detención; asistencia letrada; derecho al debido proceso; Tribunal Supremo.

*ABSTRACT*

The widespread phenomenon of immigration in the United States of America recorded a particular migratory movement undoubtedly relevant due to its volume: where unaccompanied minors play the leading role. This paper intends to analyze the legal treatment provided to these minors. Although under very precarious conditions, in the beginning, the unaccompanied immigrant minors had some constitutional rights acknowledged. Notwithstanding, given the increasing flow of this type of migration experienced during the 80's, U.S. authorities adopted an even more restrictive policy aimed at increasing the number of detained minor immigrants. This new policy was essentially characterized by treating them as illegal immigrants instead of just minors, as well as holding an underlying purpose which in reality served to mask a series of other things. This policy originated a long and complex lawsuit which even reached the Supreme Court. Far from settling the dispute, the handling given to unaccompanied immigrant minors led to laying down a series of agreements and legislative initiatives, a result of the social and political debate raised on this matter, channeled towards improving conditions for unaccompanied immigrant minors as well as to provide them with legal representation. Last of all, this experience will certainly be an important lesson for Spain and Europe when it comes to dealing with this delicate issue.

*KEY WORDS:* immigration; unaccompanied minors; detainment; legal representation; due process rights; Supreme Court.