

La legislación migratoria de Estados Unidos y la defensa constitucional de los trabajadores indocumentados

*Joel Hernández García**

El presidente de Estados Unidos, William J. Clinton, promulgó el 30 de septiembre de 1996 una de las leyes migratorias de mayor alcance que haya sido adoptada en tiempos recientes para regular el flujo migratorio que recibe ese país: la Ley sobre reforma a la inmigración ilegal y de responsabilidad del inmigrante (en lo sucesivo, “Ley de 1996”).¹ Un mes antes, el 22 de agosto, había sido promulgada la Ley de responsabilidad personal y oportunidad de trabajo (en lo sucesivo, “Ley de reforma a la asistencia pública”), cuyo efecto principal para el inmigrante era la cancelación de beneficios sociales a los residentes permanentes y a los hijos de inmigrantes indocumentados nacidos en Estados Unidos. En conjunto, los nuevos ordenamientos legales estadounidenses establecieron mayores obstáculos para la regularización de la situación migratoria de aquellos que carecen de documentos para su estancia legal y de limitación en el acceso a ciertos servicios públicos.

En general, la nueva legislación estableció grandes límites a la regularización de quienes carecen de documentos para acreditar su estancia legal en Estados Unidos, además de que sometió a un escrutinio más estricto a quienes ya cuentan con ese tipo de documentos. El grupo más afectado por la nueva legislación es el de los trabajadores indocumentados, ya que les resultará todavía más difícil defender algún derecho a permanecer y trabajar en Estados Unidos.

Jurídicamente, los trabajadores indocumentados han sido siempre el grupo más vulnerable debido a la falta de documentos que prueben su estancia

*Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la UNAM, con estudios de posgrado en la Universidad de Nueva York. Actualmente se desempeña como cónsul alterno en el Consulado General de México en Nueva York, Estados Unidos.

¹ La Ley de 1996 enmendó principalmente la Ley de Inmigración y Naturalización promulgada el 27 de junio de 1952 y modificada por diversas leyes posteriores (en lo sucesivo, la LIN). La Ley de 1996 enmendó igualmente la Ley del antiterrorismo y la pena de muerte efectiva de 1996. La Ley de 1996 entró en vigor el 1 de abril de 1997.

legal en Estados Unidos. Aunque no se trata de una situación creada a partir de la entrada en vigor de la nueva legislación migratoria, su promulgación la ha agravado. Esta condición jurídica tampoco implica una ausencia total de derechos pues, como se desarrollará en este ensayo, los trabajadores indocumentados gozan de la protección que les brinda una amplia gama de derechos humanos y laborales, independientemente de su situación migratoria, consagrados en distintos ordenamientos legislativos y con un sustento en la Constitución de Estados Unidos.

La severidad de las nuevas leyes busca hacer frente a una realidad que ha rebasado los intentos legales de encauzarla. La migración de trabajadores hacia Estados Unidos es un fenómeno principalmente económico, sujeto a las reglas de la oferta y la demanda de mano de obra para la realización de actividades agrícolas, industriales y de servicios, intensivas en mano de obra. Los beneficios económicos y de otra índole que recibe Estados Unidos como resultado de dicha inmigración son reconocidos, de manera limitada pero creciente, por la opinión pública estadounidense: de acuerdo con un estudio de la Academia Nacional de Ciencias de Estados Unidos, cuyos resultados fueron dados a conocer por *The New York Times*, los inmigrantes aportan anualmente 10 000 millones de dólares (MDD) a la economía estadounidense, como mercado de consumo o mediante la creación de bienes y la prestación de servicios abaratados por su mano de obra.²

Mientras subsistan las razones económicas que producen la oferta y la demanda de trabajadores continuará existiendo un flujo migratorio hacia Estados Unidos, flujo que se caracteriza por la abundancia de trabajadores indocumentados, sobre todo de origen mexicano. A pesar de que dichos trabajadores resultan necesarios a la economía estadounidense, es un hecho que las nuevas medidas legislativas de ese país tendrán como efecto el de ubicarlos en una situación de mayor vulnerabilidad: por ejemplo, el aumento de las posibilidades de que los trabajadores indocumentados sean expulsados del país incrementa la tentación de los empleadores de reducir la calidad de sus condiciones de trabajo, ya que saben que las posibilidades de empleo disminuirán a medida que se refuercen los mecanismos migratorios; en esa situación, los trabajadores indocumentados prácticamente aceptarán cualquier empleo. Dicha situación favorece una mayor explotación: cuando el trabajador indo-

² El estudio fue solicitado por la Comisión para la Reforma de Inmigración. Consúltese “Academy’s Report says Immigration Benefits the U.S.,” *The New York Times*, 18 de mayo de 1997, p. 1.

cumentado es blanco de mayor persecución, el patrón aumenta su capacidad de negociación para determinar las condiciones de empleo.

La mayoría de las personas que ingresan a Estados Unidos sin documentos tiene poca o ninguna posibilidad de regularizar su situación migratoria. Un gran número, sin embargo, se puede beneficiar de las disposiciones que les permiten optar por la residencia permanente sobre la base de la reunificación familiar. Para los que ya se encuentran en ese país, los derechos humanos y laborales que los asisten constituyen la base jurídica para su defensa en contra de los abusos de autoridad y la explotación de los empleadores. No obstante, una preocupación más cotidiana entre los inmigrantes indocumentados es la de defenderse contra las acciones dirigidas a su remoción del país, las cuales pueden vulnerar derechos adquiridos y alterar súbitamente su forma de vida, o la de sus familias, ya sea en su lugar de origen o de residencia.

La necesidad de que se respete la dignidad humana del inmigrante obliga al país de origen a ejercer todos los recursos legales a su alcance para promover la defensa de los derechos de los trabajadores, particularmente los indocumentados, en los casos en los cuales son sometidos a la ejecución de acciones de expulsión del Servicio de Inmigración y Naturalización estadounidense (SIN). Más importante aún es la posibilidad de elevar esa defensa ante los tribunales federales estadounidenses para impugnar actos de autoridad o legislativos que sean violatorios de los derechos consagrados en la Constitución de Estados Unidos.

El objetivo del presente artículo es identificar aquellos aspectos de la Ley de 1996 cuya constitucionalidad pudiera ser eventualmente cuestionada ante los tribunales federales. En razón de que el derecho anglosajón tiene en las decisiones judiciales una de sus principales fuentes y, para el caso de aquéllas adoptadas por la Suprema Corte de Estados Unidos, una preponderancia sobre la legislación y las decisiones de órganos de jerarquía inferior, este trabajo revisará las decisiones relevantes a fin de determinar el estado que guarda el derecho constitucional en la defensa de los derechos de los trabajadores indocumentados.

Con ese propósito, se examinan las disposiciones de la nueva ley migratoria que afectarán de manera especial a los trabajadores indocumentados, en diversos momentos en los que pudieran entrar en contacto con la autoridad migratoria (exclusión, deportación e inspección en los centros de trabajo) y las posibilidades para cuestionar la constitucionalidad de esa legislación. Las diferencias de naturaleza entre el derecho anglosajón y los sistemas jurídicos como el mexicano hacen imprescindible el examen previo de las fuentes del derecho migratorio estadounidense.

Las fuentes del derecho migratorio estadounidense

Un atributo derivado de la soberanía de los Estados es la facultad de regular el flujo de personas al interior de su territorio. El poder del Estado para regular la migración se encuentra internacionalmente reconocido; mientras esa facultad no entre en conflicto con otros principios de derecho internacional, se trata de una cuestión reservada a la jurisdicción interna de los Estados. La creación de derecho migratorio por parte de un Estado dado es un acto soberano; por ello, el cuestionamiento de las medidas que adopte en esta materia sólo podrá hacerse con base en la evaluación del respeto al derecho internacional que protege a los migrantes, que sea reconocido por la legislación interna de ese país.³

Esta situación obliga a identificar los principios del derecho internacional que pueden ser invocados para la defensa de los migrantes, particularmente en el caso de una legislación nacional que atente contra los derechos humanos. Sin embargo, este proceso podría encontrar dos tropiezos, desde un punto de vista práctico, al momento de procurar la defensa de un migrante en un caso específico. En primer lugar, el estado que guarda el derecho internacional de los derechos humanos no es homogéneo en todos los casos: para invocar una norma de derecho internacional específica se precisa probar que ha adquirido un nivel de obligatoriedad para el Estado en contra del cual se alega una violación. Lo anterior resulta necesario en el caso del derecho consuetudinario, donde se requiere probar el elemento volitivo (*opinio juris sive necessitatis*), y también en derecho convencional, en donde la norma vincula solamente a aquellos Estados que expresamente la hayan aceptado (*res inter alios acta*).

En segundo lugar, en el caso específico de Estados Unidos, los tribunales locales no recurren de manera sistemática al derecho internacional como una fuente de derecho para resolver los casos, a pesar de que la cláusula de supremacía de la Constitución de Estados Unidos establece que, al igual que las leyes emanadas de ella, los tratados internacionales serán la Ley Suprema de toda la Unión.⁴

³ A nivel bilateral, esta facultad quedó expresamente reconocida en el marco de la reciente XV Reunión de la Comisión Binacional México-Estados Unidos. Véase la Declaración conjunta sobre migración, adoptada por los presidentes de ambos países el 6 de mayo de 1997; en ella se reconoció, entre otros principios, el “derecho soberano de cada Estado a formular y aplicar sus leyes migratorias en la forma que mejor convenga a sus intereses nacionales, siempre de conformidad con las normas del derecho internacional y en un espíritu de cooperación bilateral”.

⁴ Artículo VI.2 de la Constitución de Estados Unidos.

Importancia de la Constitución y las leyes de ella derivadas

Los instrumentos internacionales que consagran los derechos humanos de los migrantes y el extenso cuerpo de resoluciones adoptadas por los organismos internacionales proporcionan una base para obtener el compromiso de los Estados receptores de migrantes a respetar sus derechos humanos. En este sentido, el derecho internacional juega un papel muy significativo, ya que orienta el rumbo del derecho interno para que éste cumpla con las obligaciones internacionalmente adquiridas. Sin embargo, la forma en la cual el derecho internacional permea en el orden jurídico interno no es inmediata; frecuentemente se da a través de procesos legislativos que poco a poco integran y velan por la adecuada instrumentación de los compromisos adquiridos en la arena internacional. Por lo tanto, la defensa de los derechos de los trabajadores indocumentados en Estados Unidos depende, de manera inmediata, de los recursos que otorgan la Constitución y la legislación nacional de ese país.

Aunque la Constitución de Estados Unidos no atribuyó de manera expresa y exclusiva la facultad migratoria al gobierno federal, la Suprema Corte reconoció la competencia del gobierno federal en materia migratoria mediante decisiones posteriores. En primer lugar, la Corte asoció la facultad migratoria dentro de la más amplia facultad de conducir las relaciones exteriores (que tampoco quedó expresamente prevista en la Constitución);⁵ posteriormente, en el caso *Nishimura Ekiu v. United States*, la Corte afirmó que, dentro del derecho internacional, es una máxima aceptada el hecho de que cada nación soberana tiene la facultad, inherente a su soberanía, de prohibir la entrada de extranjeros a sus dominios o de admitirlos únicamente en aquellos casos y en las condiciones que estime necesario prescribir. Finalmente, en el caso *United States v. Curtiss-Wright Export Co.*, la Corte concluyó que el poder de regular el flujo de extranjeros es inherente al concepto de soberanía, transmitida por la Corona a la Unión Americana, aun antes de la existencia de la Constitución. Hoy en día está fuera de cuestionamiento la facultad que detenta el gobierno federal para establecer y aplicar la legislación migratoria.

Al igual que la gran mayoría de las constituciones modernas, la letra de la Constitución de Estados Unidos no distingue entre nacionales y extranjeros;

⁵ Véase el caso *Chae Chan Ping v. United States*, Suprema Corte de Estados Unidos, 130 U.S. 581, 9 S.Ct. 623. 32 L.Ed.1068, también conocido como *The Chinese Exclusion Case*. Las abreviaturas utilizadas en las citas de los casos de la Suprema Corte de Estados Unidos mencionados en este trabajo corresponden a las siguientes fuentes: United States Reports (U.S.), Supreme Court Reporter (S. Ct.) y United States Supreme Court Reports, Lawyers' Edition (L. Ed.).

de manera general, protege a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción en contra de acciones violatorias de los derechos humanos. A pesar de ello, la interpretación judicial de la Constitución ha limitado el alcance de la protección constitucional en distintas instancias en las cuales puede ubicarse una persona en su calidad de inmigrante.

Aplicación e interpretación de las leyes

En el derecho anglosajón, la aplicación e interpretación de las normas jurídicas se rige por la doctrina conocida como *stare decisis*, es decir, la vigencia del precedente en la decisión de un caso. El conjunto de las decisiones de los tribunales integra el derecho jurisprudencial (*common law*), fuente primaria del derecho anglosajón.

En Estados Unidos, debido al principio del precedente, la decisión de un tribunal obliga para los casos similares a todos los tribunales de jerarquía menor dentro de la competencia del órgano jurisdiccional de que se trate. Por ello, las decisiones que adopta la Suprema Corte, el tribunal de mayor jerarquía, obligan a todos los tribunales de Estados Unidos. Dado que no necesariamente todos los casos llegan a ser del conocimiento de la Suprema Corte, la interpretación de muchos aspectos es, en ocasiones, válida únicamente dentro de una jurisdicción determinada.

Adicionalmente a la función de interpretación, la Suprema Corte desempeña la función de control constitucional. Desde la adopción del caso *Marbury v. Madison*, al inicio de la vida independiente de Estados Unidos, la Suprema Corte afirmó su papel de guardián último de la Constitución con la facultad de revocar aquellas leyes o actos ejecutivos que en su opinión vayan en contra de la Constitución.⁶ Se trata de uno de los contrapesos más importantes dentro de la teoría de la división de poderes.

La Suprema Corte ha sido muy cautelosa en tomar los casos de derecho migratorio. Se observa cierto conservadurismo en el máximo órgano judicial estadounidense para examinar constitucionalmente las leyes emitidas por el Congreso o los actos del Ejecutivo en esta materia, así como para ampliar la protección constitucional; la mayoría de los casos quedan así reservados a las decisiones de tribunales inferiores, sean tribunales de apelación de circuito o juzgados de primera instancia.

En una de sus decisiones más controvertidas, el caso *United States ex rel. Knauff v. Shaughnessy*, la Suprema Corte mostró una actitud hacia los problemas migratorios que en cierta medida ha marcado el desarrollo de los casos en la

⁶ Suprema Corte de Estados Unidos, 1803. 5 U.S. (1 Cranch) 137.

materia.⁷ Al abordar los derechos de las personas sometidas a proceso de exclusión, la Corte indicó que “cualquiera que sea el procedimiento autorizado por el Congreso, será el ‘debido proceso (*due process of law*)’ en lo que se refiere a la negación de la entrada de un extranjero”.⁸

A pesar de las dificultades para que el derecho migratorio sea cuestionado dentro del marco más amplio de las normas constitucionales, el litigio constitucional es la única vía para ajustar este orden jurídico hacia los preceptos de la norma máxima. Un aspecto fundamental, sin embargo, es el de los distintos momentos procedimentales en los cuales puede promoverse la revisión judicial.

El “debido proceso” y la protección de los trabajadores indocumentados

La Quinta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos establece que ninguna persona puede ser privada de la vida, la libertad o la propiedad, sin que se siga el “debido proceso”.⁹ De manera muy general, ello podría traducirse como la garantía de toda persona para contar con un proceso por el que sea notificada y escuchada antes de ser afectada en su esfera de derechos.¹⁰ Al lado de este aspecto procedimental, la garantía del “debido proceso” requiere igualmente que la legislación base de un acto de autoridad sea justa y razonable en contenido y aplicación.

El alcance de la garantía del “debido proceso” ha sido desarrollado por el derecho jurisprudencial y, de manera notoria, por las decisiones de la Suprema Corte. La protección constitucional en contra de actos (legislativos o administrativos) considerados violatorios de dicha garantía se ha ido delineando con las decisiones adoptadas por los tribunales.

Por ello, el “debido proceso” es la garantía constitucional que mayor protección puede otorgar a los trabajadores indocumentados en tanto sujetos de

⁷ Suprema Corte de Estados Unidos, 1950. 338 U.S. 537. 70 S. Ct 309. 94 L. Ed. 317.

⁸ A mi juicio, no existe una traducción exacta al español de la expresión *due process of law*, por lo que arbitrariamente utilizaré la traducción literal “debido proceso”. Cabe aclarar, sin embargo, que el concepto encuentra su más cercana equiparación en nuestro sistema constitucional en la llamada “garantía de audiencia”, consagrada en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁹ La Decimocuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos contempla igual garantía para la cláusula de igualdad jurídica (*equal protection of law*).

¹⁰ *Fuentes v. Shevin*, Suprema Corte de Estados Unidos. 407 U.S. 67, 79, 92, S. Ct. 1983, 1994, 32 L. Ed. 2d 556.

procedimientos administrativos o judiciales por aplicación de la legislación migratoria: les otorga la posibilidad de ser escuchados y de vencer o ser vencidos en juicio. Aunque la protección constitucional en esta rama tiende a ser limitada, ya que la Suprema Corte ha reconocido al Ejecutivo y al Legislativo amplias facultades en la regulación de los flujos migratorios, a través del litigio constitucional se podrá ir ampliando la garantía del “debido proceso” en el derecho migratorio.

Con la Ley de 1996 se limitó la esfera de derechos y recursos de los cuales disponían los trabajadores indocumentados en Estados Unidos,¹¹ y se disminuyeron las garantías procedimentales que la legislación migratoria estadounidense les reconocía hasta entonces en dos de los procedimientos a los que frecuentemente se encuentran sujetos: la exclusión y la deportación. Sin duda, estas limitaciones serán motivo de cuestionamientos constitucionales a la luz de la Quinta Enmienda de la Constitución en los litigios que se emprendan.

Además del eventual éxito en los litigios sobre la inconstitucionalidad de algunas de las disposiciones de la nueva legislación migratoria que la Suprema Corte llegara a estimar violatorias del “debido proceso”, resultará importante mantener la protección constitucional que ya ha sido reconocida por el derecho jurisprudencial, analizada a continuación.

Deportación o exclusión

Para los extranjeros, el alcance de la garantía del “debido proceso” en materia migratoria varía de acuerdo con su situación migratoria; es decir, será distinto dependiendo de si se encuentran en situación de exclusión o de deportación.¹² Cuando un extranjero ha realizado una “entrada” (*entry*) a Estados Unidos, se coloca en la hipótesis normativa de la deportación; en caso de no haberla realizado, se coloca en la hipótesis de la exclusión.¹³

¹¹ Por ejemplo, la nueva legislación contempla el proceso de “cancelación de remoción”, en lugar de la “suspensión de deportación”. Ahora, las personas sujetas a un proceso de deportación deben probar haber vivido continuamente en Estados Unidos por más de 10 años y que su eventual salida constituya una penuria para un nacional de ese país, como defensa para impedir la deportación. En el pasado, bastaba que la persona hubiera vivido 7 años continuos y con vínculos establecidos en este país (como tener hijos nacidos en Estados Unidos) para obtener la suspensión de la deportación. Sección 304 (a) (3) de la Ley de 1996, sección 240A (a) de la LIN.

¹² La actual ley unificó los procedimientos de exclusión y deportación en un único procedimiento de remoción. Sin embargo, se mantiene la distinción entre inadmisibilidad y deportabilidad. El procedimiento de remoción se encuentra ahora regulado en la sección 240 de la LIN.

¹³ Una definición de “entrada” la podríamos encontrar en el caso *Matter of Linen* en el que la Junta de Apelaciones de Inmigración determinó que una “entrada” contempla: (1) un cruce

El “debido proceso” es mucho más limitado en el proceso de exclusión que en el de deportación. En el caso *United States ex rel. Knauff v. Shaughnessy*,¹⁴ la Suprema Corte indicó que “cualquiera que sea el procedimiento autorizado por el Congreso, será el debido proceso en lo que se refiera a la negación de la entrada a un extranjero”; con ello, sentó el rumbo para tratar el proceso de exclusión. En el mismo caso, la Suprema Corte encontró que el fundamento de la autoridad gubernamental para establecer las condiciones de entrada al país reside en la soberanía del Estado; indicó que el derecho a excluir extranjeros deriva no sólo del Poder Legislativo sino que es consustancial a la facultad inherente del Ejecutivo de conducir las relaciones internacionales. La doctrina establecida en ese caso fue reforzada posteriormente con la decisión adoptada en el caso *Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei*,¹⁵ en el cual la Suprema Corte reiteró que el derecho de un extranjero a ingresar a Estados Unidos depende de la voluntad legislativa, y que los tribunales no pueden sustituir el mandato legislativo por su juicio.

En opinión de Thomas Alexander Aleinikoff, con las decisiones en los casos *Knauff* y *Mezei*, la Suprema Corte envió un mensaje en el sentido de que el Ejecutivo es libre para tratar a los extranjeros en los puertos de entrada, de conformidad con el procedimiento autorizado por el Congreso. Explica este enfoque como algo razonable en función del gran número de extranjeros en las entradas, el costo de los procesos y la dificultad de vigilar decenas de miles de millas de fronteras terrestres y marítimas.¹⁶

En cada puerto de entrada a Estados Unidos, los extranjeros se encuentran sujetos a la calificación de “admisibilidad” por parte de las autoridades migratorias; si la autoridad migratoria determina que la persona no es admisible, el solicitante tiene la facultad de retirar su solicitud de admisión a Estados Unidos o, bien, de pedir que su caso se haga del conocimiento de un juez de inmigración.¹⁷ Bajo ciertas condiciones, los casos pueden ser apelados ante la Junta de Apelaciones de Inmigración y ante los tribunales federales

dentro de los límites territoriales de Estados Unidos, es decir una presencia física, más (2) la inspección o la admisión del oficial de inmigración, o en su lugar (3) una evasión intencional y real de la inspección que debiera ser realizada por el punto de inspección más cercano, conjuntamente con (4) una libertad de restricción (*Junta de Apelaciones de Inmigración, 1982 Interim Dec. No. 2900*).

¹⁴ Véase la nota 7 *supra* y texto que acompaña.

¹⁵ Suprema Corte de Estados Unidos, 1953. 345 U.S. 206, 73 S. Ct. 625, 97 L. Ed. 956.

¹⁶ Thomas Alexander Aleinikoff, “Aliens, due Process and ‘Community Ties’: A Response to Martin”, en *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 44, 1983, p. 237.

¹⁷ También conocido como *special inquiry officer*. Es un funcionario administrativo que, sin embargo, goza de facultades jurisdiccionales con independencia del SIN.

mediante el recurso de *habeas corpus*.¹⁸ Los extranjeros son “excluíbles” si se encuentran en alguna de las 33 hipótesis contempladas en la sección 212 (a) de la Ley de 1996.

La nueva legislación otorgó al SIN la facultad irrestricta de ordenar la salida de un extranjero, bajo el proceso de “remoción expedita”, si el inspector determina que el extranjero no es admisible porque no cuenta con la documentación adecuada, o porque presenta documentación falsa.¹⁹ En este último caso, el extranjero no está facultado para apelar la decisión del inspector y debe abandonar inmediatamente su intención de ingresar al país.²⁰ El *habeas corpus* es el único recurso que la nueva legislación permite para que un tribunal federal revise la decisión administrativa de remoción expedita, el cual se encuentra disponible sólo para los extranjeros que puedan probar haber sido admitidos legalmente para la residencia permanente.²¹

Evidentemente, la constitucionalidad de la remoción expedita será cuestionada ante los tribunales federales a la luz de la garantía del debido proceso, ya que elimina la garantía de audiencia en los casos en los cuales se aplica. A reserva de abundar más adelante en otras características de esta figura, valga señalar que la introducción de la remoción expedita redujo las garantías procedimentales de que gozaban los extranjeros en los puntos de entrada antes de la puesta en vigor de la nueva legislación migratoria. El campo de discrecionalidad otorgado al inspector del SIN se amplió en la determinación de admisibilidad, dejando a su juicio la evaluación de si una persona cuenta o no con la documentación adecuada, con el consecuente peligro de incurrir en equivocaciones y causando un grave daño para el afectado.

Si una persona ha realizado una “entrada” a Estados Unidos, la esfera de garantías procedimentales con las cuales cuenta es mayor, ya que la protección constitucional ha sido reconocida de manera generalizada a todos los extranjeros que pueden probar su estancia legal en el país. En el caso *Bridges v. Wixon*, el juez Murphy señaló que

... una vez que un extranjero entra legalmente y reside en este país se encuentra investido de los derechos que otorga la Constitución a todas las personas dentro de sus fronteras. Tales

¹⁸ *Habeas corpus* es el nombre dado a una variedad de recursos cuyo objeto es llevar a una parte ante un tribunal o un juez. El propósito del recurso no es determinar la culpabilidad o inocencia, sino establecer si un detenido ha sido privado de su libertad en detrimento del debido proceso. Ver *Black's Law Dictionary*, St. Paul, Minn., 1990, p. 709.

¹⁹ Sección 302 de la Ley de 1996, Sección 235 (b)(1) de la LIN. Véanse las excepciones a esta figura en la nota 25 *infra*.

²⁰ Sección 306 (a)(2) de la Ley de 1996, Sección 242 (a)(2)(A)(i) de la LIN.

²¹ Sección 306 (a)(2) de la Ley de 1996, Sección 242 (e)(1) y (2) de la LIN.

derechos incluyen aquéllos consagrados en la Primera y la Quinta Enmiendas y en la cláusula del debido proceso de la Decimocuarta Enmienda. Ninguna de estas disposiciones reconoce una distinción entre los ciudadanos y los extranjeros residentes; extienden sus privilegios inalienables a todas las personas y protegen en contra de cualquier invasión de esos derechos por autoridad estatal o federal.²²

En el caso de los extranjeros indocumentados, la protección de las distintas disposiciones de la Constitución ha sido desarrollada de forma gradual y casuística a través del proceso legislativo de creación de normas y por el derecho jurisprudencial. Los tribunales han reconocido que, independientemente de su situación migratoria, los extranjeros pueden presentar reclamaciones constitucionales por privaciones de la libertad o la propiedad; asimismo, se ha reconocido que los extranjeros enjuiciados penalmente gozan de todos los derechos constitucionales (*Wong Wing v. United States* y *United States v. Henry*). La Suprema Corte ha reconocido, incluso, que aun los no residentes se encuentran protegidos por la Quinta Enmienda en contra de confiscaciones (*Russian Volunteer Fleet v. United States*); en el caso *Plyler v. Dole*, indicó expresamente que las cláusulas de “debido proceso” y de “igual protección de las leyes” de la Decimocuarta Enmienda benefician a los extranjeros ya que se trata de “personas” en toda la extensión de la palabra, sin importar su situación migratoria.

Desde la adopción de la decisión en el caso *Yamataya v. Fisher*,²³ la Suprema Corte decidió que los procesos de deportación deben sujetarse a los dictados de la cláusula de “debido proceso” de la Constitución. En caso de proceso de deportación, dicha cláusula asegura a todo extranjero los siguientes derechos: ser asesorado por un abogado o por la persona de su elección, sin costo para el gobierno; que el proceso de deportación sea hecho del conocimiento de un juez de inmigración, autoridad administrativa independiente con facultades jurisdiccionales; que se le informen sus derechos una vez que se haya decidido procesarlo; que las declaraciones involuntarias que haya pronunciado sean excluidas del proceso; que las decisiones que lo afecten puedan ser revisadas por órganos administrativos o judiciales federales, de acuerdo con las modalidades aplicables.

Las garantías procedimentales en los procesos de deportación son más limitadas que las que se otorgan en los procesos penales ya que, en estos últimos, el derecho jurisprudencial estadounidense ha sido particularmente prolijo. Existe, en efecto, una diferencia de grado en cuanto a la naturaleza de los procesos: las personas sujetas a deportación no han cometido una falta que

²² 326 U.S. 135, 161-162, 65 S. Ct. 1443, 1455-56, 89 L. Ed. 2103 (1945).

²³ Suprema Corte de Estados Unidos, 1903. 189 U.S. 86, 23 S.Ct. 611, 47 L. Ed. 721.

amerite pena corporal (es decir, un delito), sino que se encuentran bajo el escrutinio de las leyes y reglamentos migratorios. En el caso *INS v. Lopez-Mendoza*, la Suprema Corte indicó que “una audiencia de deportación tiene como fin proporcionar una determinación simplificada de la elegibilidad para permanecer en este país, nada más. El propósito de la deportación no es castigar transgresiones anteriores sino más bien poner un fin a una violación continua de leyes migratorias.”²⁴

En conclusión, mientras que la exclusión descansa mayormente en el procedimiento establecido por el Congreso, los sujetos a procesos de deportación gozan de la protección del “debido proceso” establecido por la Quinta Enmienda.

La “remoción expedita”

La nueva legislación migratoria introdujo la figura de la “remoción expedita” (*expedited removal*) en los procedimientos de exclusión y en los de deportación.²⁵ La característica principal de esta figura es la eliminación del derecho a audiencia, o de revisión judicial, de la decisión administrativa del SIN por la que se ordene la salida de un extranjero, ya sea del puerto de entrada o del interior del país, aun cuando hubiera realizado una “entrada”, en los casos así previstos por la legislación en vigor y que se analizan a continuación. Como ya se ha apuntado, la remoción expedita significa un retroceso en la garantía de debido proceso, dentro del alcance ya reconocido por el derecho jurisprudencial.²⁶

²⁴ 104 S.Ct. 3479, L.Ed. 2d 778 (1984).

²⁵ La legislación contempla dos casos de excepción. El primero es cuando las personas indiquen en el puerto de entrada su intención de solicitar asilo o manifiesten un temor de persecución, por lo que podrían estar exentas de la “remoción expedita”. A tal efecto, los inspectores deben turnar al solicitante bajo esta categoría a un oficial de asilo, a fin de que se realice una “entrevista de asilo” en la cual se determinará si existe un “temor creíble” para que, permaneciendo detenido, se inicie el proceso de asilo (sección 302 (b)(1)(A)(i) de la Ley de 1996 y sección 235 (b)(1)(F) de la LIN). En segundo lugar, de acuerdo con la ley, no se aplicará la remoción expedita a los extranjeros que sean “nacionales de un país en el hemisferio occidental con cuyo gobierno Estados Unidos no mantenga relaciones diplomáticas y llegue por avión a un puerto de entrada”. Evidentemente, la disposición aplica a los nacionales de Cuba (sección 302 (b)(1)(F) de la Ley de 1996 y sección 235 (b)(1)(F) de la LIN).

²⁶ Cabe indicar que la LIN contempla en su sección 235 (c), desde 1952, la exclusión sin derecho a audiencia cuando el Procurador General de Estados Unidos (*Attorney General*) actúe sobre la base de “información de naturaleza confidencial, cuya divulgación sería lesiva al interés público o la seguridad”. Esta disposición de aplicación sumamente discrecional, sin embargo, rara vez es implementada.

La remoción expedita se aplicará en los puertos de entrada cuando el inspector del SIN determine que un extranjero no es admisible debido a que no cuenta con visa o documentos válidos, o porque posee visa o documentos falsos.²⁷ La legislación también contempla la remoción expedita para aquellos extranjeros que ingresaron sin inspección y que no puedan probar que han vivido en Estados Unidos por lo menos dos años antes de ser detenidos.²⁸ Esta última disposición es particularmente grave para los trabajadores mexicanos; los inmigrantes indocumentados que no pudieran probar que han vivido en Estados Unidos durante ese periodo se verían afectados de manera inmediata.

De acuerdo con la nueva legislación, una vez que el SIN haya emitido una orden de remoción expedita, el extranjero será inmediatamente retirado por el medio por el cual hubiera llegado al puerto de entrada, sin tener acceso a un juez de inmigración. Los extranjeros afectados por una orden de ese tipo no podrán regresar a Estados Unidos durante un periodo de cinco años y, en caso de que busquen reingresar o sean detenidos en su interior, estarán sujetos al mismo procedimiento con el agravante de que tendrán una prohibición de reingresar durante 20 años.²⁹ Es claro que la remoción expedita, más allá de estas penas, crea un temor inmediato entre los inmigrantes, toda vez que en el momento de ser detenidos, ante la imposibilidad de convencer al inspector sobre su estancia legal en Estados Unidos, no tendrían mayor recurso y serían removidos del país en forma inmediata.

La remoción expedita permite una revisión judicial muy limitada. Expresamente, la nueva ley eliminó la jurisdicción de cualquier tribunal para revisar cualquier acción relacionada con la instrumentación de una orden de remoción expedita; cualquier decisión del procurador general de Estados Unidos (*attorney general*) de invocar la remoción expedita; la aplicación de una orden de remoción expedita, incluyendo la determinación de “temor creíble” en los casos de asilo; y, cualquier procedimiento o política adoptada por el procurador general en materia de asilo en los casos bajo orden de remoción.³⁰

Bajo circunstancias limitadas, la ley permite la presentación de un recurso de *habeas corpus* para los residentes permanentes, asilados o refugiados a quienes se haya dictado una orden de remoción expedita. Dicho recurso tendría como único propósito determinar que se trata de un extranjero, que se ordenó una remoción expedita y que el solicitante puede presentar a la autoridad

²⁷ Sección 302 (b)(1)(A)(i) de la Ley de 1996, sección 212 (a)(6)(C) y (a)(7) de la LIN.

²⁸ Sección 302 (b)(1)(A)(iii) de la Ley de 1996, sección 235 (b)(1)(A)(iii) de la LIN.

²⁹ Sección 301 (b) (1) de la Ley de 1996, sección 212 (a)(9)(A)(i) de la LIN.

³⁰ Sección 306 (a)(2) de la Ley de 1996, sección 242 (a)(2)(A) de la LIN.

mayores pruebas de que es un residente permanente legal.³¹ Por lo tanto, el tribunal que conozca del caso no será competente para juzgar sobre la admisibilidad del solicitante o si tiene derecho a algún tipo de reparación; sólo podrá ordenar que se le otorgue una audiencia en los términos de la sección 240 de la Ley de Inmigración y Naturalización (LIN).

Ante el sombrío panorama que presenta la nueva figura de la remoción expedita, la única buena noticia es que la propia ley contempla que, tratándose de la remoción de extranjeros que entraron sin inspección, el procurador general de Estados Unidos goza de discrecionalidad para determinar cuándo y en dónde aplica dicho procedimiento a este grupo de inmigrantes, con la posibilidad de modificar su política en cualquier momento.³²

La aplicación de esta disposición representa serios problemas para las autoridades migratorias, a nivel de opinión pública al igual que en su instrumentación práctica: inspectores en el terreno, capacidad de los centros de detención, transportación a la frontera, entre otros. En efecto, el SIN cuenta con recursos limitados tanto en su capacidad de detención como de deportación, por lo que necesitaría aumentarse su capacidad logística para poder llevar a la práctica esta disposición. El SIN ha anunciado que, inicialmente, la remoción expedita será aplicada únicamente a extranjeros en los puertos de entrada y no a aquellos detenidos en el interior del país.³³

Algunos analistas estiman que quizá la disposición no sea aplicada durante la administración del presidente Clinton y que, eventualmente, la medida será derogada una vez que haya pasado la euforia electoral en la cual se creó.³⁴ No obstante, la posibilidad jurídica de su aplicación existe; la autoridad podrá ponerla en práctica en el caso de una “emergencia nacional”, como lo permiten las disposiciones en vigor.

Como aquí se ha sostenido, la constitucionalidad de la remoción expedita puede ser cuestionada, ya que la medida modifica sustancialmente el concepto del debido proceso, reconocido por las decisiones de la Suprema Corte en la materia. Además, a pesar de que la nueva legislación unificó los procedimientos de exclusión y deportación en uno único denominado “remoción”, un extranjero puede encontrarse sujeto a la “inadmisibilidad” o a la “deportación”, según el lugar donde se realice el encuentro con la autoridad migratoria. Se entiende, por

³¹ Sección 306(a)(2) de la Ley de 1996, sección 242(e)(1) y (2) de la LIN.

³² Sección 302(a) de la Ley de 1996, sección 235(b)(1)(A)(iii)(I) de la LIN.

³³ SIN, Boletín de prensa del 24 de marzo de 1997.

³⁴ Daniel C. Horne, “Summary Exclusion/Expedited Removal”, en R. Patrick Murphy (ed.), *Introducing the 1996 Immigration Reform Act*, Washington, D.C., American Immigration Lawyers Association, 1996, p. 40.

lo tanto, que debe conservarse el concepto de “entrada” a fin de determinar el estándar de debido proceso al cual estaría sujeto un extranjero en detención, según se encontrara en el puerto de entrada o en el interior del país.

Para efectos de las garantías reconocidas a los extranjeros, la figura de la remoción expedita modificó el alcance del debido proceso en las dos instancias en las que se aplica. Por un lado, las personas que sean consideradas “inadmisibles” verán severamente limitada la posibilidad de recurrir a la revisión judicial de una orden de remoción. Por otra parte, la sujeción al procedimiento de remoción expedita de los inmigrantes que ya se encuentran en el interior del país y que han residido menos de dos años significa una derogación absoluta de las garantías procedimentales de que gozaban antes de la entrada en vigor de la nueva legislación migratoria. El riesgo al cual se encontrarían sometidas las personas bajo esta hipótesis es mayor. No solamente la autoridad migratoria podría incurrir en errores, expulsando del país de manera injusta a un inmigrante, sino que, una vez fuera de Estados Unidos, el afectado no contaría con ningún recurso para revertir la decisión administrativa. El breve espacio que teóricamente habría entre el momento de la detención y la remoción dejaría pocas posibilidades reales para que el detenido fuera defendido por un abogado o funcionario consular.

Defensa en contra de la remoción expedita

Se estima que, a pesar de la falta de recursos judiciales, la constitucionalidad de la remoción expedita podría ser cuestionada ante los tribunales. Tomando en cuenta la doctrina *Knauff-Mezei*, las posibilidades de lograr una declaración de inconstitucionalidad de la remoción expedita en los puertos de entrada en los casos de personas consideradas inadmisibles son remotas. Como ya se ha analizado, la Suprema Corte ha sostenido la legalidad de los procedimientos establecidos legislativamente para la exclusión de extranjeros en los puertos de entrada. Por otra parte, la disposición de la nueva legislación por la cual se ordena remover al extranjero de la puerta de entrada por la vía más expedita haría imposible, desde un punto de vista práctico, que un extranjero iniciara un litigio constitucional bajo este supuesto.

La denegación de recursos para el extranjero que ya se encuentra en el interior del país y es sometido a una orden de remoción expedita estaría sujeta a un mayor escrutinio. Los casos examinados anteriormente permitieron ver la existencia de un derecho jurisprudencial consolidado por el cual se reconoció el pleno ejercicio de la garantía del debido proceso para aquellas personas que hubieran realizado una “entrada”. Mientras no se modifiquen los estándares que determinan cuándo se ha realizado una “entrada”, no sería posible equiparar a

los inmigrantes que se encuentran en el interior del país y tienen un residencia menor de dos años con aquellas personas que se encuentran en los puertos de entrada y solicitan la admisibilidad por parte de las autoridades migratorias.

En los litigios constitucionales que eventualmente se inicien en contra de la remoción expedita, convendría tener presente la opinión disidente de los jueces Jackson y Frankfurter en el caso *Knauff v. Shaughnessy*,³⁵ en la cual distinguieron el debido proceso sustantivo del debido proceso adjetivo en los casos de detención. Explicaron entonces que la exclusión de un extranjero sin garantía de audiencia podría ser consistente con el debido proceso, siempre y cuando hubiese justicia procedimental; es decir, que existiera un mínimo de garantías procedimentales.

Por otra parte, no debe olvidarse que, en el caso *Landon v. Plasencia*,³⁶ la Suprema Corte reconoció el derecho a un debido proceso total a los residentes permanentes. En opinión separada, el juez Marshall hizo énfasis en que únicamente la existencia de una necesidad apremiante podría dar lugar a una acción sumaria. Por tanto, a la luz de la doctrina existente, podría llegar a estimarse que el recurso de *habeas corpus* a disposición de los residentes permanentes puede ser insuficiente para garantizar el debido proceso y, por lo tanto, inconstitucional, en la medida en que se exige al afectado un estándar muy alto —mayores pruebas que las presentadas por la autoridad para acreditar su residencia permanente— a fin de poder tener derecho a una audiencia.

No debe tampoco menospreciarse el hecho de que la Ley de 1996 contempló la posibilidad de presentar demandas de inconstitucionalidad en contra de la sección 302 (b), y de los reglamentos por los cuales se le instrumente, dentro de los 60 días siguientes a la fecha en la que la disposición o el procedimiento cuestionado sea aplicado por primera vez.³⁷ Si bien la remoción expedita se encuentra suspendida para el caso de extranjeros en el interior del país, esta posibilidad es una vía por demás útil para cuestionar la constitucionalidad de la medida en cuanto se intentara ponerla en práctica por vez primera. Sin embargo, es claro que ésta es una vía limitada; dadas las estipulaciones de la ley, las posibilidades de cuestionar la constitucionalidad en casos concretos son difíciles, toda vez que la rapidez con que pudiera darse una remoción no permitiría la pronta interposición de un recurso.

³⁵ *Ibid.* Nota 7 *supra*.

³⁶ Suprema Corte de Estados Unidos, 1982. 459 U.S. 21, 103 S. Ct. 321, 74 L. Ed. 2d 21.

³⁷ Sección 306 (a)(2) de la Ley de 1996, sección 242 (e)(3)(A) y (B) de la LIN.

Otras limitaciones a la revisión judicial

La nueva legislación migratoria introdujo otras limitaciones a la revisión judicial que es preciso revisar, así sea de manera somera. Se han establecido límites a la revisión judicial de las negativas discrecionales a la suspensión de remoción y de las órdenes de remoción de delincuentes. De éstas, sobresalen las primeras ya que esto podría afectar las decisiones que las autoridades migratorias emitan respecto de inmigrantes indocumentados cuya situación dependa de una decisión discrecional.

Específicamente, la nueva legislación eliminó la posibilidad de la revisión judicial de las decisiones administrativas ejecutadas en ejercicio de facultades discrecionales, en relación con algunos de los actos mencionados a continuación,³⁸ así como de cualquier otra decisión o acción que esté dentro de la discrecionalidad del procurador general, salvo en los casos de asilo:³⁹

1. Inadmisibilidad por haber cometido ciertos delitos menores.⁴⁰
2. Inadmisibilidad de ciertos familiares de ciudadanos estadounidenses y residentes permanentes por haber presentado documentos falsos en el puerto de entrada.⁴¹
3. Suspensión de deportación por contar con más de 10 años de residencia continua y cumplir otros requisitos establecidos por la ley para tal efecto.⁴²
4. Salida voluntaria.⁴³
5. Regularización del *status* de personas que ya hayan sido admitidas como residentes permanentes.⁴⁴

La discrecionalidad de la autoridad migratoria en los casos anteriores es, por lo tanto, amplísima; deja al afectado sin posibilidad de tener acceso a los tribunales para pedir la revisión de un acto que, no obstante las facultades de la

³⁸ Sección 306 (a) (2) de la Ley de 1996, sección 242 (a)(2)(B)(i) de la LIN.

³⁹ *Ibid.* Ley de 1996, sección 242 (a)(2)(B)(ii).

⁴⁰ Sección 212 (h) de la LIN.

⁴¹ Sección 212 (i) de la LIN.

⁴² Véase nota 7 *supra*. Sección 240 A de la LIN.

⁴³ Sección 240 B de la LIN.

⁴⁴ Sección 245 de la LIN.

autoridad para realizarlo, sea claramente arbitrario. Si bien cada uno de los actos enunciados resulta relevante para la persona que se encuentre dentro de esa determinada hipótesis, quien se ve más afectado es, tal vez, aquel que ha sido considerado sujeto a deportación, y que, por lo mismo, se le niega una salida voluntaria. La salida voluntaria es uno de los pocos recursos con los cuales cuentan los inmigrantes indocumentados para evitar la deportación. Les permite regresar a su país de origen sin contar en su expediente con un antecedente de deportación que dificulte su reingreso a Estados Unidos.

La disposición aquí comentada, cuya constitucionalidad podría ser teóricamente cuestionada ante los tribunales federales como violatoria de la garantía del debido proceso, presenta una dificultad adicional. Se ha establecido que, salvo la facultad de otorgar la revisión judicial de las órdenes de deportación expresamente prevista en la sección 242 de la LIN, ningún tribunal tendrá competencia para conocer de casos relacionados con decisiones de la autoridad migratoria para iniciar procedimientos, fallar casos o ejecutar órdenes de deportación.⁴⁵

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la nueva legislación redujo, a la exclusiva competencia de la Suprema Corte de Estados Unidos, el recurso de suspensión de acto de autoridad (*injunctive relief*) en los casos de inspección, admisibilidad, remoción y remoción expedita.⁴⁶ La ley en vigor prohíbe a los tribunales conocer de cualquier orden de remoción, a menos que el extranjero demuestre con “evidencia clara y convincente” que la orden se encuentra prohibida por la ley.⁴⁷

Las anteriores limitaciones de acceso a los tribunales por los inmigrantes harán aún más difícil la posibilidad de poder someter los casos a un examen de constitucionalidad.

La LIN y la garantía de legalidad en las inspecciones en los centros de trabajo

La Cuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos prohíbe cateos, detenciones y confiscaciones injustificados en las personas, sus casas, papeles y efectos, sin que medie una orden judicial basada en causa probable.

⁴⁵ Sección 306(a)(2) de la Ley de 1996, sección 242(g) de la LIN.

⁴⁶ Actos contemplados dentro del Capítulo 4 del Título II de la LIN. Sección 306(a)(2) de la Ley de 1996.

⁴⁷ Sección 306(a)(2) de la Ley de 1996, sección 242(f)(2) de la LIN.

Esta disposición entra en juego en las inspecciones que realizan los inspectores del SIN en los centros de trabajo cuando tienen conocimiento de la existencia de personas que no cuentan con documentos de residencia o de trabajo. Las inspecciones en los centros de trabajo son una de las medidas frecuentemente realizadas por el SIN para verificar el cumplimiento de las disposiciones que prohíben la contratación de trabajadores indocumentados. Para estos últimos, esas acciones representan una amenaza latente en su vida diaria.

En efecto, cabe preguntarse en qué medida el encuentro con la autoridad migratoria, el interrogatorio que ésta efectúa y la eventual detención resultante se realizan de conformidad con la Cuarta Enmienda, independientemente de la protección de que pudiera gozar el empleador en los locales de su propiedad.

La LIN ha establecido el procedimiento a seguir en las detenciones. Su sección 287(a) establece la facultad de cualquier agente del SIN de detener a un extranjero, si tiene “razón para creer” que el extranjero se encuentra en Estados Unidos en violación de alguna disposición migratoria y es “probable” que escape antes de que una orden pueda obtenerse.

La Suprema Corte de Estados Unidos ha considerado constitucional esta disposición, siempre y cuando se ajuste a las restricciones y requerimientos de la Cuarta Enmienda. Sin embargo, desde hace algunos años, la Corte ha adoptado un criterio más laxo en la consideración de cuándo se dan por cumplidos esos requisitos. El caso: *Immigration and Naturalization Service et al. v. Herman Delgado et al.*,⁴⁸ sentó precedentes que continúan vigentes para la realización de detenciones en los centros de trabajo. En ese caso, la Suprema Corte tuvo que dar respuesta a la pregunta de si las inspecciones del SIN en los centros de trabajo constituían una “confiscación” de la totalidad de la fuerza de trabajo y si el interrogatorio a los trabajadores significaba una detención para los propósitos de la Cuarta Enmienda. La pregunta surgía toda vez que las inspecciones se realizaron mediante el despliegue de agentes en el interior de la fábrica objeto del caso al igual que en las puertas de salida, como si la autoridad hubiera tomado posesión del edificio. El máximo tribunal respondió negativamente estos cuestionamientos.

En una apretada síntesis, se podría decir que la Suprema Corte estableció en ese caso que el simple interrogatorio de la autoridad no es una detención para fines de la Cuarta Enmienda, a menos que el encuentro sea tan intimidante que se pudiera demostrar que, en tal caso, cualquier persona habría creído que no era libre para dejar el lugar si no hubiera respondido. La Corte sostuvo tácitamente la legalidad de las detenciones de aquellas personas sobre las cuales

⁴⁸ Suprema Corte de Estados Unidos, 1984. 466 U.S. 210, 104 S. Ct. 1758.

la autoridad considera tener una “causa probable” para sospechar que se encuentran “ilegalmente” en la fábrica. Aquellos que se encuentran “ilegalmente” en las fábricas no tienen razón para creer que están detenidos si contestan las preguntas con la verdad o simplemente se niegan a contestar. Para quienes se niegan a contestar a la autoridad, el estándar usado por la Corte establece “un nivel mínimo de justificación objetiva” para convalidar la detención o la confiscación.

El caso distingue entre la protección de que gozan quienes se encuentran “legalmente” en una fábrica y la de quienes están ahí de manera “ilegal”. Para los primeros, la Corte establece que los derechos consagrados en la Cuarta Enmienda estarán protegidos en la medida en que el encuentro con la autoridad no sea tan intimidatorio como para hacer sentir al interrogado que se encuentra detenido. Para los segundos, basta que la autoridad pruebe una “causa probable” para establecer que existe “un nivel mínimo de justificación objetiva” para la detención. Este criterio tan deferente para la autoridad le permite una gran discrecionalidad en la detención, ya que un simple titubeo, el nerviosismo o la negativa a contestar daría a la autoridad migratoria la suficiente justificación para determinar que existe “causa probable” de que una persona se encuentre en forma indocumentada en Estados Unidos y, en consecuencia, pueda proceder a la detención. Ya que como “causa probable” entra prácticamente una gama amplia de manifestaciones de que una persona es extranjera, la Corte ha endosado el interrogatorio y la detención de quien a juicio del agente del SIN es una persona indocumentada.

El reto de los litigantes en un futuro sería tratar de revertir el estándar discrecional otorgado por la Suprema Corte. Una base a seguir estaría en el criterio adoptado por el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito, cuya decisión, en el caso *Immigration and Naturalization Service et al. v. Herman Delgado et al.*,⁴⁹ quedó revocada por la Suprema Corte. El Tribunal de Apelaciones determinó que “una sospecha razonable o causa probable para creer que un número de extranjeros ‘ilegales’ se encuentran trabajando en una fábrica es insuficiente para justificar el interrogatorio a algún empleado”.

La realidad parece indicar que muy difícilmente la Suprema Corte exigiría a las autoridades que utilizaran un estándar más estricto que la mera “causa probable” para proceder a una detención. El estado actual del derecho jurisprudencial somete a una mayor vulnerabilidad al indocumentado y a todo aquel que a la autoridad pudiera parecer, por su apariencia física, un extranjero indocumentado.

⁴⁹ 681 F.2d 624.

Acciones para evitar que los oficiales de policía se conviertan en coadyuvantes de la autoridad migratoria

La Ley de reforma a la asistencia pública introdujo diversas disposiciones de orden migratorio. En particular, la sección 434 estipuló que “no obstante lo que establezcan otras disposiciones de leyes federales, estatales o locales, a ninguna entidad estatal o local se le puede prohibir enviar o recibir información del SIN relacionada con el *status* migratorio, legal o ilegal de un extranjero en Estados Unidos”.

La sección 642 de la Ley de 1996 estableció una disposición idéntica. Adicionalmente, permitió la posibilidad de las autoridades locales de mantener e intercambiar información sobre el *status* migratorio de los extranjeros. El SIN, por su parte, tiene la obligación de responder a las preguntas que le formulen las autoridades federales, estatales o locales, sobre asuntos migratorios.

Dichas disposiciones tendrían el efecto práctico de derogar diversas ordenanzas administrativas de las autoridades municipales, por virtud de las cuales se prohíbe a los funcionarios municipales solicitar información sobre el *status* migratorio de las personas a las cuales se prestan servicios públicos, o bien remitir información migratoria al SIN de los extranjeros que atienden.

Por ejemplo, en agosto de 1989, el entonces alcalde de Nueva York, Edward Koch, adoptó la Orden Ejecutiva 124, la cual prohibió a las autoridades municipales que proporcionaran la información antes mencionada con el fin de lograr que aun los extranjeros indocumentados pudieran contribuir a la seguridad y a la salud pública, sin temor de ser enviados a las autoridades migratorias. La Orden Ejecutiva 124 ha sido la mejor protección legal otorgada en dicha ciudad a los extranjeros indocumentados, ya que les ha permitido el acceso a todos los servicios municipales, sin ser discriminados por su situación migratoria. Las disposiciones de la Ley de reforma a la asistencia pública y la Ley de 1996 derogarían la Orden Ejecutiva 124.

El mayor temor entre los inmigrantes es que al derogarse la Orden Ejecutiva 124, los oficiales de policía se conviertan en coadyuvantes de la autoridad migratoria y efectúen detenciones de personas indocumentadas, independientemente de su relación con la comisión de algún delito o falta administrativa. De suceder tal hecho, las personas vivirían un temor constante al encontrarse con algún oficial de policía. Para las autoridades municipales, la derogación de la Orden Ejecutiva 124 afectaría el curso normal de la labor de la policía en la investigación de delitos, ya que las personas indocumentadas no reportarían los crímenes de que fueran objeto o no participarían como testigos. Para las ciudades de gran población de inmigrantes, la vigencia de disposiciones municipales como la Orden Ejecutiva 124 resulta fundamental para

mantener protegidos a los inmigrantes de actos de autoridad que afecten su *status* migratorio.

En tal virtud, el actual alcalde de Nueva York, Rudolph W. Giuliani, presentó en octubre de 1996 una demanda en contra de la procuradora general, Janet Reno, ante el tribunal federal de primera instancia del Distrito Sur de Nueva York, por considerar que las citadas disposiciones violan la Décima Enmienda. Esta disposición constitucional establece que los poderes no delegados a Estados Unidos por la Constitución, como tampoco prohibidos a los estados, se encuentran reservados a los estados, o al pueblo. El fundamento de su demanda reside en que, de derogarse la Orden Ejecutiva 124, se privaría a la ciudad de su facultad soberana de adoptar leyes municipales a fin de asegurar la efectividad y la integridad de las operaciones del gobierno de la ciudad, como lo establece su propia carta constitutiva.

Resulta interesante que la demanda del alcalde Giuliani haya sido fundamentada en una violación a la Décima Enmienda, en lugar de buscar un fundamento en otra disposición constitucional de la cual se pudiera derivar un reconocimiento a los derechos de los inmigrantes, aparte de su calidad migratoria, como pudo haber sido la garantía de “debido proceso de la Quinta Enmienda” o la garantía de “igual protección de la las leyes” de la Decimocuarta Enmienda. La orientación que se imprimió a la demanda podría hacer que los tribunales únicamente entraran a considerar cuestiones de división de competencias entre la Federación y los estados, sin examinar el alcance de la protección constitucional de los inmigrantes.

El 18 de julio de 1997, el juez John G. Koeltl falló en favor de la constitucionalidad de la sección 434 de la Ley de reforma a la asistencia pública y de la sección 642 de la Ley de 1996, al derogar técnicamente la Orden Ejecutiva 124. El alcalde de Nueva York ha manifestado que, a pesar del fallo en su contra, la ciudad interpretará muy estrechamente la decisión del juez Koeltl. En ese sentido, ha indicado que la legislación federal no requiere a los empleados municipales que reporten a los inmigrantes indocumentados, aunque les permite hacerlo si así lo deciden. Por lo tanto, no se ordenará a los empleados municipales, incluyendo a la policía, que envíen a los inmigrantes indocumentados al SIN como parte de una política de prestación de servicios municipales. El alcalde también ha indicado que apelará la decisión del juez hasta llegar a la Suprema Corte de Justicia.⁵⁰

⁵⁰ *The New York Times*, 19 de julio de 1997, p. 21.

Conclusión

Al lado del reconocimiento de que los inmigrantes se encuentran plenamente protegidos por las garantías constitucionales, independientemente de su situación migratoria, el análisis del derecho jurisprudencial y la legislación migratoria muestra también que existen limitaciones al ejercicio de esos derechos.

La Ley de 1996 presenta diversos aspectos que tendrán que ser litigados en las cortes constitucionales. En particular, resalta la disminución de la protección de la garantía del debido proceso en el caso de la remoción expedita, y la derogación de la revisión judicial de diversas decisiones del SIN. La Ley de 1996 otorgó al SIN una mayor discrecionalidad en sus funciones; ahora se precisa que los tribunales establezcan parámetros para evitar que esa discrecionalidad se convierta en un ejercicio arbitrario de la autoridad pública.

A través del litigio constitucional podrá ampliarse la esfera de derechos constitucionales de los inmigrantes y, particularmente, del grupo más vulnerable: los trabajadores indocumentados.
