

Mitos y realidades: la nula protección de los derechos humanos del indocumentado en la Constitución de los Estados Unidos de América

*Myth and realities: the lack of human rights protection
for undocumented alien in the United States
Constitution*

Guillermina Magallón*

RDP

RESUMEN

La autora presenta un resumen jurídico sobre el estado actual en que se encuentra el Programa Migratorio de Acción Diferida para Menores, conocido como DACA o “Soñadores”. Comenta las batallas que se están llevando en el Poder Ejecutivo, Legislativo y judicial para modificar o terminar este programa; expone brevemente la interpretación por el sistema judicial del gobierno de los Estados Unidos. La autora elabora sobre la cuarta, quinta y decimatercera enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos, al no reconocer al indocumentado la calidad de “persona”, y el total desconocimiento a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, cuando se relaciona con los indocumentados.

PALABRAS CLAVE: Programa DACA, Soñadores, cuarta, quinta y decimatercera enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de América, derechos humanos, indocumentado.

* Licenciada en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y doctora en jurisprudencia por la South Texas College of Law; miembro de la Barra Mexicana de Abogados y miembro de las barras de abogados de Texas y Washington, D. C.; socia de la firma Magallón & Sklar, L. L. P. en Houston, Texas.

GUILLERMINA MAGALLÓN

ABSTRACT

The author has prepared a legal summary of the status of the Deferred Action for Childhood Arrivals program (DACA) or “Dreamers”. She comments on the battles that are being fought among the executive, legislative and judicial branches of the United States government to modify or eliminate the program. The author briefly explains the legal interpretation offered by the judicial branch of the United States government of the Fourth, Fifth and Thirteenth Amendments of the United States Constitution in denying the undocumented alien the status of a “person” and the total disregard of the Vienna Convention on Consular Relations, as it relates to undocumented alien.

KEY WORDS: DACA Program, Dreamers, fourth, fifth and thirteenth amendments of the Constitution of the United States of America, human rights, undocumented alien.

Sumario

1. Introducción.
2. Algunas alusiones de los derechos humanos del indocumentado en la Constitución de Estados Unidos de América.
3. El Poder Ejecutivo frente al programa Migratorio de Acción Diferida para Menores.
4. El Poder Legislativo frente al programa Migratorio de Acción Diferida para Menores.
5. El Poder Judicial frente al programa Migratorio de Acción Diferida para Menores.
6. Ausencia de protección constitucional para el indocumentado.
 - A. La cuarta enmienda constitucional.
 - B. La quinta enmienda constitucional.
 - C. La decimotercera enmienda constitucional.
7. La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.
8. Conclusión.

1. Introducción

El sueño que alimentó a uno de los hombres más grandes de la historia de los Estados Unidos como lo fue el presidente Abraham Lincoln,

quien luchó para que la protección de la ley fuera para todos, sin importar la raza, el color, el credo o el origen, está hoy quedando en el olvido. Estamos iniciando una nueva era con Donald Trump, y su política contra México y los mexicanos indocumentados es feroz.

Los robos, asaltos, hostigamientos, abusos sexuales, homicidios, discriminación, deportaciones masivas, forzosos desmembramientos familiares sufridos a diario por los hombres, mujeres y niños que cruzan la frontera norteamericana en busca de trabajo, han aumentado escandalosamente.¹ De ahí que la violación a los derechos humanos del indocumentado se ha visto incrementada de manera escandalosa.

De Tijuana a Matamoros, existen grupos de ciudadanos norteamericanos que se dicen vigilantes, organizándose entre ellos para “cazar” al indocumentado. Esto ocurre, no obstante que se ha incrementado la vigilancia fronteriza, instalando toda clase de alta tecnología empleada con el propósito de detener su paso. Sin embargo, entre los ciudadanos norteamericanos existe la creencia de que la patrulla fronteriza está perdiendo día a día el control de la faja fronteriza que tiene a su cargo. Los críticos de las políticas migratorias comparan la frontera con una zona militarizada. El equipo castrense que se utiliza en esa región, así como las armas que los patrulleros llevan consigo, demuestra que los críticos no están muy lejos de la verdad.

El sentimiento de que no existe control sobre el paso del indocumentado ha llegado a tal grado, que el ciudadano norteamericano ha tomado la ejecución de justicia por su propia mano. Este sentimiento de pérdida de control sobre las fronteras, aunado a la creencia, de que el inmigrante ilegal trae consigo toda clase de males sociales, como el desempleo y crimen han provocado el ataque frontal directo en su contra,² soslayándose el gran peligro que corre el indocumenta-

¹ Magallón, M. Guillermina, “El desconocimiento por la jurisprudencia estadounidense de los derechos humanos del indocumentado”, *Revista de Derecho Privado*, México, nueva época, año 1, núm. 2, mayo-agosto 2002, p. 67.

² González Bolón, Francisco, “Afecta «cacería» al turismo”, *El Imparcial*, Arizona, 18 de mayo de 2000; Escobar, Eleazar, “Soy la prueba de que sí hay cacería”, *El Universal*, 18 de mayo de 2000; Ruiz, José Luis, *Green*: “Hay prueba de agresión a ilegales”, *El Universal*, 18 de mayo de 2000; Pinkerton, James, “Patrulla fronteriza mata a indocumentado”, *Houston Chronicle*, 23 de mayo de 2000.

GUILLERMINA MAGALLÓN

do al cruzar la línea divisoria, ya sea por la acción de los grupos que se dedican a “cazarlos” o al quedar en manos hoy en día de las políticas de Donald Trump.

Las políticas migratorias establecidas por el gobierno federal norteamericano y por su agencia de servicios migratorios, conocida en inglés como Immigration and Naturalization Service, o por su abreviatura “INS”,³ tratan al indocumentado como un peligro que amenaza realmente a la sociedad norteamericana. El INS hace muy poco para prevenir o, por lo menos frenar la acción de los grupos de bandidos, pandillas o vigilantes que se dedican única y exclusivamente a cometer actos de violencia en contra del inmigrante ilegal. Mientras subsista el sentimiento de que el indocumentado constituye una amenaza para la sociedad norteamericana, el odio y la violencia en todos los estados de la Unión Americana no sólo continuarán, sino que también se nutrirán y crecerán a costa de vidas humanas.⁴

2. Algunas alusiones de los derechos humanos del indocumentado en la Constitución de Estados Unidos de América

Resulta en verdad lamentable que hoy en día es el mismo gobierno del presidente Donald Trump y el Congreso de los Estados Unidos los que atacan día a día al indocumentado. Ya no son los grupos que se organizaban en la frontera para ir a “cazarlos”, como sucedía en 2002, sino que hoy los ataques y los insultos a México y a los mexicanos indocu-

³ Traducido al español como el Servicio de Inmigración y Naturalización (SIN).

⁴ Detering Illegal Immigration, 60 Fed. Reg. 7885 (1995). Memoranda del presidente William J. Clinton que establece el derecho fundamental de la nación de proteger la integridad de sus fronteras y de sus leyes, en el que consagra la resolución de su administración para combatir la entrada del indocumentado, la cual advierte se ha visto incrementada en un 50% en comparación con 1993. Igualmente, impone la obligación al patrón, de exigir prueba al trabajador de que tiene permiso para trabajar; reformándose las leyes penales para exterminar el tráfico de indocumentados, así como para lograr su rápida deportación. Por último, ordena que 7,000 nuevos agentes fronterizos se contraten para la protección de la seguridad de la frontera, y de quienes la habiten legalmente. González Bolón, Francisco, “Afecta «cacería al turismo””, *El Imparcial*, Arizona, 18 de mayo de 2000.

mentados son la bandera favorita de la cruzada de Donald Trump en contra de estos últimos. El candidato republicano llamó a los mexicanos sin morderse la lengua: “violadores” y “criminales” apenas anunciada su postulación, e hizo del “muro”, que supuestamente iba a pagar México, uno de sus estandartes electorales, no se cansó de acusar a los inmigrantes indocumentados de la fuga de empleos y dinero durante los debates.⁵ Fueron los estadounidenses blancos de la clase trabajadora quienes le dieron el triunfo a Donald Trump, canalizando la furia de los estadounidenses promedio contra los indocumentados. Trump supo explotar su ansiedad sobre el presente y su miedo sobre el futuro, y les prometió un muro que detuviera el flujo de indocumentados que vienen de México.

El gobierno de Donald Trump está ahora decidido a cumplir sus compromisos de la campaña, lo que ha generado un clima de desasosiego, miedo e incertidumbre entre la comunidad inmigrante; una situación que a su vez se agrava, porque en el Congreso no se vislumbra un esfuerzo por dar a los indocumentados algún tipo de alivio en el corto o mediano plazo.⁶ Es una situación de verdad alarmante.

El americano blanco no solamente ha dejado de creer en los principios por los que luchó Abraham Lincoln, sino también han olvidado lo que los fundadores de los Estados Unidos establecieron en la Declaración de Independencia, el 4 de julio de 1776:⁷

Creemos que las siguientes verdades son evidentes por sí mismas; que todos los hombres han sido creados iguales, que han sido dotados por su creador con derechos inherentes e inalienables; que entre ellos se hallan la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad;

⁵ Camhaji, Elías, “Las ofensas del republicano a los mexicanos han sido una constante en su campaña presidencial”, *El País*, México, 9 de noviembre de 2016; Editorial Redacción, “Deportar a más de 11 millones de indocumentados”, *Expansión*, México, 4 de mayo de 2016; Editorial Redacción, “Elecciones en Estados Unidos: cuál es el nuevo plan de Donald Trump para rastrear a inmigrantes ilegales”, *BBC Mundo*, 26 de agosto 2016.

⁶ Cancino, Jorge “Un año de la guerra de Trump contra los indocumentados”, *Univisión Noticias*, 20 de enero 2018, disponible en: <https://www.univision.com/noticias/inmigracion/un-ano-de-la-guerra-de-trump-contralos-indocumentados>.

⁷ Biblioteca Digital Mundial, con el apoyo de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, disponible en: <https://www.wdl.org/es/item/109/>.

GUILLERMINA MAGALLÓN

que para asegurar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, derivando sus justos poderes del consentimiento de los gobernados; que en cualquier ocasión en que cualquier forma de gobierno destruye estos fines, es derecho del pueblo alterarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno, echando sus cimientos sobre principios, y organizando su poder en tal forma que a ellos les parezca que con mayor probabilidad logre su seguridad y su felicidad.

El gobierno de Donald Trump también ha olvidado los principios humanos en los que se basaron los fundadores de los Estados Unidos empleándolos como la piedra angular de su movimiento de independencia, creyendo los fundadores en la Declaración de Independencia, de que todos los hombres son iguales, que cada persona tiene derechos inherentes e inalienables, y que el gobierno sería el encargado de asegurar estos derechos.

Cuando Thomas Jefferson, John Adams, Benjamin Franklin, y cincuenta representantes de las trece colonias firmaron en Filadelfia la Declaración de Independencia en 1776, estaban firmando su propia sentencia de muerte, ya que desde ese momento serían considerados por Inglaterra traidores, y si fueran capturados serían colgados. No obstante, existían órdenes de arresto para los traidores de la Corona inglesa; todos y cada uno de los firmantes estaban dispuestos a dar su vida para que sus principios de que se considerara a todos los hombres como creados iguales, con derechos inherentes e inalienables, como es la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad, fueran declarados como un derecho de todos los hombres.⁸

Igualmente, Donald Trump olvida que Estados Unidos lleva más de cuatro siglos de inmigración continua, y acusa a los mexicanos de ser criminales por violar la ley de inmigración al entrar sin permiso al territorio norteamericano, y/o por quedarse más tiempo de lo que la visa les autorizaba. El delito del que Donald Trump acusa al indocumentado es inverosímil en su comparación, cuando cómodamente se le olvida que los primeros pobladores de los Estados Unidos se dedicaron a robar al

⁸ McCullough, David, *The American Spirit: Who We Are and What We Stand For*, cap. 3, El primero en ocupar la casa blanca (Simon & Schuster 2017).

indio nativo sistemáticamente de sus tierras, matando a todos los que se encontraban en su camino, hasta dejarlos sin tierras o protección alguna.⁹ Estos primeros inmigrantes llegaron de Inglaterra a Plymouth (hoy en día Massachusetts) el 11 de diciembre de 1620, y fundaron una colonia con la ayuda de los indios nativos conocidos con el nombre de la nación de Wampanoag, firmando un tratado de paz y ayuda mutua; pero en 1637, en Groton, Connecticut, no lejos de donde habían llegado los primeros pobladores ingleses, un grupo de nuevos pobladores blancos tomaron posesión de las tierras de los indios nativos Pequot asesinando a más de setecientos hombres, mujeres y niños que no estaban armados, y al final de la masacre, los nuevos pobladores dan gracias a Dios por haber podido terminar con los herejes, y lo celebran todos los años con el Día de Acción de Gracias. El mismo jefe de la tribu de la nación de los Wampanoag fue decapitado, y su cabeza permaneció durante 24 años en exhibición.

Igualmente, a Donald Trump se le olvida con mucha facilidad la invasión norteamericana en febrero de 1848, cuando a México se le arranca todo el territorio de Texas, California, Utah y Nevada, así como partes de Nuevo México, Arizona, Wyoming y Colorado a cambio de \$15 millones de dólares. El Río Bravo se estableció como el límite fronterizo con Texas.¹⁰

Ninguno de estos trágicos momentos de la historia norteamericana los menciona Donald Trump cuando acusa al indocumentado de ser un delincuente desde el momento en que cruza la frontera por el simple hecho de no tener permiso para entrar.

Más de 15 millones de personas en una inmigración masiva en busca de una mejora de vida llegaron entre 1820 y 1880 a Estados Unidos. Así mismo, 25 millones de inmigrantes llegaron procedentes de todo el mundo en las primeras décadas de 1990, con el sueño de alcanzar la felicidad a la que tenían derecho, según la Declaración de Independencia a la que el gobierno vería que se cumpliera. Las

⁹ Bates, Susan, *La verdadera historia del Día de Acción de Gracias*, Manataka American Indian Council, disponible en: <https://www.manataka.org/page269.html>.

¹⁰ Biblioteca del Estado de Texas, Comisión de Archivos, *La Republica de Texas, La Revolución de Texas y el Tratado de Velasco*, disponible en: <https://www.tsl.texas.gov/treasur/res/republic/velasco-01.html>.

GUILLERMINA MAGALLÓN

grandes masas de inmigrantes venían de Italia, Grecia, Irlanda, Alemania, Polonia, Hungría, China y tres millones de judíos rusos, entre muchos otros innumerables países.¹¹

El mismo abuelo de Donald Trump, Friedrich Trump, llegó en 1885 a la edad de dieciséis años a los Estados Unidos, proveniente de Bavaria. Tiempo después, el abuelo regresa con su esposa e hijo a Bavaria para verse deportado de regreso a los Estados Unidos, por no haber cumplido con el servicio militar en Bavaria y por no haber reportado al gobierno de Bavaria que estaba migrando a los Estados Unidos. El abuelo desesperado le escribe al príncipe de Bavaria y le dice: "...un relámpago nos ha caído del cielo azul, estamos ahora paralizados de miedo, la felicidad de mi familia se ve opacada, mi esposa (la abuela paterna de Donald Trump) y mi hijo adorado (el padre de Donald Trump) se enfermaron por la noticia de que ahora nos quieren deportar". Continúa escribiendo el abuelo: "...porque seremos deportados? Esto es mucho pero muy difícil para mi familia. ¿Qué pensarán nuestros compañeros ciudadanos si ven que hombres honrados están siendo deportados?...", y le pide al príncipe de Bavaria al final de su carta que tenga misericordia.¹²

3. El Poder Ejecutivo frente al programa Migratorio de Acción Diferida para Menores

Cien años después de que los abuelos y el padre de Donald Trump vivieron en carne propia la tragedia de ser deportados, su nieto está imponiendo nuevas políticas migratorias que habrían impedido a su propio abuelo, salir o entrar a los Estados Unidos. El abuelo y su familia se verían hoy apátridas.

Mientras tanto, las redadas de deportación en los Estados Unidos que son parte de una ofensiva de la administración de Trump están sucediendo en todas las ciudades, condados, sean pequeñas pobla-

¹¹ "La historia de la inmigración en los Estados Unidos de América", *Blog de Reina & Bates*, 12 de febrero 2018, disponible en: <http://reinaimmigrationlawyers.com/es/historia-inmigracion-estados-unidos-de-america>.

¹² "El inmigrante", Friedrich Trump, *Revista Harper*, 8 de marzo de 2017, disponible en: <https://harpers.org/archive/2017/03/the-emigrants/> Friedrich Trump.

ciones o grandes urbes. Es verdaderamente un atentado en contra de los derechos humanos del indocumentado lo que está sucediendo hoy en día. Para colmo de todos los males, el 5 de septiembre de 2017, el procurador general, Jefferson Sessions, anunció que en seis meses se estaría rescindiendo el programa migratorio de Acción Diferida para Menores, conocido como DACA, que había sido emitido por el presidente Barack Obama en 2012, y que permitiría a los jóvenes inmigrantes indocumentados a permanecer legalmente en el país para asistir a la escuela y a trabajar. Este programa también es conocido como el programa para “soñadores” [*Dreamers*].

La protección que otorga el programa DACA se creó como una solución temporal que buscaba proteger a 800,000 inmigrantes indocumentados que han crecido en los Estados Unidos, al que llaman su hogar. Bajo el programa DACA, estos jóvenes “soñadores” están temporalmente protegidos de que no se les deporten, y reciben un permiso para trabajar, para estudiar y para obtener una licencia para manejar.¹³ Los solicitantes al programa DACA tienen que ser menores de 31 años al 15 de junio de 2012, tienen que haber llegado a los Estados Unidos antes de la edad de 16 años, demostrar que han vivido en el país continuamente a partir del 15 de junio de 2007, no tener antecedentes penales; además, deben estar inscritos en la escuela preparatoria o en la universidad, o estar activos en el servicio militar. Poner fin al programa DACA significaría que la vida de más de 800,000 niños y jóvenes indocumentados se verá trastornada, los dejará sin empleo, sin la oportunidad de seguir estudios, y a la deportación masiva de este grupo de jóvenes que han dado y registrado todos sus datos personales, huellas digitales, huellas biométricas, etcétera, lo que haría fácilmente para las oficinas de Inmigración, la localización y deportación de cada uno de estos niños y jóvenes “soñadores” que creían estarían protegidos.¹⁴

¹³ Hoy en día, para poder obtener una licencia para manejar se tiene que demostrar que se encuentra legalmente en los Estados Unidos, tener el número de Registro Federal de Contribuyente y documento de identidad. Este requisito ha sido un gran problema para la población del indocumentado. Véase “Cómo aplicar para una licencia de conducir en Texas”, disponible en: <https://www.dps.texas.gov/DriverLicense/ApplyforLicense.htm>.

¹⁴ Dávila-Ruhaak, Sarah, “The Domestic and International Legal Implications of DACA”, *J. Marshal Law Review*, 23 de septiembre de 2017, disponible en: <http://lawreview.jmls.edu/the-domestic-and-international-legal-implications-of-daca>.

GUILLERMINA MAGALLÓN

El procurador Sessions anunció el 5 de septiembre de 2017 que estaría pidiéndole al Congreso de los Estados Unidos que revisara la petición que le presentó Donald Trump.¹⁵ Igualmente, el presidente emitió una declaración, donde subraya los puntos de vista de los expertos legales de su administración, acerca de que el DACA es inherentemente inconstitucional; además, señaló que “los funcionarios de [diez] estados han presentado demandas por el programa [DACA]”, presionando a la administración “para tomar una decisión con respecto a la legalidad [del programa]”. El presidente Trump dijo que había sido asegurado por el “Procurador General de Estados Unidos, los Procuradores Generales de muchos estados y una gran mayoría de los expertos legales que el programa es ilegal e inconstitucional y no podrá argumentarse su legalidad con éxito en los tribunales federales”. Luego de las declaraciones del procurador general Sessions y del presidente Trump, la secretaria interina del Departamento de Seguridad Nacional (United States Department of Homeland Security [DHS]), Elaine Duke, envió una resolución a la Secretaría de Seguridad Nacional que rescinde la orden emitida por la administración del presidente Barack Obama el 15 de junio de 2012, en la que se estableció el DACA, dando la oportunidad para que los niños y jóvenes “soñadores” permanecieran legalmente en los Estados Unidos.¹⁶ La Secretaría de Seguridad Nacional de los Estados Unidos fue creada después de los atentados del 11 de septiembre de 2001; su secretario es miembro del gabinete del presidente y tiene bajo su mando el Servicio de Inmigración y Naturalización (INS).¹⁷

¹⁵ Driscoll, Sharon, “Michael McConnell on Executive Orders, DACA, and the Constitution”, *Stan. L. J. Blog*, 6 de septiembre de 2017, disponible en: <https://law.stanford.edu/2017/09/06>.

¹⁶ Becker, Katie M., “Rescinding DACA: What that means and what comes next”, *Syracuse L. Rev.*, 13 de septiembre de 2017, disponible en: <http://lawreview.syr.edu/tag/daca>.

¹⁷ Servicios de Inmigración y Naturalización, disponible en: <https://www.federalregister.gov/agencies/u-s-citizenship-and-immigration-services>.

4. El Poder Legislativo frente al programa Migratorio de Acción Diferida para Menores

El Congreso de la Unión no ha tenido éxito hasta el momento, en presentar alguna reforma migratoria. La administración de Trump continúa renovando su postura sobre el tema de deportar a los niños y jóvenes “soñadores”, forzando al Congreso y creando una lucha política inminente, que el Congreso la ha denominado como una “carrera armamentista legislativa”.¹⁸

En septiembre de 2017, el diputado Mike Coffman (republicano, Colorado) presentó ante la Cámara de Diputados un proyecto de ley que habría extendido los permisos del DACA a los “soñadores” obligando a los republicanos a discutir el tema de inmediato. Más tarde, Coffman retiró el proyecto de ley, debido a que el líder de la mayoría de la Cámara de Diputados, Paul Ryan (republicano, Wisconsin), comunicó cuáles eran los requisitos para que los republicanos consideraran aprobar una ley que regulara el DACA. La líder de la minoría en la Cámara de Diputados, Nancy Pelosi (demócrata, California), inmediatamente, le contestó al líder Paul Ryan que estaban listos los diputados demócratas para hacer lo que fuera necesario para que el Congreso protegiera a los niños y jóvenes “soñadores”, y que pelearían para que el DACA no se rescinda. El 9 de diciembre de 2016, los senadores Lindsey Graham (republicano, Carolina del Sur) y Dick Durbin (demócrata, Illinois) presentaron un proyecto bipartito de ley llamado “Ley Puente”, que proporcionaría protección temporal a los niños y jóvenes indocumentados que habían recibido los beneficios del DACA.¹⁹

Pero al no ponerse los diputados de acuerdo en el tema del DACA ni tampoco en el tema para asignar fondos para la construcción del muro fronterizo entre México-Estados Unidos, el gobierno federal de los Estados Unidos se vio forzado a cerrar, el sábado 20 de enero de 2018. El cierre comenzó debido a que no se aprobó por la mayoría requerida el presupuesto de egresos de la Federación para 2018. El cierre terminó

¹⁸ Becker, Katie M., “Rescinding DACA...”, *cit.*

¹⁹ Bednar, Nicholas R., “DACA on the Docket”, *Minn. L. Rev.*, 17 de enero de 2017, disponible en: <http://www.minnesotalawreview.org/2017/01/daca-on-the-docket>.

GUILLERMINA MAGALLÓN

en la noche del lunes 22 de enero, cuando los senadores demócratas acordaron terminar con la clausura a cambio de la promesa republicana de que permitirían el debate sobre el DACA antes del 8 de febrero de 2018. Algunos liberales han criticado la decisión de los senadores demócratas de poner fin al cierre del gobierno federal, sin una garantía firme y sin garantía en el DACA. El presidente Donald Trump lo elogió como una “gran victoria” y dijo que los demócratas cedieron.²⁰

El 8 de febrero de 2018, los líderes del Congreso alcanzaron un acuerdo para evitar otro cierre del gobierno federal. El líder mayoritario del Senado, Mitch McConnell (republicano, Kentucky), y el líder minoritario, Chuck Schumer (demócrata, Nueva York), anunciaron un acuerdo sobre el presupuesto de egresos y los límites presupuestarios, pero el acuerdo deja de lado y olvida la cuestión de la inmigración de los “soñadores”, y qué hacer con el DACA. La líder de la minoría demócrata, la diputada Nancy Pelosi, dijo que ella seguirá peleando para encontrar una solución al DACA.²¹ Si el Congreso no encuentra una solución permanente antes del 5 de marzo de 2018, la protección que otorgaba el DACA quedaría rescindida.

5. El Poder Judicial frente al programa Migratorio de Acción Diferida para Menores

Mientras en el Congreso se debate sobre rescindir o continuar con el programa DACA, grupos protectores de derechos humanos, así como varios procuradores estatales demócratas, han presentado demandas en los juzgados federales pidiendo que se declare anticonstitucional, el que Donald Trump rescinda el programa DACA.

El 17 de octubre de 2017, la Universidad de California y Janet Napolitano, como presidenta de la Universidad, demandaron a la Secretaría

²⁰ Bade, Rachael y Min Kim, Seung, *Democrats Get Rolled in Shutdown Standoff*, Politico, 22 de enero de 2018, disponible en: <https://www.politico.com/story/2018/01/22/government-shutdown-deal-democrats-lose>.

²¹ Tara Golshan, *Nancy Pelosi Wants the Same Deal Chuck Schumer Got*, Vox, 8 de febrero de 2018, disponible en: <https://www.vox.com/policy-and-politics/2018/2/5/16973924/congress-government-shutdown-spending-daca>.

de Seguridad Nacional de los Estados Unidos y a su secretario, Elaine Duke, argumentando que rescindir el DACA viola los derechos constitucionales de la Universidad y de los estudiantes que se ven afectados por la rescisión.²² El 9 de enero, el juez federal en San Francisco, William Alsup, resolvió a favor de la Universidad de California y de su presidenta, la exsecretaria de la Secretaría de Seguridad Nacional, Janet Napolitano, ordenando que se mantenga el programa DACA, puesto en marcha por la administración de Obama. El juez William Alsup resolvió que ningún “soñador” puede ser deportado mientras los litigios sobre la constitucionalidad de rescindir el DACA se dirimen en los juzgados federales. De inmediato, Trump presentó una apelación ante la Corte Suprema, saltándose al Tribunal Federal de Apelación del Noveno Circuito, y el 26 de febrero de 2018, la Corte Suprema emitió una resolución que niega la petición presentada por Trump; señala, en primer lugar, que la resolución del juez federal, William Alsup, debería ser apelada ante el Tribunal Federal de Apelación del Noveno Circuito, y no ante la Corte Suprema.²³

Poner fin al programa DACA significaría que la vida de más de 800,000 niños y jóvenes indocumentados se verán trastornadas, los dejara sin empleo, sin la oportunidad de seguir sus estudios, y serán seguramente deportados sin otorgarles defensa alguna, muchos de ellos se verán apátridas. Se argumenta en los medios de comunicación y en las redes sociales, que la decisión del gobierno de Trump de rescindir el DACA tiene serias implicaciones legales a nivel nacional, ya que se estaría violando la protección que les otorga la “ley” a los

²² *Regents of the Univ. of California v. United States Dep’t of Homeland Security*, 2017 WL 4642324 (N.D. Cal. oct. 17, 2017). Al día de hoy, la información para citarse en este pie de página no ha sido publicada, sino que solamente se encuentra en Westlaw bajo el núm. 2017 WL 4642324.

²³ *Secretaría de Seguridad Nacional v. Presidente de la Universidad de California*, núm. 17-1003, 2018 WL 1037642 (U.S. Feb. 26, 2018). Esta petición para revisión (*writ of certiorari*) la niegan; no obstante, se autoriza que se vuelva a presentar en su momento procesal. La Corte Suprema estima que la apelación ante el Tribunal Federal de Apelación del Noveno Circuito procederá de manera expedita en la resolución de este asunto. No obstante, este Tribunal Federal de Apelación del Noveno Circuito tiene fama de seguir criterios liberales en sus resoluciones y pronunciar resoluciones muy distantes a la de los republicanos. Creemos que Trump sabe de antemano que será una lucha dura y difícil de ganar ante este tribunal colegiado.

GUILLERMINA MAGALLÓN

indocumentados. Pero, me pregunto, ¿a qué ley se refieren?, ¿existe alguna protección para el indocumentado bajo las leyes de los Estados Unidos?, ¿existe alguna protección a sus derechos humanos?

Considerando lo que hemos expuesto, creemos que la injustificada violencia que se ejerce en contra del indocumentado debe ser severamente reprimida y sancionada en los tribunales federales norteamericanos, pese a la exigua protección que le otorga la carta magna a los indocumentados al interpretarse la cuarta, quinta y decimotercera enmiendas constitucionales.

6. Ausencia de protección constitucional para el indocumentado

A. La cuarta enmienda constitucional

Los indocumentados²⁴ gozan de manera limitada de una protección jurídica, resultante de la cuarta enmienda de la Constitución norteamericana, que establece:

La protección de las personas para tener seguridad sobre sí misma, su domicilio, papeles y bienes, en contra de cateos o aprehensiones arbitrarias, no deberá ser violada, a menos que estén previamente autorizadas. Toda orden [de cateo o aprehensión] deberá estar basada en pruebas idóneas, juradas o declaradas bajo protesta de decir verdad y detallando el lugar donde se practicará el cateo, así como determinándose la persona o cosa que será aprehendida.²⁵

²⁴ *Saxbe v. Bustos*, 419 U.S. 65 (1974) (que define claramente los requisitos que se tienen que satisfacer para poder entrar legalmente a los Estados Unidos); también véase *Dimaren v. Immigration and Naturalization Service*, 398 F. Supp. 556 (S.D.N.Y. 1974) (que establece claramente que la entrada de extranjeros a Estados Unidos está condicionada y sujeta a la discreción de su propio Congreso).

²⁵ IV Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos. Las primeras diez enmiendas a ese ordenamiento fueron propuestas por el Poder Legislativo de varios estados, en el Primer Congreso Constituyente, el 25 de septiembre de 1789 en Filadelfia, Pennsylvania, ratificadas el 15 de diciembre de 1791.

Ahora bien, resulta indispensable formular las siguientes preguntas: ¿la cuarta enmienda es eficaz para proteger solamente al ciudadano, o también debe proteger al indocumentado?²⁶ ¿Podrá el indocumentado argumentar que las autoridades migratorias están obligadas a observar los procedimientos previamente establecidos en la repetida enmienda antes de ser detenidos o sujetos a inspección y cateos? La Corte Suprema, en el asunto conocido como *INS v. López-Mendoza*,²⁷ examinó la cuestión de si la declaración vertida por el reo, en la que reconoció que se encontraba en los Estados Unidos, debía ser excluida en las actas de las audiencias del procedimiento de deportación iniciado, debido a que tal declaración se había obtenido durante la ejecución de su arresto ilegal, violando la multicitada garantía individual.

La decisión de la mencionada Corte declaró que no obstante que el arresto había sido ilegal, la regla que excluye toda declaración de aquel que fue detenido ilegalmente no debe operar en los casos que son materia de deportación, y argumentó la ya mencionada Corte Suprema, que el 97.5% de los indocumentados detenidos por los agentes migratorios son deportados sin oposición. Así mismo, advierte que solamente un número pequeño de indocumentados reclaman la celebración de una audiencia formal, en la que puedan litigar el derecho a permanecer dentro del territorio de los Estados Unidos.²⁸ Y así lo establece en el mencionado asunto de López-Mendoza, ya que reconoce que la entrada ilegal a territorio de la Unión se tipifica como un delito, en los términos de la secc. 1325 del tít. 8 de la Ley Federal de Inmigración y Nacionalización,²⁹ ya que López-Mendoza alegaba que tenía el derecho a tener una audiencia con las autoridades migratorias, en la que pudiera demostrar que se le detuvo en contravención a lo garantizado por la cuarta enmienda constitucional, y —por tanto— reclamaba la no admisión y supresión de las pruebas obtenidas como resultado de su detención ilegal. Sin embargo, la Suprema Corte no aceptó las propuestas de López-Mendoza; argumenta que si se

²⁶ *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886). Con esta decisión, la Corte Suprema estableció que la protección que otorga la cuarta enmienda protege a toda persona y se debe aplicar universalmente.

²⁷ 468 U.S. 1032 (1984).

²⁸ *Ibidem*, p. 1044.

²⁹ 8 U.S.C., 1325.

GUILLERMINA MAGALLÓN

aceptara la premisa de que la cuarta enmienda también debía de ser estrictamente observada por los agentes migratorios propiciaría el agraviamiento de la ya difícil carga que tiene el INS con la administración de las leyes migratorias.³⁰

Con este criterio, en la audiencia de deportación la Corte sostuvo que el indocumentado no tiene derecho a reclamar la protección de la multicitada enmienda constitucional, a pesar de que el INS había detenido ilegalmente a López-Mendoza, y, por ende, debía haber desestimado las pruebas obtenidas en su contra; no obstante, la misma Corte decidió admitir tales pruebas. Es claro que con el precedente establecido por la jurisprudencia de la Corte Suprema en esta decisión, hoy en día el argumento del presidente Trump de que las autoridades migratorias están autorizadas para violar la cuarta enmienda constitucional, pudiendo detener a cualquier persona indocumentada, sin tener que cumplir con las garantías, procedimientos previamente establecidos, desafortunadamente está legalmente fundamentada.

El indocumentado, sin importar su edad, su sexo, o su estado de salud, es deportado automáticamente sin juicio y sin ningún procedimiento o protección legal, como se previene en la cuarta enmienda.³¹

Existen dos teorías diversas en los Estados Unidos que se contraponen a la interpretación que ha seguido su Corte Suprema sobre a quiénes incluye la frase inicial de la Declaración de Independencia que expresa: “Nosotros el pueblo de los Estados Unidos”,³² una teoría conocida como universalista,³³ y la otra teoría denominada como exclusionista.³⁴

La primera teoría establece que la protección de la Constitución es general para todos y en todo lugar. En ese criterio está implícita la noción de derecho natural que dio vida a su Constitución; consecuen-

³⁰ *INS v. López-Mendoza*, 468 U.S. 1032, 1049 (1984).

³¹ Magallón..., *op. cit.*, p. 70.

³² Véase Preámbulo a la Constitución de los Estados Unidos de América, “We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defense, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America”.

³³ Neuman, Gerald L., “Whose Constitution?”, 100 *Yale L. J.*, 909 (1991).

³⁴ Bosniak, Linda S., “Exclusion and Membership: The Dual Identity of the Undocumented Worker under United States Law”, *Wis. L. Rev.*, 955, 1988.

temente, apoya el credo que persiguen los grupos protectores de los derechos humanos. La segunda teoría limita la protección de la ley suprema solamente a sus ciudadanos, y dispone que sólo aquellos individuos que tienen obligaciones pueden reclamar derechos. Este estrecho criterio es el que hoy en día sigue la jurisprudencia citada como el precedente válido y obligatorio a aplicarse, y se constata que las políticas migratorias establecidas en la Unión Americana, aunadas a la teoría exclusionista prevaleciente en los tribunales norteamericanos propician que el indocumentado se encuentre indefenso, carente de los elementales derechos que la Constitución garantiza en la referida enmienda.

Como consecuencia de todas estas resoluciones jurisprudenciales, que al día de hoy se encuentran como precedentes forzosos de su aplicación y de su interpretación por la Corte Suprema, el presidente Trump y los republicanos en el Congreso de los Estados Unidos estarán argumentando que de acuerdo con la Constitución, es legal la teoría que se viene manejando en las leyes en contra del indocumentado desde 1984 en la resolución citada; de que el indocumentado no cuenta con la protección que otorga la cuarta enmienda de la Constitución.³⁵

B. La quinta enmienda constitucional

La quinta enmienda de la Constitución norteamericana establece que: "...ninguna persona podrá ser privada de la vida, libertad, o derechos, sin el debido procedimiento..."³⁶

³⁵ *INS v. López-Mendoza...*, *cit.*

³⁶ Constitución de los Estados Unidos, quinta enmienda. Véase *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67 (1976) (que establece el precedente de que la quinta enmienda constitucional aplica a todos los que se encuentren presentes dentro de Estados Unidos, no obstante, su presencia sea ilegal, transitoria u involuntaria); también véase *Choudhry v. Jenkins*, 559 F.2d 1085 (7th Cir. 1977), *cert. denied*, 434 U.S. 997 (1977) (que establece que la protección de los derechos que se otorgan en la declaración de derechos constitucionales también cubre al indocumentado, pero en aquellos asuntos que se relacionan con cuestiones migratorias y de nacionalización no están protegidos). Podría argumentarse como defensa del indocumentado que cuando los agentes migratorios emplean fuerza excesiva o cometen actos de violencia en su contra no están actuando en su condición de agentes, migratorios, y entonces podría pensarse que en estas ocasiones el indocumentado sí tendrá la protección de la Constitución. Véase Magallón, *op. cit.*, p. 75.

GUILLERMINA MAGALLÓN

Esta enmienda garantiza a todo individuo el disfrutar de los mismos derechos (*equal protection clause*) y obliga a la autoridad a que cumpla con los requerimientos del procedimiento previamente establecido (*due process clause*). En ella se establece que las órdenes de arresto en caso de penas capitales tendrán que haber sido autorizadas por un gran jurado, y que el acusado deberá ser informado de la acusación para poder preparar su defensa.³⁷ Así mismo, esta quinta enmienda otorga el derecho de que cuando la persona haya sido juzgada por cierto delito, no podrá volver a ser acusada por el mismo delito.³⁸ La quinta enmienda protege al individuo para guardar silencio, sin poder ser obligado a declarar,³⁹ sea que se trate de un procedimiento civil, penal, administrativo, formal o informal; el derecho a permanecer callado está garantizado, pero aun cuando tal garantía es sagrada para el ciudadano norteamericano, esta garantía constitucional no se aplica al indocumentado en casos en que el acusado o demandado reclame el derecho a permanecer en silencio por miedo de que en su país de origen usen su declaración en su contra.

La Suprema Corte de Justicia del estado de Nueva York decidió que el privilegio de permanecer en silencio tenía como propósito limitar la autoridad del gobierno norteamericano exclusivamente;⁴⁰ argumenta que la Corte Suprema ha establecido claramente en innumerables precedentes, que la quinta enmienda protege al indocumentado, pero sólo en ciertas y limitadas circunstancias.⁴¹

³⁷ El Gran Jurado se compone por un número de ciudadanos que evalúa las pruebas que presenta el Fiscal y decide en forma independiente, si en cada caso, existen evidencias suficientes para emitir una orden de aprehensión en contra del presunto acusado. Véase *U.S. v. Field*, 875 F.2d 130 (7th Cir. 1989).

³⁸ Garantía constitucional conocida como *double jeopardy*. Véase *McQueen v. U.S.*, 897 F. Supp. 960 (S. D. Tex. 1995).

³⁹ Garantía constitucional conocida como *self-incrimination*. Véase *New Jersey Division of Youth and Family Services v. S.S.*, 275 N. J. Super. 173, 645 A.2d 1213 (App. Div. 1994). Se establece que nadie podrá ser obligado a testificar en ningún asunto penal en contra de uno mismo.

⁴⁰ *U.S. v. Balsys*, 918 F. Supp. 588 (E. D. N. Y. 1996), *vacated*, 119 F.3d 122 (2nd Cir. 1997), *reversed by* 524 U.S. 666 (1998).

⁴¹ *Flores v. Meese*, 942 F.2d 1352 (9th Cir. 1991), *reversed on other grounds by Reno v. Flores*, 507 U.S. 292 (1993). En este asunto a principios de 1985, el Centro para la Protección del Derecho del Indocumentado, S. C., presentó una demanda representando a todos

Actualmente, vemos que, en teoría, el indocumentado debería tener la protección de la quinta enmienda, pero la violencia que sufre ya no sólo es de la patrulla fronteriza, de los policías, de la Fiscalía y de grupos de ciudadanos que se dicen protectores de sus fronteras, sino que ahora también la violencia proviene del mismo presidente Trump y de la mayoría republicana en el Congreso, que hacen que la quinta enmienda sea una simple y lejana quimera, difícil de alcanzar y prácticamente imposible de reclamar por el indocumentado.

Se dice que el número actual de indocumentados que se encuentran en los Estados Unidos rebasa los once millones de mexicanos. Como no se les reconoce, tampoco se les cuenta, y los censos que se llevan a cabo cada diez años no los atiende el indocumentado por miedo a ser deportado, ni tampoco participa el patrón, por miedo a ser sancionado; por esta razón, resulta paradójico que la población a la que pertenece el indocumentado es reconocida como un grupo que existe, pero al que no se le ve. El grupo sólo existe a “la sombra de la población”.⁴² El término “la sombra de la población” refleja una de las razones por las que las autoridades no le dan importancia, y nada o poco se hace por proteger al indocumentado cuando éste sufre ultrajes.

C. La decimotercera enmienda constitucional

La decimotercera enmienda constitucional, conocida como Ley de Derechos Civiles, establece lo siguiente:

los niños que estuvieran en la misma situación que la demandante (*class action*) durante el procedimiento de deportación. La demandante, una niña menor, reclama la protección de la quinta enmienda; alega que no puede ser privada de la libertad sin haberse cumplido con el procedimiento previamente establecido. Seis años después, y al final de una larga contienda litigiosa, la Corte Suprema le otorgó a esta menor y a todo menor que se encontrara en la misma situación, el derecho a reclamar la protección de la quinta enmienda.

⁴² *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202, 218 (1982). En esta sentencia, la Corte Suprema reconoce que la política del gobierno federal ha tenido como resultado que la población de ilegales sea tolerada, así como bienvenida por los patrones y comerciantes; pero abandona y desampara al indocumentado, sin manera de protegerle en contra de los abusos y explotación que les agobia todos los días, tanto de parte de los ciudadanos como de los gobiernos estatales, llegándose a dictaminar que el estado de Texas no podía negarle educación gratuita a los hijos de ilegales. Desafortunadamente, la Corte no otorga a la población de ilegales ser reconocidos como “clase reconocida”. Si lo hubiera hecho, habría dado cierta protección a los indocumentados como grupo.

GUILLERMINA MAGALLÓN

(a) Declaración de igualdad de derechos⁴³

Todas las personas que estén dentro de la jurisdicción de Estados Unidos tendrán los mismos derechos en cada uno de los Estados y territorios para firmar y obligar a que se cumplan contratos, para demandar, ser parte, rendir pruebas, y tener la misma protección y beneficios que la ley otorga, así como los procedimientos para la protección de su persona y propiedades deberán tramitarse de la misma manera y con el mismo alcance que se aplica al ciudadano blanco. Así mismo, todas las personas sufrirán las mismas sanciones, penas, multas, impuestos, licencias, y cargas de cualquier naturaleza, pero ninguna otra.⁴⁴

El origen de esta ley se encuentra en la Ley de Derechos Civiles, del 9 de abril de 1866, conocida como la decimotercera enmienda constitucional, que otorga los mismos derechos que tenía la raza blanca a todos los esclavos recientemente emancipados por el presidente Abraham Lincoln.⁴⁵ Esta ley otorga a todas las personas, sin importar su color o raza, los mismos derechos, privilegios e inmunidades otorgados y protegidos por la Constitución norteamericana. No obstante, la ley es clara y su lenguaje preciso, al establecer la misma protección de derechos civiles “a todas las personas que se encuentren dentro de los Estados Unidos”; la interpretación que se le ha dado a esta frase ha ido cambiando y evolucionando con el tiempo.

Hoy en día, los juzgados no se han puesto de acuerdo con su interpretación ni con el alcance de su aplicación cuando se cuestiona si esta ley también protege al indocumentado. No fue sino hasta 1968 cuando

⁴³ “Igualdad de derechos” es traducido al inglés como *equal rights*.

⁴⁴ 42 U.S.C. § 1981(a). Así mismo, cuando digo Ley Federal Codificada, hago referencia a la ley promulgada por el Congreso de la Unión, y no a la ley creada y reconocida por los precedentes o sentencias. Recordemos que el precedente/sentencia es la fuente primordial del derecho en el sistema legal anglosajón.

⁴⁵ La XIII enmienda a la Constitución prohíbe la esclavitud y establece que el Congreso tiene el poder de ver que exista legislación apropiada para que se cumpla la enmienda. (Section 1. Neither slavery nor involuntary servitude... shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction. Section 2. Congress shall have the power to enforce this article by appropriate legislation).

la Corte Suprema, en un asunto conocido con el nombre de *Jones v. Alfred H. Mayer Co.*⁴⁶

La interpretación de la Sección 1981 de la decimotercera enmienda constitucional que externa la mencionada Corte, en el caso sustentó que es distinta la discriminación por raza, a la discriminación por nacionalidad; acepta la discriminación con base en la nacionalidad y la prohíbe con base en la raza, provoca el caos y una total confusión en el sistema legal. Todos los juzgados se ven obligados a encontrar una respuesta que no es lógica ni natural al caso concreto. En todas las instancias que el tribunal se viera impelido a interpretar y aplicar las normas contenidas en la citada enmienda, tendrá que encontrar una respuesta ilógica y en contra de la naturaleza de lo que previamente se había establecido.⁴⁷

No obstante, en 1976, cuatro de los ministros de la misma Corte —en un asunto posterior—, conocido con el nombre de *Runyon v. McCrary*,⁴⁸ criticaron la interpretación errónea que se había decidido anteriormente por la Corte, en el asunto de Jones, creándose un precedente obligatorio a aplicar. Desafortunadamente, esta crítica sólo representó la opinión de la minoría de votos; por tanto, no fue suficiente para cambiar el precedente establecido en la sentencia que sustentó haciendo la distinción entre discriminación por raza y discriminación por nacionalidad; acepta la discriminación con base en la nacionalidad y la prohíbe con base en la raza. De ello resultó la necesaria aplicación general en todos y cada uno de los asuntos que se presenten en cual-

⁴⁶ 392 U.S. 409 (1968). El señor Jones presentó la demanda alegando que el demandado estaba violando la Ley de Derechos Civiles cuando rehúsa venderle una casa en un fraccionamiento privado, por la única y exclusiva razón de su raza. La Corte Suprema, después de una larga discusión, resuelve que no se puede discriminar con base en la raza. La tesis que la Corte Suprema sustentó es la distinción entre discriminación por raza y discriminación por nacionalidad; acepta la discriminación con base en la nacionalidad y la prohíbe con base en la raza.

⁴⁷ En el sistema legal anglosajón, el principio conocido como *stare decisis*, traducido al español como “obligatorio lo que se ha decidido”, establece que los tribunales de primera instancia están obligados a aplicar la ley como se interpretó por los tribunales de mayor jerarquía. Los jueces de primera instancia no están en libertad de interpretar y no pueden dejar de tomar en cuenta lo ya establecido como ley por las cortes de mayor jerarquía. Véase *Black's Law Dictionary*, 1414 (7a. ed., 1999).

⁴⁸ 427 U.S. 160 (1976).

GUILLERMINA MAGALLÓN

quier juzgado, sea de un estado o condado de la Unión Americana; el precedente emanado del caso Jones se convirtió en la ley.⁴⁹ Por tanto, aun cuando su interpretación fuera ilógica y errónea, deberá imperativamente obedecerse.

En este sentido, vemos —sin causarnos sorpresa— que la sentencia conocida como *Bhandari v. First National Bank of Commerce*,⁵⁰ resuelve que la normatividad de la mencionada Sección 1981, de la decimotercera enmienda, no se aplica ni podrá ser reclamada para remediar situaciones cuando una persona que no es ciudadano norteamericano sufra de discriminación al no reconocerle los mismos derechos, independientemente de que sea responsable de la conducta discriminatoria una empresa privada o un simple ciudadano.⁵¹

El Tribunal Federal de Apelación del Quinto Circuito examina detalladamente la exposición de motivos de la precitada ley, en la que encuentra —como lo mencionamos anteriormente— que ésta emana de la Ley de Derechos Civiles de 1866,⁵² así como de la Sección 16 de la ley promulgada en 1870, denominada Ley del Derecho al Voto.⁵³ En consecuencia, el Tribunal *ad quem* constata que la Ley de 1870 fue promulgada por unanimidad de votos a instancia del senador William M. Stewart,⁵⁴ cuando éste presentó una propuesta al Senado (el 6 de diciembre de 1869) para que se aprobara una ley que concediera protección a los chinos extranjeros, que eran sujetos a explotación, maltrato y degradación por la Ley del estado de California.

Un mes después, el proyecto del senador Stewart se presenta como base para la aprobación de la Ley de 1870, que otorga el derecho al voto.⁵⁵ El senador Stewart, como autor y responsable de esta ley —en su exposición de motivos— expuso el siguiente razonamiento en el diario de los debates del Congreso:

⁴⁹ Magallón, M. Guillermina, “Algunas características del sistema legal anglosajón”, conferencia sustentada en la XXVIII Convención Anual de la Asociación Nacional de Abogados de Empresas, San Luis Potosí, 1999.

⁵⁰ 829 F.2d 1343 (5th Cir. 1987), *cert. denied*, 494 U.S. 1061 (1990).

⁵¹ *Bhandari*, 829 F.2d 1349-50.

⁵² Trad. del Ingles “Civil Rights Act of 1866” (Ley de 9 de abril de 1866, 14 Stat. 27).

⁵³ Trad. del Inglés “Voting Rights Act of 1870” (Ley de 31 de mayo de 1870, 16 Stat. 140).

⁵⁴ Senador de los Estados Unidos por el estado de Nevada (1865-1875; 1887-1905).

⁵⁵ *Bhandari*, 829 F.2d p. 1346.

Mientras [los chinos extranjeros] se encuentren aquí, es nuestra obligación el protegerlos. Yo he incorporado la resolución a esta ley, por la recomendación que me hizo el Comité Judicial, para facilitar los asuntos y que el tema se lleve a discusión. En una obligación solemne de este Congreso, el ver que toda la gente está protegida, el que todas las personas reciban la misma protección de la ley, no obstante sean extranjeros. El chino o cualquier otro extranjero, que vienen aquí, tienen derecho a la protección de la ley. Si los juzgados estatales no les otorgan la misma protección de la ley; si el sentimiento público es tan inhumano como para robarlos de sus derechos civiles, yo digo que no sería yo hombre, que yo sería menos que un hombre, si no insistiera, y aquí insisto, que la promesa a esta nación que se hace es el de cumplir y proteger a los extranjeros chinos o cualquier otro extranjero que nosotros hemos autorizado venga aquí, y darles el derecho a ser oído en nuestros juzgados, que puedan estos demandar y ser demandados, tener la protección de todas la leyes y tener el derecho de todas las leyes como cualquier otro hombre que es). Porque no podemos poner en esta ley este clausulado?) Porque no podemos poner en esta ley las fórmulas para que la Enmienda Catorceava y Quinceava de la Constitución se cumplan? La Enmienda Catorceava estipula que ningún Estado podrá negar la misma protección de la ley a nadie. Los Tratados establecen que ellos tendrán la misma protección de la ley. Justicia, humanidad y decencia lo requieren.⁵⁶

No obstante, es clara la exposición de motivos al explicar la razón por la que se promulga la Ley de 1870; pero el mencionado tribunal de apelación —en el asunto de Bhandari— se ve atado a interpretar de una manera diferente el asunto; explica que el precedente establecido por la Corte Suprema en Jones debe ser aplicado, pues de no hacerlo no existiría seguridad jurídica.⁵⁷ Por lo que resolvió que la Sección 1981 de la decimotercera enmienda no protege al extranjero cuando éste sufre actos discriminatorios en manos de ciudadanos o de empresas privadas.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 1347 (citando Congressional Globe, 41o. Congreso, 2a. Sesión p. 3658, 20 de mayo de 1870).

⁵⁷ Recordemos, el mismo argumento que se hace en la obra magistral de Shakespeare, en el *Mercader de Venecia*, cuando Porsia responde al argumento de Bassanio: “No puede ser, que no exista fuerza en Venecia que pueda alterar un derecho establecido”, Shakespeare, William, 25a. ed., México, Espasa-Calpe, 1989.

GUILLERMINA MAGALLÓN

El razonamiento que aplica el mismo tribunal en el caso *Bhandari* es ilógico y, por tanto, erróneo, ya que sustenta que la ley sólo tiene obligación de proteger al que identifica como ciudadano. Ignora que la decimotercera enmienda emana y trae consigo toda la justificación del historial de la esclavitud, de la guerra civil, del derecho natural de todo ser humano para ser tratado igual, la lucha del Norte contra el Sur, la esclavitud contra la libertad, el blanco contra el negro, el humano contra la bestia, el amo contra el esclavo, el poderoso contra el débil, y no obstante, es claro que esta ley nació con el propósito de proteger al chino, que entonces se encontraba en el estado de California abandonado, olvidado y desamparado por todos.

La decimotercera enmienda constitucional, pues, recoge una gran tradición histórica de humanismo. El senador Stewart, entonces, la expuso claramente; pero mientras que la Corte Suprema no revoque la sentencia pronunciada en Jones, todos los juzgados tendrán que seguir interpretando la decimotercera enmienda de manera ilógica, inhumana y contra todo indocumentado, quien al cruzar la frontera se encuentra siempre en una situación muy singular; es miembro de una clase de individuos que habitan en gran número en los Estados Unidos, y, como tal, es el grupo que está creciendo más rápidamente que ninguno otro; pero, lamentablemente, se encuentra sin representación en los cuerpos legislativos, sea Congreso federal o estatal. Como consecuencia, no podrá cambiar su situación de completo desamparo y olvido a los ojos de la ley, mientras no encuentre quien hable por él en el Congreso; promoviendo iniciativas de ley, o clarificando que tanto las enmiendas cuarta, quinta y decimotercera de la Constitución, también deben ser aplicadas a los indocumentados para preservar su protección.⁵⁸

7. La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares

Si bien la participación consular mexicana en los Estados Unidos data de principios de siglo, no fue sino hasta 1942 cuando los Estados Uni-

⁵⁸ Magallón, *op. cit.*, pp. 79 y ss.

dos y México firmaron la Convención Consular entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América, celebrada el 12 de agosto de 1942.⁵⁹ El propósito de la Convención fue el definir los deberes, los derechos, los privilegios, las exenciones e inmunidades de los funcionarios consulares en cada país. El artículo VI de la Convención delineó específicamente los derechos y obligaciones con respecto a los ciudadanos extranjeros detenidos en el país receptor.⁶⁰

Posteriormente, en 1997, México presentó ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (órgano de la Organización de Estados Americanos), una consulta respecto de “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”. La Corte resolvió que tan pronto como sea una persona detenida, debe ser informada del derecho que tiene de contactar a su consulado para recibir asistencia legal efectiva. La Corte aclaró que “pronta” significa de inmediato, o por lo menos antes de que el detenido dé su declaración a las autoridades.⁶¹

La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, celebrada en Viena en abril de 1961, establece a los miembros firmantes la obligación de informar al detenido que tiene, dentro de sus derechos fundamentales, el derecho de comunicarse con las autoridades consulares mexicanas para solicitar protección.⁶² Igualmente, se firmó el Protocolo

⁵⁹ Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Políticos y Sociales de México, disponible en: http://ilustreinstitutonacional.org.mx/memorias/ec6_Convencion%20Consular%20entre%20EUM%20y%20%20EUA.pdf.

⁶⁰ Artículo VI. 1. “Los Funcionarios Consulares de cualquiera de las dos Altas Partes Contratantes, dentro de sus distritos consulares respectivos, podrán dirigirse a las autoridades, ya sean nacionales, estatales, provinciales o municipales, con el objeto de proteger a los nacionales del Estado que los haya nombrado, en el goce de derechos que puedan ser fundados en Tratado o de otra manera. Se podrán presentar quejas con motivo de la infracción de dichos derechos. La omisión, por parte de las autoridades competentes, de otorgar satisfacción o protección, podrá justificar la intervención diplomática y, en ausencia de un representante diplomático, un Cónsul General o el funcionario consular residente en la capital podrán dirigirse directamente al Gobierno del país”.

⁶¹ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, opinión consultativa, OC-16/99, 1 Oct, 1999, InterAm. Ct. H. R. (Ser A) núm. 16, 1999, disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/A/OC-16ingles-sinfirmas.html>.

⁶² Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, abril de 1963, disponible en: <https://www.oas.org/legal/spanish/documentos/convvienaconsulares.htm>.

GUILLERMINA MAGALLÓN

opcional concerniente a la solución obligatoria de controversias en abril de 1963, ratificado por Estados Unidos en 1969 y por México en 2002; establece a los miembros firmantes la obligación de recurrir a la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia en todo lo que les concierna respecto a las controversias originadas por la interpretación o aplicación de la Convención, a menos que las partes hayan aceptado de común acuerdo, dentro de un plazo razonable, alguna otra forma de arreglo.⁶³

Inexplicablemente, el 7 de marzo de 2005, el secretario general de las Naciones Unidas recibió del gobierno de los Estados Unidos una comunicación en la que se notificaba su retirada del Protocolo Opcional. La comunicación dice lo siguiente:

...el Gobierno de los Estados Unidos de América [se refiere] al Protocolo Opcional de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares Relativas a la Solución Obligatoria de Controversias de abril de 1963. La presente carta constituye una notificación de los Estados Unidos por la cual se retira del Protocolo Opcional antes mencionado. Como consecuencia de este retiro, los Estados Unidos ya no reconocerán la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia reflejada en ese Protocolo.⁶⁴

Con una simple carta, Estados Unidos notifica a las Naciones Unidas que la Corte Internacional de Justicia no tiene jurisdicción para conocer de controversias que emanen por violar la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, lo que hace una vez más, en dejar totalmente desprotegido al indocumentado, en caso de que Estados Unidos viole esta obligación no se someterá a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia.

⁶³ Colección de Tratados de las Naciones Unidas, *Optional Protocol to the Vienna Convention on Consular Relations concerning the Compulsory Settlement of Disputes*, disponible en: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-8&chapter=3&clang=_en.

⁶⁴ Véase *op. cit.*, disponible en: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-8&chapter=3&clang=_en.

8. Conclusión

Estamos iniciando una nueva era con Donald Trump y su política contra México y los mexicanos indocumentados. Creemos que es de vital importancia que México redoble el esfuerzo de presionar, a fin de que los Estados Unidos se sienten a discutir la manera de aplicar la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, para alivianar los abusos continuos a las violaciones que sufren los indocumentados en la unión Americana.

Hoy en día existen más de cincuenta consulados mexicanos en Estados Unidos, lo que constituye la red consular más grande del mundo. El año pasado les aumentaron considerablemente el presupuesto a los consulados para defender a los migrantes de las deportaciones; los consulados dedican más del 40% del tiempo en las labores de protección, y cuentan con una gran red de abogados migratorios. No obstante, creemos que ahora México requiere contratar a abogados constitucionalistas que presenten demandas en los juzgados federales, argumentando que la cuarta, quinta y decimotercera enmiendas constitucionales también deben proteger al indocumentado, como el más elemental derecho civil, así como buscar el apoyo de algún diputado o senador en el Congreso de los Estados Unidos que presente iniciativas de ley para proteger los derechos humanos del indocumentado que otorgan las ya mencionadas cuarta, quinta y decimotercera enmiendas constitucionales; asimismo, México debe pedir el apoyo de las universidades norteamericanas para que, al igual que Janet Napolitano, presenten demandas en los juzgados federales, para que se declare anticonstitucional el rescindir el programa del DACA; a su vez, exhortar a las Naciones Unidas para que emita una resolución que exija a Estados Unidos que tome medidas necesarias para que se le informe a todo el indocumentado detenido sobre el derecho que le otorga la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

Por último, el gobierno mexicano tiene que hacer un llamado a todos los mexicanos que viven legalmente en los Estados Unidos, para que marchen juntos con el indocumentado, pidiendo lo mismo que se solicitó el 28 de agosto de 1963 frente al monumento a Abraham Lincoln

GUILLERMINA MAGALLÓN

en Washington, D. C., durante una histórica manifestación de más de 200,000 personas, buscando que se le otorgaran derechos civiles a la raza afroamericana, en donde Martin Luther King Jr. declaró:

Nos rehusamos a creer que el Banco de la Justicia haya quebrado. Rehusamos en creer que no haya suficientes fondos en las grandes bóvedas de la oportunidad de este país. Por eso hemos venido a cobrar este cheque; el cheque que nos colmará de las riquezas de la libertad y de la seguridad de justicia. También hemos venido a este lugar sagrado, para recordar a Estados Unidos de América la urgencia impetuosa del ahora. Este no es el momento de tener el lujo de enfriarse o de tomar tranquilizantes de gradualismo. Ahora es el momento de hacer realidad las promesas de democracia. Ahora es el momento de salir del oscuro y desolado valle de la segregación hacia el camino soleado de la justicia racial. Ahora es el momento de hacer de la justicia una realidad para todos los hijos de Dios. Ahora es el momento de sacar a nuestro país de las arenas movedizas de la injusticia racial hacia la roca sólida de la hermandad.

Hoy les digo a ustedes, amigos míos, que, a pesar de las dificultades del momento, yo aún tengo un sueño. Es un sueño profundamente arraigado en el sueño “americano”. Sueño que un día esta nación se levantará y vivirá el verdadero significado de su credo: “Afirmamos que estas verdades son evidentes: que todos los hombres son creados iguales”.

Votamos para que la tradición del sueño americano, de que todos los hombres son creados iguales, pueda alcanzarse, y dejar de ser un sueño imposible para el indocumentado. Sabemos que los momentos difíciles hacen que los mexicanos nos unamos y luchemos juntos por salir adelante. El lema de la UNAM “Por mi raza hablara el espíritu” está presente hoy en día en el corazón de todos los inmigrantes mexicanos documentados o indocumentados, despertándolos de una larga noche de opresión, para buscar juntos, por todos los medios, que se le reconozca al indocumentado como lo que es: un ser humano.

Revista de Derecho Privado, Cuarta Época,
año V, núm. 14, julio-diciembre de 2018