

El choque de Arizona con los derechos humanos: la Ley SB 1070

Este comentario, junto a los documentos que analiza, está disponible en www.anuariodch.uchile.cl



Denise Gilman

Desde el 2007, es profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas, donde codirige la Clínica de Inmigración. La profesora Gilman recibió su B.A. en ciencias políticas con honores de Northwestern University y recibió su *juris doctor* en la Facultad de Derecho de Columbia University. La profesora Gilman ejerce su profesión y hace investigaciones y publicaciones en temas de derechos humanos y derechos de los inmigrantes. Antes de emprender su carrera académica enfocó su trabajo profesional primeramente en los derechos humanos en América Latina como abogada y especialista de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y después en Human Rights First. Posteriormente, se dedicó a los derechos civiles de los inmigrantes, desempeñándose como Directora del Proyecto sobre Inmigrantes y Refugiados en el Washington Lawyers' Committee for Civil Rights and Urban Affairs.
DGilman@law.utexas.edu

RESUMEN

Este artículo analiza la legislación antiinmigrante adoptada en Arizona, Estados Unidos, conocida como la Ley SB 1070, desde la perspectiva de los derechos humanos. Describe el impacto sumamente negativo que tiene la ley sobre los individuos que afecta. Al mismo tiempo considera la xenofobia que la motivó y el ambiente discriminatorio que trae como consecuencia en contra de las minorías étnicas y raciales, particularmente los latinos. Al hacerlo, pone en duda la efectividad de la Ley SB 1070, y otras medidas represivas, para controlar la migración irregular. Procede a analizar las violaciones graves de derechos humanos que implica la ley, en relación con el derecho a la igualdad y la libertad y la obligación general de un Estado de promover un ambiente respetuoso de los derechos humanos, especialmente para personas tradicionalmente marginalizadas, como son los inmigrantes irregulares. El artículo concluye con un análisis de la ambivalencia imperante en Estados Unidos hacia el uso de los derechos humanos como marco para cuestionar la Ley SB 1070 y medidas similares. El artículo llama a la mayor utilización del derecho internacional de los derechos humanos como herramienta para impulsar cambios en la política y legislación de los Estados Unidos en materia migratoria.

1. Introducción

Desde abril de 2010, cuando el Estado de Arizona adoptó su legislación sobre inmigración –conocida como SB 1070¹– se ha desencadenado con fuerza un debate sobre la nueva ley. Este artículo analiza desde una perspectiva de derechos humanos dicha ley y las respuestas que ha suscitado. Al hacerlo revela cómo Arizona, en su aventura de formular una legislación antiinmigración, ha provocado un dramático choque con las normas internacionales, haciendo responsable a Estados

¹ Proyecto de Ley Senatorial 1070 del Estado de Arizona, Leg. 29, Sesión Reg. 2, Ch. 113 (Az. 2010), modificado por la medida HB 2162 de Arizona, Leg. 49, Sesión Reg. 2, Ch. 211 (Az. 2010) (de ahora en adelante "SB 1070").

Unidos por graves violaciones a los derechos humanos. Al mismo tiempo, el artículo explora la ambivalencia imperante en los Estados Unidos respecto de la utilización de un marco de derechos humanos para abordar el impacto del SB 1070.

2. Los términos de la ley

El SB 1070 es una iniciativa que pretende crear en el Estado de Arizona una exhaustiva regulación estatal para abordar la inmigración o, al menos, la migración irregular. En sus propios términos, la ley pretende “desalentar y disuadir el ingreso y presencia ilegal de extranjeros”². También intenta explícitamente alentar que los migrantes indocumentados abandonen el Estado, adoptando “la atrición” como “política pública [...] en Arizona”³. La ley construye este sistema de control migratorio por medio de un número de medidas específicas.

a. Criminalización del Estatus de Irregular

El SB 1070 crea en Arizona un delito de carácter estatal para aquellos casos en que un individuo incumpla las normas federales de inmigración que exigen a los inmigrantes registrarse ante las autoridades migratorias y llevar consigo prueba de dicho registro⁴. Este tipo penal de carácter estatal tiene dos efectos.

En primer lugar, genera que la mera presencia de un individuo como indocumentado o inmigrante irregular sea un delito. Sólo pueden registrarse con las autoridades migratorias las personas que cumplen con los requisitos de una de las limitadas y restringidas categorías de inmigración legal que existen y que, por lo tanto, pueden obtener el estatus de inmigrantes regulares en los Estados Unidos. Debido a que la gran mayoría de los migrantes irregulares en los Estados Unidos no califican para ningún estatus, no pueden registrarse y, por tanto, no pueden cumplir con el requisito federal de inscripción o registro. El SB 1070 somete a estos migrantes a persecución penal simplemente por estar en Arizona sin estatus y, por ende, sin registro.

En segundo lugar, la disposición sobre registro contenida en el SB 1070 conducirá a sanciones penales para algunos individuos que sí califican para obtener estatus de inmigrante legal en los Estados Unidos. La ley establece como delito que los inmigrantes no lleven consigo los papeles o documentos de inmigración. Algunos migrantes que sí cumplen con los requisitos para ser elegidos como inmigrantes legales en los Estados Unidos, no tendrán tales documentos porque en muchos casos aún están en la fase de postulación a dicho beneficio, procedimiento que puede tardar meses o años⁵. Ellos enfrentarán la posibilidad de ser condenados por incumplimiento de la obligación de llevar consigo en todo momento los documentos de inmigración, incluso si tales papeles aún no están disponibles para ellos.

Además de criminalizar la mera presencia sin estatus o la falta de llevar papeles por medio del nuevo delito de incumplimiento de deber de registro, el SB 1070 también criminaliza otros aspectos de la existencia de los individuos indocumentados. Por ejemplo, la ley tipifica como un delito estatal en Arizona que los inmigrantes indocumentados busquen empleo o ejecuten algún trabajo⁶.

² *Id.*, Sec. 1.

³ *Id.* Según el Diccionario Merriam Webster, la definición de la palabra “attrition” utilizada en la ley significa “debilitar o agotar mediante constante acoso, abuso o ataque” o “una reducción en números por causa de renuncia [...] o muerte”.

⁴ *Id.*, Sec. 3.

⁵ Ver la declaración de Michael Aytes en *United States v. Arizona* (D. AZ. Junio 2010).

⁶ SB 1070, Sec. 5.

b. Control del Estatus Migratorio y Generación de Perfiles (“Profiling”)

El SB 1070 también exige que los oficiales de policía de Arizona, tanto a nivel local como estatal, investiguen el estatus migratorio de todo individuo que sea retenido por cualquier razón si cuentan para ello con una “sospecha razonable” de que dicha persona se encuentra ilegalmente en los Estados Unidos⁷. La ley exige además que los policías estatales y locales en Arizona verifiquen el estatus migratorio de toda persona formalmente arrestada, incluso si no tienen sospecha alguna de que ésta se encuentre ilegalmente en el país⁸. El individuo no puede ser liberado hasta que se determine su estatus, incluso con posterioridad a que la causa original de su arresto haya sido aclarada. Estas disposiciones son obligatorias⁹ y es probable que conduzcan a interrogatorios invasivos y detenciones prolongadas con el propósito de verificar el estatus migratorio.

La ley también establece un sistema de informes de parte de autoridades estatales y locales de Arizona a las autoridades federales de inmigración. Por regla general, los agentes policiales de Arizona deberán contactar a las autoridades federales de inmigración cuando deban controlar el estatus migratorio de un individuo¹⁰. La ley también exige notificar a las autoridades federales de inmigración en todos los casos en que un migrante indocumentado sea declarado culpable de una violación de la ley, incluso en aquellos casos en que la condena consista en el pago de una multa menor¹¹. La ley también promueve que los agentes encargados de la aplicación de la ley en Arizona conduzcan directamente a los individuos sospechosos de tener estatus de indocumentado ante las autoridades de inmigración¹². De este modo, aún cuando tradicionalmente las autoridades federales eran quienes tenían jurisdicción exclusiva para detener y deportar a los inmigrantes, ahora las autoridades locales y estatales también cuentan con un amplio mandato para impulsar un proceso de deportación. Las interacciones previstas entre los agentes locales y estatales con las autoridades federales de inmigración provocarán frecuentemente la puesta en marcha de procesos de deportación, con las consiguientes probabilidades de una detención prolongada por parte de las autoridades migratorias una vez que el individuo deje de estar bajo custodia estatal o local¹³.

Estas disposiciones sobre control y notificación de estatus migratorio hacen que sea muy probable que los funcionarios policiales generen perfiles de detención discriminatorios sobre la base de la raza, origen étnico y nacional, especialmente en contra de personas latinas. Es probable que un oficial de policía a la hora de determinar si acaso tiene una “sospecha razonable” sobre el estatus migratorio de un individuo utilice características como la raza, el idioma y el origen étnico y nacional¹⁴. Por lo tanto, las personas que hablan español o que parecen ser latinos serán

⁷ *Id.*, Sec. 2 (creando una nueva sección 11-1051(B) en los estatutos del estado de Arizona).

⁸ *Id.*

⁹ *Id.* Sec. 2 (creando nuevas secciones 11-1051 (B), (G) en los estatutos del estado de Arizona). Los oficiales de policía pueden incluso ser demandados si no investigan el estatus migratorio de un individuo.

¹⁰ *Id.*

¹¹ *Id.* (creando nuevas secciones 11-1051 (B-C) en los estatutos del estado de Arizona).

¹² *Id.* (creando una nueva sección 11-1051 (D) en los estatutos del estado de Arizona).

¹³ El sistema federal de inmigración de los Estados Unidos incorpora detenciones generalizadas por periodos prolongados. También es obligatoria la detención para grupos completos de individuos, sin revisión. Ver, por ejemplo, Informe del Relator Especial de los Derechos de los Migrantes, Jorge Bustamante: Addendum-Misión a los Estados Unidos de América (5 Marzo 2008), A/HRC/7/12/Add.2, párr. 22-23, 27-30.

¹⁴ Las ideas sobre la presencia ilegal en los Estados Unidos están “fuertemente relacionadas con un perfil racial específico y [...] el fenómeno se ve exacerbado dentro de ciertas comunidades [...], que han experimentado cambios demográficos rápidos con la llegada de los latinos”. Informe del Chief Justice Earl Warren Institute on Race, Ethnicity and Diversity at University of California, Berkeley Law School como Amicus Curiae, presentado en *Lozano v. Hazleton* (3rd Cir. Abril 2008) (citando varios prestigiosos estudios de ciencias sociales).

sometidas a mayores interrogatorios y hostigamiento que los experimentados por otras personas retenidas por la policía, simplemente por motivos de raza y características étnicas. Además, la ley puede conducir a que la policía seleccione a minorías étnicas y raciales, particularmente a los latinos, como blanco para ser retenidos bajo pretexto de tratarse de faltas menores como infracciones de tránsito y otras similares¹⁵. La policía puede buscar oportunidades para retener o arrestar a individuos que parezcan latinos por delitos muy menores con el fin de indagar sobre su estatus migratorio y, posiblemente, para denunciarlos ante el Servicio de Inmigración y Control de Aduanas (ICE).

La combinación entre el deber de investigar el estatus migratorio y la creación de un delito estatal por incumplimiento de la obligación de registrarse, provoca que las probabilidades de uso de perfiles discriminatorios sean particularmente altas. Este nuevo delito otorga a los agentes policiales una justificación adicional para retener a un individuo que ellos creen que puede estar ilegalmente en el territorio estadounidense, ya que les permite señalar que la razón de la detención fue investigar un posible delito de incumplimiento de la obligación de estar registrado. Ya que este delito está vinculado por su propia naturaleza al estatus de irregular al mismo tiempo que el estatus migratorio no es visible, incentiva a los policías a realizar detenciones sobre la base de perfiles discriminatorios. Es difícil imaginar qué características otorgarían un motivo para detener a un individuo sospechoso de ser indocumentado más allá de factores como el color de piel y el idioma.

Tanto los inmigrantes indocumentados como los inmigrantes legales, y hasta los ciudadanos estadounidenses, podrían fácilmente convertirse en víctimas de estos perfiles discriminatorios. Una vez que un agente se acerca un individuo sobre la base de sospechas sobre su estatus migratorio, se inicia una cadena de eventos negativos. Como mínimo, esta cadena incluirá interrogatorios invasivos sobre el estatus migratorio y, en el peor de los casos, para los indocumentados, la retención conducirá al arresto y posible condena, seguidas de una transferencia a las autoridades de inmigración.

En el último minuto, el Congreso de Arizona hizo una enmienda al SB 1070 prohibiendo a los agentes gubernamentales el uso de la "raza, color u origen nacional [...] excepto dentro de los límites permitidos por la Constitución de los Estados Unidos o de Arizona"¹⁶. No obstante, es improbable que esta enmienda elimine el riesgo del uso de perfiles raciales, particularmente debido a que deja expresamente abierta la posibilidad de que la raza pueda ser utilizada si se formula un argumento de constitucionalidad¹⁷.

c. Otras disposiciones

Por último, como parte del plan de control de la inmigración ilegal, la ley contiene una serie de otras disposiciones que imponen sanciones y cargas a los inmigrantes. Por ejemplo, permite que los inmigrantes indocumentados sean acusados criminalmente de *haberse contrabandeado a sí mismos* y facilita la detención sin orden de arresto de individuos acusados de haber cometido un delito que traiga como consecuencia la deportación¹⁸.

¹⁵ *Id.*

¹⁶ SB 1070, Sec. 2 (creando una nueva sección 11-1051 (B) en los estatutos del estado de Arizona).

¹⁷ Interpretaciones constitucionales en los Estados Unidos sostienen que la raza puede ser utilizada como elemento en detenciones a la hora de determinar el estatus migratorio de un individuo. *Estados Unidos v. Brignoni-Ponce*, 422 U.S. 873 (1975).

¹⁸ SB 1070, Sec. 4.

3. El contexto de la ley

Para poder hacer un análisis profundo del SB 1070, es esencial comprender el contexto en que el Congreso de Arizona aprobó esta ley. Este contexto permite iluminar tanto el proceso por el cual el proyecto se convirtió en ley como el impacto que tiene esta legislación.

La ley SB 1070 fue aprobada en un momento en que el discurso político y social sobre la inmigración se ha enfocado en un llamado para la adopción de medidas enérgicas para el control de la migración, reforzando la frontera y deteniendo y deportando a los inmigrantes indocumentados. En 2006 y 2007, el Congreso de Estados Unidos rechazó una reforma que hubiese actualizado las leyes sobre inmigración y restablecido cierta equidad. En lugar de ello, se aprobó una ley que ordenó la construcción de cientos de miles de muros a lo largo de la frontera Texas/México¹⁹. El Comité encargado de temas de inmigración en la Cámara de Representantes de los Estados Unidos incluso cambió su nombre de “Subcomité de Inmigración, Ciudadanía, Refugiados, Seguridad Fronteriza y Derecho Internacional” al de “Subcomité de Políticas y Control de Inmigración”.

El actual Poder Ejecutivo de los Estados Unidos ha adoptado, al menos como punto de partida en los debates sobre políticas de inmigración, una retórica que apoya la idea de insistir en la aplicación de la ley de inmigración con medidas más represivas. Janet Napolitano, Secretaria del Departamento de Seguridad Nacional del Presidente Barack Obama, ha declarado que los inmigrantes indocumentados son “una fuente de dolor y conflicto” y ha hecho hincapié en la necesidad de “mejorar la aplicación de la normativa de inmigración y seguridad fronteriza” como un componente crítico en las políticas de migración²⁰.

La retórica del gobierno acerca de la deportación y las medidas de seguridad se pueden apreciar en terreno. La tasa de deportaciones casi se ha duplicado en los últimos cinco años; las agencias de inmigración expulsaron a casi 280.000 personas de los Estados Unidos durante los primeros nueve meses de año 2010²¹. Adicionalmente, la detención de inmigrantes ha aumentado. Durante el 2009 los funcionarios de inmigración mantuvieron a un total de 383.524 personas detenidas por motivos migratorios²².

No obstante, segmentos de la población continúan alegando que existe una pérdida de control sobre la inmigración e instan por la adopción de medidas antiinmigración aún más estrictas. Al promulgar el SB 1070, la gobernadora Jan Brewer sostuvo que la ley representaba “una herramienta más [...] en el trabajo por resolver una crisis [...] que el gobierno federal se ha negado a arreglar [...] la crisis causada por la inmigración ilegal y la porosa frontera de Arizona”²³. Otros líderes políticos se han apresurado en apoyar esta ley sobre la base de argumentos similares²⁴.

Este enfoque en la aplicación o cumplimiento de la ley, con base en la idea de que la inmigración ilegal en los Estados Unidos está “fuera de control”, responde y al mismo tiempo incita sentimientos de ira y miedo en contra de los inmigrantes. Doris Meissner, ex Comisionada sobre

¹⁹ Ver Secure Fence Act de 2006, Pub. L. 109-367; CBS News Face the Nation, Immigration Bill's Defeat is Not a Victory (1 de julio de 2007).

²⁰ Comentarios de la Secretaria Napolitano sobre la Reforma de Inmigración para el Centro para el Progreso Americano (Center for American Progress) (Nov. 2009).

²¹ *Id.*

²² Transactional Records Access Clearinghouse, Detention of Criminal Aliens: What Has Congress Bought? (Feb. 11, 2010).

²³ Declaraciones de la Gobernadora Jan Brewer (23 de abril, 2010), disponible en: http://azgovernor.gov/dms/upload/PR_042310_StatementByGovernorOnSB1070.pdf

²⁴ Fox News, Palin Says Brewer Has Something Obama Lacks: “Cojones” (1 de agosto 2010).

Políticas de Inmigración para los Estados Unidos, ha señalado que la animadversión en contra de los inmigrantes está “en su punto culminante”²⁵. El clamor por medidas de migración más duras y el apoyo al SB 1070 deja entrever además un evidente cariz xenófobo, particularmente contra los latinos. Por ejemplo, en defensa del SB 1070, el conocido analista conservador Patrick Buchanan describió la migración ilegal desde México como “una invasión que conducirá a la disolución [de los Estados Unidos] en enclaves étnicos”²⁶.

Esta atmósfera antiinmigrante no ha disminuido desde la aprobación del SB 1070. Otros poderes legislativos estatales a lo largo de todo Estados Unidos están considerando adoptar medidas en la misma dirección que Arizona para abordar a los migrantes irregulares²⁷.

4. Violaciones de derechos humanos implicadas en el SB 1070

Dada la amplitud de las disposiciones de control migratorio contenidas en el SB 1070 y el contexto en que se adoptó dicha ley, no es de extrañar que incurra en violaciones significativas de derechos humanos. Estados Unidos es responsable de estas violaciones de derechos humanos conforme a sus obligaciones internacionales. Estados Unidos es Parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas²⁸. Además, como Estado miembro de la Organización de Estados Americanos, Estados Unidos está obligado a respetar las disposiciones sobre protección de derechos humanos contenidas en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, las cuales deben ser interpretadas a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁹.

Si bien las violaciones de derechos humanos resultantes del SB 1070 derivan de acciones a nivel estatal, esta realidad no exime a Estados Unidos de responsabilidad bajo el derecho internacional. Un Estado es responsable por violaciones de derechos perpetradas por actores subfederales³⁰.

El impacto a nivel de derechos humanos del SB 1070 se extiende a inmigrantes legales, migrantes irregulares e incluso ciudadanos estadounidenses pertenecientes a minorías étnicas, pero sin lugar a dudas esta ley está dirigida a los migrantes irregulares. El derecho internacional de los derechos humanos protege a todos los migrantes independientemente de su estatus³¹. Si bien los Estados tienen la autoridad para establecer políticas de inmigración y para admitir o expulsar migrantes, deben garantizar a los migrantes un debido proceso y el respeto de la dignidad humana incluso si son sometidos a un proceso de deportación y deben respetar los otros derechos humanos de los migrantes en el sistema migratorio y fuera de ello³². De hecho, los organismos de derechos

²⁵ NPR, Immigration Enforcement Working, Numbers Show (4 de enero de 2011).

²⁶ BUCHANAN, Patrick J. Whose Country Is This. (27 de abril de 2010), disponible en: <http://buchanan.org/blog/whose-country-is-this-3955>.

²⁷ New York Times, Political Battle on Illegal Immigration Shifts to States (31 de Dic. 2010).

²⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Ratificado por los Estados Unidos el 8 de junio de 1992, entró en vigor para los Estados Unidos el 8 de septiembre de 1992.

²⁹ Ver Corte IDH, OC-10/89 (14 de julio 1989), párr. 35-45. Comisión IDH, James Terry Roach and Jay Pinkerton v. United States, Caso 9647 (Sept. 1987), párr. 46-49. Comisión IDH, Juan Raúl Garza v. Estados Unidos, Caso 12.243, párr. 88, 89.

³⁰ DULITZKY, Ariel. Federalismo y Derechos Humanos: El Caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la República Argentina. Anuario Mexicano de Derecho Internacional (2005-07).

³¹ Ver Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, Jorge Bustamante (mayo 2009), A/HRC/11/7, párr. 38, 40.

³² Ver Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto (4 Nov. 1986) párr. 2, 4, 5, 7, 9, 10. Ver Informe del Relator Especial de los Derechos de los Migrantes, Misión a los Estados Unidos de América, párr. 9; Corte IDH, Caso Vélez Loor. V. Panamá, 23 Nov. 2010, párr. 97, 98, 100; Corte IDH, Opinión Consultiva OC.18/03, 2003, párr. 119.

humanos han reconocido que los migrantes, en particular los irregulares o indocumentados, a menudo requieren que sus derechos sean especialmente protegidos debido a su situación de particular vulnerabilidad³³.

a. Violaciones directas de derechos humanos

Las violaciones específicas de los derechos humanos por parte de Estados Unidos, provenientes del SB 1070, son tan amplias como los propios efectos de la ley. La ley conduce a violaciones particularmente graves del derecho a la igualdad y del derecho a la libertad personal.

i. El Derecho a la igualdad ante la ley y la no-discriminación

Además de su incorporación en casi todos los instrumentos de derechos humanos³⁴, incluyendo aquellos que son aplicables a los Estados Unidos, el principio de igualdad ante la ley se ha convertido en una norma de *jus cogens*³⁵. El derecho internacional de los derechos humanos reconoce que los migrantes pueden en ocasiones recibir un trato diferente al otorgado a los nacionales del propio Estado, pero a la vez garantiza a los migrantes el derecho a la no-discriminación. Toda distinción que se realice debe ser razonable y proporcionada y no puede violar otros derechos humanos³⁶.

El SB 1070 viola la prohibición de discriminación con respecto a los migrantes. La ley claramente posiciona a los migrantes para recibir un trato vejatorio. Asimismo, la ley no parece haber sido diseñada como una medida razonable y proporcional para la consecución de objetivos gubernamentales legítimos relativos a la inmigración. La ley fue promulgada por el Estado de Arizona, siendo el gobierno federal el encargado de ejecutar políticas migratorias en los Estados Unidos. Arizona no puede abordar objetivos legítimos del Estado de Arizona que deben ser tratados por medio de leyes estatales de control migratorio. Además, fue la xenofobia la que, al menos parcialmente, motivó la promulgación de la ley y no objetivos racionales sobre políticas de inmigración.

Adicionalmente, el SB 1070 genera una situación de grave discriminación sobre la base de la raza, etnia y origen nacional. El SB 1070 conduce a la utilización de perfiles raciales. El impacto negativo de la ley –incluyendo retenciones policiales, interrogatorios invasivos relativos al estatus migratorio, detenciones por períodos potencialmente muy largos y posibles cargos criminales– será experimentado desproporcionadamente por grupos de minorías étnicas y raciales, particularmente por latinos. De este modo, el SB 1070 conduce a una violación del derecho a la igualdad por parte de los Estados Unidos.

ii. El derecho a la libertad personal

El derecho a la libertad personal también está protegido en los instrumentos de derechos humanos aplicables a los Estados Unidos³⁷. El SB 1070 viola el derecho a la libertad personal en dos niveles diferentes.

En primer lugar, a nivel general, la criminalización del estatus de migrante irregular por parte del SB 1070 viola el derecho a la libertad personal. Organismos internacionales de derechos huma-

³³ Corte IDH, OC-18/03, párr. 112-13, 117; Corte IDH, Caso Vélez Loo, párr. 98.

³⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 26; Declaración Americana, artículo 2.1.

³⁵ Corte IDH, OC-18/03, párr. 101; Caso Vélez Loo, párr. 248.

³⁶ Ver Corte IDH-18/03, párr. 19.

³⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9; Declaración Americana, artículo I, XXV.

nos han establecido que los Estados no pueden imponer sanciones penales ni pueden detener a personas sobre la base de su condición de “indocumentadas”. Así, si un Estado criminaliza la condición de migrante irregular, dicho Estado contraviene las normas de derechos humanos de manera que la acción estatal será arbitraria y violatoria del derecho a la libertad personal³⁸.

En segundo lugar, las disposiciones específicas del SB 1070 prevén la detención automática y frecuentemente prolongada de los migrantes bajo una serie de circunstancias: para investigar el estatus migratorio después de una retención policial; para verificar y reportar el estatus migratorio con autoridades federales en caso de arresto o condena; para el transporte del individuo hacia las autoridades migratorias y, a partir de ese transporte y en adelante, en todo caso en que las autoridades de inmigración decidan ponerlo bajo su custodia. El derecho internacional de los derechos humanos prohíbe la detención automática y generalizada de personas migrantes incluso como medio de control de la inmigración³⁹. Estas normas también prohíben la detención de los migrantes sobre la base de su estatus irregular por un período mayor al mínimo de tiempo que sea absolutamente necesario⁴⁰. El SB 1070 no satisface estos estándares internacionales y, por ende, constituye una violación del derecho a la libertad personal⁴¹.

b. Violaciones a principios generales de derechos humanos

Además de las violaciones directas de derechos humanos que provienen de la aplicación de ciertas disposiciones específicas del SB 1070, la legislación en sí misma constituye una violación generalizada de derechos. Conforme con el derecho internacional de los derechos humanos, los Estados deben promover y garantizar los derechos humanos, además de abstenerse de la violación directa de tales derechos⁴². Para cumplir con esta obligación, los Estados deben organizar el aparato gubernamental y el poder público a fin de garantizar el pleno goce de los derechos humanos y, en consecuencia, deben tomar medidas para prevenir y sancionar violaciones de derechos aún cuando éstas sean cometidas por parte de actores privados⁴³. En caso de ser necesario, los Estados incluso deben adoptar medidas especiales que promuevan el respeto a los derechos humanos de grupos tradicionalmente marginalizados, como son los migrantes⁴⁴.

En vez de cumplir con estas obligaciones, el SB 1070 surge de y se basa en una oleada de xenofobia y prejuicios contra los inmigrantes. La aprobación del SB 1070 transmite un fuerte mensaje de censura en contra de migrantes y minorías étnicas. De hecho, los redactores de la ley han declarado explícitamente que pretendían que la legislación “enviara el mensaje” de que “los inmigrantes ilegales no son bienvenidos”⁴⁵. La ley ha creado intencionalmente una atmósfera en que los migrantes son vilipendiados en lugar de ser tratados con dignidad. Su sola adopción

³⁸ ONU, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Informe del Grupo, A/HRC/7/4 (Jan. 10, 2008), párr. 53; ONU, Informe de la Relatora Especial sobre Migrantes, E/CN.4/2003/85 (Dec 30, 2002), párr. 73; Corte IDH, Caso Vélez Loor, párr. 169, 171.

³⁹ Corte IDH, Caso Vélez Loor, p. 117-18, 171; Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre Derechos de los Migrantes: Misión a los Estados Unidos de América, párr. 23.

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ El SB 1070 probablemente también viola las normas internacionales de derechos humanos que garantizan el debido proceso, ya que las detenciones previstas en la ley son tan automáticas que no permiten un mecanismo adecuado de revisión. Ver Convención Americana, artículo 8 (1), Declaración Americana, artículo XVIII; Corte IDH Caso Vélez Loor, párr. 142-143.

⁴² Convención Americana, artículo 1(1); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2 (1).

⁴³ Corte IDH Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras (29 de julio, 1988), párr. 166-67, 176; Corte IDH, OC-18/03, párr. 104.

⁴⁴ Corte IDH, OC-18/03, párr. 112-17; Corte IDH, Caso Vélez Loor, párr. 98.

⁴⁵ Seattle Times, Arizona Immigration Law would be Among Strictest (14 de abril de 2010).

como ley contraviene, por tanto, la obligación del Estado de garantizar un entorno de protección y respeto hacia los migrantes.

Además, la existencia de la ley hace que sea probable que los inmigrantes en Arizona y probablemente en otros lugares a lo largo de los Estados Unidos, sufran violaciones adicionales a sus derechos a manos de actores privados. Tomando en cuenta que esta legislación aprueba una concepción de los inmigrantes como indeseables y menos merecedores de derechos, es muy probable que los migrantes sean objeto de discriminación en el acceso a la vivienda y al empleo, violando su derecho a la igualdad. Los migrantes incluso pueden enfrentar violaciones a su derecho a la integridad física. En ocasiones, extremistas antiinmigrantes han efectuado ataques físicos en contra de inmigrantes y minorías étnicas y es probable que el SB 1070 fomente este tipo de ataques⁴⁶. Al incitar y apoyar prejuicios en contra de los inmigrantes, el SB 1070 genera responsabilidad de los Estados Unidos por las acciones perpetradas en su contra.

5. El discurso de derechos humanos y las respuestas al SB 1070

Las violaciones de derechos humanos provocadas en el SB 1070 son evidentes y los organismos internacionales de derechos humanos han condenado el SB 1070 con vehemencia. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió un comunicado de prensa a menos de una semana de la promulgación del SB 1070 expresando su “profunda preocupación” por el “alto riesgo de discriminación racial” que implicaba la ley y por la “criminalización de la presencia de indocumentados”⁴⁷. Poco después, relatores especiales y expertos de las Naciones Unidas expresaron su “seria preocupación” sobre el SB 1070 y la probabilidad de que condujera a la detención e interrogatorio de personas pertenecientes a minorías étnicas e inmigrantes “sobre la base de la percepción de sus características étnicas”⁴⁸.

México y otros Estados también expresaron su enérgica oposición al SB 1070 en términos de derechos humanos. Legisladores mexicanos incluso evaluaron la posibilidad de solicitar una Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de la validez del SB 1070 bajo los estándares del derecho internacional⁴⁹. México y otros Estados también utilizaron un lenguaje propio de los derechos humanos para condenar la ley en escritos presentados ante los tribunales estadounidenses como parte de la estrategia de litigación que cuestionaba el SB 1070⁵⁰.

No obstante, actores dentro de los Estados Unidos han sido mucho más ambivalentes a la hora de utilizar el marco de los derechos humanos para hacer frente al SB 1070. El discurso de derechos humanos se ha mantenido lejos del centro de gravedad en el debate sobre el SB 1070 y se ha enfrentado a una batalla difícil para ganar incidencia en la discusión.

⁴⁶ Ver, por ejemplo, Anti-Defamation League, Death Penalty Sought Against Border Vigilante Leaders for Alleged Murders (8 de sept. de 2009) (individuos asociados con el Minuteman American Defense, un grupo de vigilantes de la frontera, ingresaron a la casa de una familia latina y asesinaron a varias personas); MALDEF Wins Ninth Circuit Decision Upholding Verdict Against Arizona Vigilantes for Attack on Immigrants (4 de febrero de 2011) (un ganadero atacó a un grupo de migrantes que descubrió en la frontera entre Arizona y México).

⁴⁷ CIDH, CIDH Expresa Preocupación por Nueva Ley de Inmigración de Arizona, Estados Unidos (28 de abril de 2010).

⁴⁸ ONU, Oficina del Alto Comisionado por los Derechos Humanos, Arizona: UN Experts Warn Against a Disturbing legal Pattern Hostile to Ethnic Minorities and Immigrants (10 de mayo, 2010).

⁴⁹ El Semanario, Legisladores de México y EU Acuerdan Recurso ante CIDH (19 de enero, 2011).

⁵⁰ Informe de los Estados Unidos de México como Amicus Curiae en apoyo de los demandantes, presentado en *Friendly House. v. Whiting* (D. Ariz. Junio 2010); Moción de Ecuador para unirse al Amicus Curiae de los Estados Unidos de México, presentado en *Friendly House v. Whiting* (D. Ariz.).

En los Estados Unidos, el principal ataque en contra del SB 1070 ha adoptado la forma de acciones judiciales que buscan impugnar la constitucionalidad de la ley dentro de los tribunales federales de los Estados Unidos⁵¹. Varias organizaciones de derechos civiles han interpuesto acciones que buscan invalidar el SB 1070. Las demandas y documentos presentados hasta el momento en dichos litigios no hacen mención a violaciones de derechos humanos, pese a que sí otorgan significativa atención desde la perspectiva constitucional a la potencial discriminación y la generación de perfiles raciales que produce el SB 1070. Como suele ocurrir en los Estados Unidos, los “derechos civiles” son utilizados sin mención al derecho de los derechos humanos ni cita alguna a las normas internacionales.

El gobierno federal, a través del Departamento de Justicia de los EE.UU., también ha presentado una acción judicial como estrategia para impugnar la constitucionalidad del SB 1070⁵². Este litigio ha llevado a una decisión de las cortes federales de emitir medidas cautelares dejando sin efecto las disposiciones de la ley mientras se espera la decisión final de las cortes sobre su constitucionalidad⁵³. El discurso de derechos humanos, sin embargo, no ha jugado rol alguno. El gobierno federal se ha centrado en argumentos relativos al federalismo y ni siquiera ha mencionado argumentos sobre la protección constitucional de la igualdad ante la ley. En los escritos presentados por el gobierno nunca se menciona el término “derechos civiles” y, por supuesto, no se hace referencia alguna a los derechos humanos.

Por el otro lado, lejos de la escena central del debate sobre el SB 1070, el tema de los derechos humanos sí ha desempeñado algún papel. Algunas organizaciones no-gubernamentales, sobre todo locales, han utilizado el lenguaje de los derechos humanos para organizar protestas y otras actividades más allá del litigio en contra de la ley⁵⁴. Este uso marca una interesante tendencia, en la que se utiliza el discurso de derechos humanos como una herramienta para organizar comunidades en cuestiones de políticas públicas, pero se considera todavía que es ineficiente o incluso riesgoso invocar normas de derecho internacional de los derechos humanos dentro de los foros legales. Dado que el litigio es una plataforma clave para impulsar cambios en Estados Unidos, el relegar el lenguaje de los derechos humanos a los ámbitos no jurídicos limita la posibilidad de que las estrategias de derechos humanos jueguen un papel significativo y positivo en el debate alrededor del SB 1070.

El gobierno de Obama ha realizado su propia conexión entre el SB 1070 y los derechos humanos, pero únicamente para una audiencia internacional externa a los Estados Unidos. En su informe presentado ante Naciones Unidas como parte del Examen Periódico Universal que lleva acabo el Consejo de Derechos Humanos, la administración Obama abordó el tema de la preocupación generada por el SB 1070 en el marco de los derechos humanos⁵⁵.

Si bien la referencia tímida de Estados Unidos al SB 1070 como cuestión de derechos humanos no ha llevado a un diálogo sobre los derechos humanos en Estados Unidos, sí provocó fuertes reacciones adversas en Arizona. La gobernadora de Arizona, Janice K. Brewer, protestó formalmente

⁵¹ Ver Class Action Complaint for Declaratory and Injunctive Relief, presentada en *Friendly House. v. Whiting* (D. Ariz. 2010).

⁵² Departamento de Justicia, *Citando Conflict with Federal Law, Department of Justice Challenges Arizona Immigration Law* (6 de julio, 2010); *United States v. Arizona* (D. Ariz. 2010).

⁵³ *United States v. Arizona*, 703 F. Supp. 2d 980 (D. Ariz 2010); *United States v. Arizona*, 2011 U.S. App. LEXIS 7413 (9th Cir. 11 de abril, 2011).

⁵⁴ Ver, por ejemplo, *Yes Magazine*. In *Arizona, A Human Rights Summer* (30 de julio, 2010).

⁵⁵ Informe de los Estados Unidos presentado al grupo de trabajo del Examen Periódico Universal: *A/HRC/WG.6/9/USA/1* (23 de agosto, 2010), párr. 95.

por la referencia al SB 1070 en el informe del Estado presentado en el Examen Periódico Universal, denunciando que cualquier intento de “revisión” internacional de la ley de Arizona era una forma de “internacionalismo fuera de control”⁵⁶. Si bien la gobernadora no logró comprender el rol que los organismos internacionales deben jugar a la hora de evaluar el impacto sobre los derechos humanos que tiene el SB 1070, sí tuvo éxito en formular un punto importante. Su protesta hizo hincapié en el hecho de que el gobierno federal no había incluido ninguno de los “así llamados” temas de derechos humanos entre sus argumentos contra la ley en los juicios llevados dentro de los tribunales norteamericanos⁵⁷. La omisión de parte del gobierno federal en reconocer y abordar las violaciones de derechos humanos causadas por el SB 1070 dentro de los Estados Unidos, redujo las probabilidades de que la referencia del gobierno a nivel internacional pudiera dar lugar a un desarrollo de la discusión significativo en el ámbito doméstico.

La ambivalencia hacia el discurso de los derechos humanos, tanto por parte del gobierno como por parte de los abogados y defensores, deriva sin duda de una larga tradición de excepcionalismo en Estados Unidos. Estados Unidos resiste una concepción de los derechos humanos que implica obligaciones concretas para el Estado, haciendo que sea extremadamente difícil utilizar el derecho internacional de los derechos humanos para impulsar cambios. En reconocimiento de esta realidad, los abogados y defensores abandonan el terreno de los derechos humanos y se repliegan al campo de los derechos civiles constitucionales. Sin embargo, en el caso del SB 1070, el derecho de los derechos humanos puede ofrecer un marco mucho más apto para describir el impacto negativo y las violaciones de derechos causados por la legislación y, por lo tanto, una herramienta más efectiva para avanzar el debate. Es posible que el SB 1070 también compruebe las limitaciones de las estrategias basadas exclusivamente en los derechos civiles y el sistema judicial norteamericano. A pesar de que hasta el momento el litigio se ha mostrado como una estrategia posiblemente eficaz para cuestionar la ley SB 1070, no existe ninguna garantía que se invalidará o que se revocará la ley si las cortes, el gobierno y los defensores siguen operando exclusivamente dentro del viejo marco de los derechos civiles. Será necesario recurrir a los derechos humanos con más seriedad e intencionalidad si las estrategias tradicionales fallan en sus intentos de revertir los efectos del SB 1070.

6. Conclusiones

La adopción por parte de Arizona del SB 1070 volvió a poner a los Estados Unidos en un camino de colisión con las normas internacionales de derechos humanos. Queda por ver si el choque resultante será lo suficientemente grave como para despertar a los Estados Unidos de su “excepcionalidad” internacional llevando a la anulación del SB 1070 y la restauración de importantes protecciones de los derechos humanos.

⁵⁶ Carta de Janice K. Brewer, Gobernadora de Arizona a Hillary Rodham Clinton, Secretaria de Estado de los Estados Unidos (27 de agosto de 2010).

⁵⁷ *Id.*