

Leiza  
Brumat

## LA VULNERABILIDAD DE LOS INMIGRANTES COMO SUJETOS DE DERECHOS HUMANOS: UN ANÁLISIS DE LA SB 1070 DEL ESTADO DE ARIZONA

*Becaria doctoral CONICET-UADE. Lic. en Gobierno y Relaciones Internacionales (UADE). Maestranda en Relaciones y Negociaciones Internacionales (FLACSO-UdeSA-Universidad de Barcelona). Doctoranda en Ciencias Sociales (FLACSO). Jefa de Trabajos Prácticos en UADE: Teoría de las Relaciones Internacionales, Relaciones Internacionales de América Latina, Organismos Internacionales.*

*El movimiento de personas a través de las fronteras estatales es un fenómeno presente a lo largo de siglos de historia. Sin embargo, en los últimos años esto ha adquirido especial notoriedad debido a diversos factores tales como: los delitos internacionales relacionados con las migraciones (trata y tráfico de personas), los problemas suscitados por la diversidad cultural, los movimientos internacionales de personas en busca de refugio debido a la precaria situación que viven en sus países de origen, la criminalización de los inmigrantes en determinados Estados, relacionado con el incremento de medidas de seguridad estatal apuntados a reducir los flujos migratorios, entre otros.*



El terrorismo y el crimen transnacional han sido utilizados como fundamento en muchos Estados para el endurecimiento de normativas migratorias, generalmente con fines políticos. La 'ley de Arizona' es un representativo ejemplo de una normativa que ha suscitado grandes debates tanto en Estados Unidos como en la comunidad internacional. En dicho debate se encuentran presentes cuestiones relativas a los derechos humanos (DDHH), al respeto por las minorías y al modelo de integración de la diversidad en un país por definición creado a partir de la inmigración.

El presente escrito tiene por objetivo realizar una introducción a la temática de las migraciones internacionales en relación a los Derechos Humanos de quienes se mueven a través de las fronteras estatales, para analizar el status jurídico que reciben los mismos. A partir de la definición de la 'vulnerabilidad' de los inmigrantes se buscará explicar la diferencia en el goce de sus derechos fundamentales que estos poseen. Luego, se realizará un análisis de la reciente y controvertida Senate Bill 1070 del Estado de Arizona, más conocida como 'ley de Arizona'. En dicho análisis se indagará si esta norma entra o no en colisión con principios fundamentales de los Derechos Humanos y con tratados internacionales en la materia ratificados por Estados Unidos. Asimismo, se explicará brevemente la demanda realizada por el gobierno de EEUU al Estado de Arizona por dicha ley y qué relación tiene la misma con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

### **Migraciones y Derechos Humanos: generalidades**

Existe, a nivel internacional, un creciente consenso de que la violación de los DDHH es una cuestión de legítima preocupación para otros países e instituciones internacionales. [1] Esto se ve reflejado en el hecho de que en los últimos 50 años se han aprobado numerosos tratados internacionales, compilando costumbre, creando obligaciones en la materia para un

número creciente de Estados y limitando la soberanía estatal con vistas al respeto de la vida y la dignidad humanas. El principio subyacente a este sistema de tratados y mecanismos de protección es la universalidad de estos derechos,[2] expresado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

Sin embargo, el respeto a los Derechos Humanos a nivel internacional dista de ser óptimo. La concientización y percepción por parte de muchos Estados miembro de las Naciones Unidas de la tendencia al empeoramiento en el goce de los derechos fundamentales de los migrantes internacionales en algunas partes del mundo [3] ha llevado a estos Estados a tomar acción en el asunto de diversas maneras, como por ejemplo creando de un grupo de expertos para estudiar el problema, o nombrando a una Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de los Migrantes además de promulgar tratados y declaraciones que abarcan cuestiones migratorias. [4]

### **Vulnerabilidad**

En general, por su situación estructural y status de extranjero, [5] los inmigrantes son 'naturalmente' más vulnerables que el resto de la población. Esta situación de vulnerabilidad, entendida como una condición social de falta de poder adscripta a individuos con ciertas características que son percibidas como una desviación de las definiciones prevalecientes de lo 'nacional', deriva de elementos culturales tales como estereotipos, prejuicios, racismo, xenofobia e ignorancia. [6] La misma se cristaliza en una distinción jurídica de diferenciación en el goce de los derechos que se naturaliza por este proceso social. Esto resulta en varios grados de impunidad (entendida como la ausencia de costos economicos, sociales o políticos para el violador de los derechos) para los casos de violación de DDHH de los migrantes.[7] En consecuencia, como

\* *Las normas de DDHH han creado un nuevo sistema para la protección de los derechos de los individuos (siendo el anterior y tradicional, la protección diplomática), estén estos en sus países o en el extranjero. Estos derechos derivan de los tratados de DDHH por los que su país de origen o de residencia se haya obligado voluntariamente y por lo tanto haya ratificado. La falta de instrumentos internacionales que protegiesen los derechos de los migrantes y su ‘invisibilidad’ en los debates sobre derechos humanos durante muchos años contribuyó a alimentar la percepción de que eran un grupo aparte, sin los mismos derechos que el resto.*

extranjeros, enfrentan problemas de integración cultural y en particular lingüística en algunos casos, lo que lleva a que tengan más dificultad para el conocimiento de las leyes del lugar de residencia. Son fácilmente objeto de discriminación y de trato y otorgamiento de oportunidades desiguales, lo que se exagera en el caso de que el inmigrante resida en el país de manera ilegal. [8] Por lo tanto, en virtud de su posición social, cultural o económica en una comunidad, los inmigrantes son sujetos más vulnerables ya que sus necesidades o intereses se encuentran amenazados o insatisfechos. [9]

Esta definición lleva como conclusión a asociar distancia del lugar de origen con el aumento de la vulnerabilidad de una persona y por lo tanto, la probabilidad de que vea vulnerados sus derechos fundamentales y que se reduzca su capacidad de defenderse de esto.

#### **Instrumentos internacionales**

La condición de vulnerabilidad de los DDHH de un inmigrante es una cuestión internacional, derivada del interés de un país de pertenecer a la comunidad internacional y al sistema de derechos y principios por ella acordados. [10]

Si bien los instrumentos internacionales para la protección de los DDHH han ido en aumento, los relativos a la protección

de un grupo tan vulnerable como los migrantes aún no están unidos en un mismo régimen aceptado como obligatorio por toda la comunidad internacional que una todos los derechos relativos a este colectivo. Entre los instrumentos internacionales para la protección de los derechos de los inmigrantes se pueden distinguir dos grupos: en primer lugar, el ‘núcleo’ de tratados de DDHH (tales como la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención de los Derechos del Niño o la Convención para la eliminación de la Discriminación Racial) que, al ser universales, aplican también para los migrantes. En segundo lugar, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias y las convenciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que regulan los derechos de los trabajadores migratorios en particular. [11]

Las normas de DDHH han creado un nuevo sistema para la protección de los derechos de los individuos (siendo el anterior y tradicional, la protección diplomática), estén estos en sus países o en el extranjero. Estos derechos derivan de los tratados de DDHH por los que su país de origen o de residencia se haya obligado voluntariamente [12] y por lo tanto haya ratificado.

La falta de instrumentos internacionales que protegiesen los derechos de los migrantes y su ‘invisibilidad’ en los debates sobre derechos humanos durante muchos años contribuyó a alimentar la percepción de que eran un grupo aparte, sin los mismos derechos que el resto. [13]

#### **La ley de Arizona: SB 1070**

En abril de 2010, la Gobernadora del Estado de Arizona Jan Brewer firmó la Senate Bill 1070, conocida posteriormente en los medios como ‘ley de Arizona’, destinada a regular cuestiones concernientes a políticas migratorias. Cuando esta ley se hizo pública, suscitó amplios debates acerca de las posibles violaciones a los DDHH que podría provocar, entre otros efectos.

En cuanto a las medidas previstas en dicha ley que pueden ser objeto de cuestionamiento por su conformidad o no con el Derecho Internacional de los DDHH, se puede observar lo siguiente:

El único tratado internacional de DDHH ratificado por EEUU que se relaciona a los derechos de colectivos en los que se encuentran incluidos los migrantes es la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (CIEDR) de 1969. Aparte, EEUU forma

parte de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 1948 la cual, para cierta parte de la doctrina es una norma obligatoria de tipo consuetudinario y para otra son “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”, por lo que se la puede considerar principio general del derecho internacional. [14] Por consiguiente, el cumplimiento de esta Declaración encierra responsabilidad internacional del Estado por su accionar. [15] El deber mismo de respetar los DDHH constituye una norma imperativa de Derecho Internacional, o de *ius cogens*. [16]

Por lo tanto, basándonos en este tratado y en normas de *ius cogens* relativas a los DDHH, se pueden realizar las siguientes consideraciones:

#### **En cuanto al objetivo citado por la ley, el mismo es:**

The provisions of this act are intended to work together to discourage and deter the unlawful entry and presence of aliens and economic activity by persons unlawfully present in the United States. (cursiva propia)

Puede notarse que el lenguaje utilizado en los objetivos mismos de la ley encierra un trato diferencial hacia la persona residente en el territorio de Estados Unidos sin regular su situación migratoria. El objetivo mismo de la ley es explícitamente reducir hasta eliminar el flujo de esta inmigración.

#### **El artículo más controvertido de la ley dice lo siguiente:**

B. FOR ANY LAWFUL CONTACT MADE BY A LAW ENFORCEMENT OFFICIAL OR AGENCY OF THIS STATE OR A COUNTY, CITY, TOWN OR OTHER POLITICAL SUBDIVISION OF THIS STATE WHERE *REASONABLE SUSPICION* EXISTS THAT THE PERSON IS AN ALIEN WHO IS UNLAWFULLY PRESENT IN THE UNITED STATES, A REASONABLE ATTEMPT SHALL BE MADE, WHEN PRACTICABLE, TO DETERMINE THE IMMIGRATION STATUS OF THE PERSON. THE PERSON'S IMMIGRATION STATUS SHALL BE VERIFIED WITH THE FEDERAL GOVERNMENT PURSUANT TO 8 UNITED STATES CODE SECTION 1373(c). (cursiva propia)

La provisión de una “sospecha razonable” deja abierto a interpretación de los agentes estatales qué personas, a simple vista, parecen ser inmigrantes ilegales, siendo este un status de tipo jurídico y no una característica física detectable por mera observación. Este artículo claramente viola la CIEDR en su artículo 1.1, la definición misma de “discriminación racial”, que implica realizar una “distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en raza, color,

descendencia, u origen nacional o étnico, que tiene el objetivo o efecto de anular o afectar el reconocimiento, disfrute o ejercicio, en igualdad de condiciones, de derechos humanos y libertades fundamentales...”. El artículo 1.2 se establece que la Convención no realiza distinción entre ciudadanos y no-ciudadanos de un Estado parte, distinción que sí realiza esta ley.

#### **Otros artículos ‘controvertidos’ son:**

C. IF AN ALIEN WHO IS UNLAWFULLY PRESENT IN THE UNITED STATES IS CONVICTED OF A VIOLATION OF STATE OR LOCAL LAW, ON DISCHARGE FROM IMPRISONMENT OR ASSESSMENT OF ANY FINE THAT IS IMPOSED, THE ALIEN SHALL BE TRANSFERRED IMMEDIATELY TO THE CUSTODY OF THE UNITED STATES IMMIGRATION AND CUSTOMS ENFORCEMENT OR THE UNITED STATES CUSTOMS AND BORDER PROTECTION.

Este artículo criminaliza cualquier contravención menor que un inmigrante ilegal pudiese realizar, tal como una infracción de tránsito.

E. A LAW ENFORCEMENT OFFICER, *WITHOUT A WARRANT*, MAY ARREST A PERSON IF THE OFFICER HAS PROBABLE CAUSE TO BELIEVE THAT THE PERSON HAS COMMITTED ANY PUBLIC OFFENSE THAT MAKES THE PERSON REMOVABLE FROM THE UNITED STATES. (cursiva propia)

Las autoridades del Estado de Arizona decidirán entonces acerca de la permanencia o la expulsión de una persona del territorio del Estado. Además, se puede realizar la detención de una persona sin orden judicial basándose en meras consideraciones personales del agente acerca de la presunta ofensa pública que esa persona pudiese haber realizado, violando numerosos derechos básicos como: el derecho a la libertad, el derecho a la presunción de inocencia (art. 11.1 DUDH), el artículo 9 de la DUDH (“nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”) y los artículos 5.a y 5.i de la CIEDR, que garantizan el tratamiento igualitario ante los órganos que administran justicia y la libertad de movimiento de una persona dentro de un Estado.

Entre los derechos fundamentales inderogables, o de *ius cogens*, se encuentran ciertas garantías para las detenciones arbitrarias que incluyen, entre otros, el derecho a ser tratado con humanidad y el hecho de que el periodo de detención deberá ser limitado, [17] lo que tampoco se cumple en esta ley.

F. EXCEPT AS PROVIDED IN FEDERAL LAW, OFFICIALS OR AGENCIES OF THIS STATE AND COUNTIES, CITIES, TOWNS AND OTHER POLITICAL SUBDIVISIONS OF THIS STATE MAY NOT BE PROHIBITED OR IN ANY WAY BE RESTRICTED FROM SENDING RECEIVING OR MAINTAINING



INFORMATION RELATING TO THE IMMIGRATION STATUS OF ANY INDIVIDUAL OR EXCHANGING THAT INFORMATION WITH ANY OTHER FEDERAL, STATE OR LOCAL GOVERNMENTAL ENTITY FOR THE FOLLOWING OFFICIAL PURPOSES:

1. DETERMINING ELIGIBILITY FOR ANY PUBLIC BENEFIT, SERVICE OR LICENSE PROVIDED BY ANY FEDERAL, STATE, LOCAL OR OTHER POLITICAL SUBDIVISION OF THIS STATE.

Es decir que mediante este art., la información del status de ilegal de una persona haría que quedase a criterio de las autoridades estatales su acceso a beneficios y servicios públicos, contradiciendo el art. 5.iv de la CIEDR que garantiza el derecho a los servicios sociales.

J. THIS SECTION SHALL BE IMPLEMENTED IN A MANNER CONSISTENT WITH FEDERAL LAWS REGULATING IMMIGRATION, PROTECTING THE CIVIL RIGHTS OF ALL PERSONS AND RESPECTING THE PRIVILEGES AND IMMUNITIES OF UNITED STATES CITIZENS.

Si bien se cita la protección a los derechos civiles de todas las personas, se deja en claro el status diferencial de los ciudadanos estadounidenses, quienes poseen privilegios e inmunidades. Esto está en contraposición a la universalidad de los derechos fundamentales, la igualdad ante la ley y a la no distinción entre nacionales y no-nacionales establecida por la CIEDR, entre otros instrumentos internacionales de DDHH. Según Bustamante, J., aunque en la legislación de un Estado no exista una explícita alusión al status jurídico 'inferior' de los inmigrantes, los privilegios otorgados a los nacionales, por definición, excluyen a los no-nacionales en sus consecuencias. [18]

Todas estas provisiones impedirían, por ejemplo, realizar solicitudes de asilo (art. 14 DUDH) debido a la imposibilidad de permanecer en territorio del Estado sin realizar la debida regularización migratoria, mientras la persona que busca asilo realiza los trámites en pos de conseguir ese status.

Finalmente, se puede decir que esta ley que viola por completo el artículo 2 de la CIEDR ya que no sólo no protege a los grupos raciales minoritarios sino que actúa específicamente en su contra, exacerbando su vulnerabilidad como sujetos de DDHH. Un principio básico de los DDHH es que el ingreso en un país diferente del propio, en violación de las leyes migratorias de ese país, no le quita el goce de los DDHH a ese 'inmigrante ilegal' ni le quita al Estado huésped de la obligación que posee como miembro de las Naciones Unidas de proteger a esos individuos. [19]

### ¿Emergencia nacional?

En contextos de crisis económica, usualmente se relaciona a los inmigrantes con los problemas existentes y particularmente con

cuestiones de seguridad. Esta ley fue creada en un momento de crisis, sumado a una situación de particular violencia y crimen al interior de México y estando EEUU en una "guerra contra el terrorismo". En este marco, esta ley criminaliza a los inmigrantes ilegales, mostrando la vulnerabilidad que poseen estos al interior de esta sociedad.

Muestras de la relación entre seguridad y migración y el intento de posicionar a la inmigración como una cuestión de seguridad nacional se pueden encontrar declaraciones de autoridades de EEUU tales como: Jan Brewer (gobernadora de Arizona): (la ley) "represents another tool for our state to use as we work to solve a crisis we did not create and the federal government has refused to fix" [20] y, al declarar su opinión acerca de la decisión del Ejecutivo de enviar más tropas a la frontera con México expresó: "I am pleased that President Obama has now, apparently, agreed that our nation must secure the border to address rampant border violence and illegal immigration without other preconditions, such as passage of 'comprehensive immigration reform'". [21]

El promotor de la ley, senador nacional Russell K. Pearce (republicano) dijo que la misma "daría a la policía una herramienta para eliminar (weed out) criminales antes de que actúen y ayudará a promover un clima de mayor 'dureza' (toughness) que desalentaría una mayor llegada de inmigrantes". [22]

En casos excepcionales, está prevista la posibilidad de derogación de algunos derechos fundamentales en ciertos instrumentos internacionales. Sin embargo, para poder instaurar esto, se deben dar una serie de requisitos: debe existir una emergencia real o inminente; la misma debe tener una magnitud tal que debe afectar a toda la nación; debe existir una amenaza "a la vida de la nación"; esta declaración de emergencia debe ser el último recurso utilizable si se han agotado ya todas las instancias previas para la solución de la misma y finalmente, esta declaración debe ser una medida temporal. [23] En el caso de la inmigración ilegal no se cumple con los requisitos necesarios para la derogación temporaria de derechos fundamentales de un colectivo particular (no amenaza a toda la nación ni mucho menos la existencia misma de los EEUU), por lo que el discurso de la seguridad nacional resulta tan sólo ser una medida de carácter político para exacerbar los sentimientos anti-inmigración.

### **Demanda contra la ley**

Hasta mediados de 2010, la ley ha sido objeto de cuatro

demandas judiciales. Una de estas ha sido expuesta por el gobierno de Estados Unidos.

En esta demanda resulta relevante tratar algunos aspectos: la base de la misma es que el gobierno de Estados Unidos reclama la potestad de la autoridad nacional y no de los estados locales en "la aplicación de las leyes, relaciones exteriores e *intereses humanitarios*" [24] (cursiva propia), citando la superioridad de la Constitución Nacional, donde se otorgan estas prerrogativas.

EEUU está obligado por la norma de derecho internacional consuetudinario, receptada en un diversa jurisprudencia internacional, equivalente al artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (que no ratificó) que establece que "un Estado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". [25] Como asimismo, "en el Derecho Internacional se sostiene que las obligaciones internacionales comprometen a todas las instituciones de gobierno, por lo que cualquiera de los poderes estatales (...) comprometen la responsabilidad internacional del Estado" [26]. Entonces, debido a la responsabilidad internacional que genera la violación de estas normas imperativas - sin mencionar las consideraciones de tipo político- al Estado, el gobierno nacional de EEUU demandó al Estado de Arizona.

El Poder Ejecutivo norteamericano mostró entonces su preocupación por la responsabilidad que se generaría a partir de esta ley al citar en la demanda como posibles consecuencias de su aplicación: la detención y hostilidad racial hacia los visitantes autorizados, inmigrantes y ciudadanos que no portan consigo documentos de identificación. A su vez, se menciona que esta ley ignoraría consideraciones de tipo humanitario, como las protecciones que provee la ley federal del país a un individuo que está siendo perseguido y cuya vida corre peligro o bien ha sido víctima de un desastre natural. También interferiría con cuestiones vitales de política exterior e intereses de seguridad nacional, deteriorando las relaciones con México y otros países. [27]

Pese a que Estados Unidos no ratificó la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias, el gobierno federal en su demanda invoca el derecho a la reunificación familiar (independientemente del status legal del inmigrante) establecido en esta Convención como parte de su derecho interno, lo que muestra que este país ha incorporado a su ordenamiento jurídico interno y aceptado esta norma

consuetudinariamente.

En la citada demanda, el gobierno de EEUU especifica que el Congreso del país ha establecido que, si bien la entrada ilegal al territorio de los EEUU es una 'ofensa criminal', la sola presencia por fuera de la ley de una persona no justifica penas ni su encarcelamiento, es decir, que no criminaliza al inmigrante, si bien sí se lo puede expulsar del territorio del Estado nacional. El inmigrante tampoco debería ser objeto de penas criminales por buscar trabajo encontrándose de manera ilegal en el país, coincidiendo en esto con el art. 5.i de la CIEDR.

### **Conclusión**

A pesar de que los migrantes son reconocidos como un grupo especialmente vulnerable, cuyos derechos fundamentales son más factibles de sufrir violaciones, no existe un instrumento internacional que codifique el derecho consuetudinario al respecto ni cree un régimen especial para la protección de los derechos de estos individuos. Sin embargo, se está observando una creciente preocupación por parte de los Estados acerca de este tema, y ciertas acciones a nivel internacional tales como la investigación de la situación de los migrantes en el marco de las Naciones Unidas o mediante la creación de nuevos instrumentos internacionales incluyendo derechos de migrantes.

La reacción del gobierno federal de EEUU ante una ley violatoria de los DDHH confirma la importancia creciente estos para los Estados, incluso para uno como EEUU, que se caracteriza por no haber ratificado una gran cantidad de instrumentos internacionales de defensa de los DDHH. Si bien el gobierno de EEUU no citó al Derecho Internacional en su demanda contra la ley del Estado de Arizona, claramente hizo referencia a cuestiones relacionadas con el mismo tales como consideraciones de tipo humanitario y derechos de las personas tales como el de reunificación familiar.

Sin embargo, la mera existencia de iniciativas legislativas como la ley tratada en este escrito en países democráticos como EEUU, indica que aún queda mucho por hacer en el campo de los DDHH de los migrantes.