

Alan Hubbard Frías

**La Protección Consular en el Derecho
Norteamericano**



Agosto 2004
Secretaría de Relaciones Exteriores

Introducción

Una de las labores más importantes que realizan los consulados mexicanos en Estados Unidos es la protección. Los que desconocen el término inmediatamente asumen que se trata de algún tipo de servicio de seguridad, similar al de guardaespaldas, pero no es así. La protección consular básicamente incluye todo tipo de orientación y asistencia legal que se les ofrece a los mexicanos sin llegar a ser una representación en el estricto sentido legal.

En otras palabras, el Consulado puede intervenir a favor del mexicano ante diversas autoridades y organizaciones pero no puede representarlo directamente en un proceso judicial.

Hay varias razones por las que los encargados de brindar el servicio de protección no pueden fungir como representantes legales dentro de un proceso legal. Primeramente, el mero volumen de casos haría imposible que los integrantes de un departamento de protección atendieran debidamente los casos que se presentan.

En la Escuela de Derecho de la Universidad de Nuevo México les enseñan a los alumnos que están por graduarse los riesgos de llevar una carga de trabajo demasiado elevada. La Universidad recomienda que un abogado mantenga solamente 30 casos activos; según ellos, si se rebasa este número los clientes y sus casos comienzan a sufrir.

Si tomamos en cuenta que un Consulado pequeño, con 3 personas realizando labores de protección, puede recibir 100 casos nuevos al mes, es fácil ver que sería imposible para ellos encargarse de la defensa o representación de mexicanos que la requieran.

En segundo lugar, no todos los que trabajan en los departamentos de protección son abogados. No es requisito contar con una licenciatura en derecho para realizar este tipo de labores. En parte esto se debe al hecho ya mencionado de que el servicio que se brinda no es una representación legal. Otra razón es que hay otros atributos, de igual o mayor importancia, con los que los potenciales candidatos a realizar labores de protección deben contar.

El más importante es el manejo del inglés. Todos los conocimientos legales del mundo son irrelevantes si el aspirante no puede comunicarse con las autoridades y abogados estadounidenses.

A pesar de que varios consulados buscan contratar abogados mexicanos para realizar labores de protección, la práctica nos ha enseñado que los conocimientos jurídicos adquiridos en una universidad mexicana no son tan valiosos para atender cuestiones del derecho norteamericano.

El abogado mexicano está preparado para leer e interpretar la ley a través de códigos pero desconoce el procedimiento para buscar e interpretar los casos adicionales que han sentado precedente y que, la mayoría de las veces, explican con más detalle los derechos conferidos.

Al brindar asesoría a los mexicanos tomando en cuenta solamente el texto de la ley aplicable estamos en realidad cubriendo una tercera parte de la información disponible. Dentro del derecho norteamericano la ley escrita es el punto de partida y no basta con leerla para comprender sus alcances y la forma en que se aplica.

Lo anterior me recuerda al paisano que, en medio 250 personas, se acercó a la ventanilla del Consulado General de México en Phoenix para preguntar “¿*Cuales son mis derechos aquí en Estados Unidos?*”. Le pedimos que fuera más específico ya que nos era imposible enunciar todos los derechos que tenía sin saber qué era lo que le interesaba saber. Al ver que nos había puesto en un

dilema, se limitó a preguntar si teníamos algún tipo de manual informativo que diera respuesta a su pregunta.

Toda vez que no contábamos con ese tipo de material, le recomendamos que acudiera a la biblioteca pública donde podría leer la Constitución americana, la Constitución estatal y los códigos del Estado.

Ahora, después de varios años, me doy cuenta de la importancia para las labores de protección, y para el servicio consular en general, de contar con una guía o un manual que incluya no sólo los derechos conferidos por la ley sino también los derechos otorgados por las diferentes cortes de Estados Unidos.

Cuando los abogados estadounidenses hablan entre sí, no mencionan artículos de la ley para referirse a algún derecho, más bien citan los casos que lo otorgaron. Es así que escuchamos referencias a los derechos “*Miranda*”, a una detención “*Terry*” y a las pruebas “*Brady*”.

Cabe agregar que nuestra Embajada en Washington hace una estupenda labor monitoreando las decisiones de la Suprema Corte de Estados Unidos. Aquellas que pudieran tener algún tipo de relación con nuestros connacionales es resumida y difundida a todos los consulados mexicanos en el país; sin embargo, los encargados de las labores de protección pocas veces incorporan dicha información a sus asesorías diarias. Son aún menos los casos en los que se hace referencia a alguna decisión de la Suprema Corte para orientar a nuestros connacionales.

Tomando en cuenta lo anterior, decidí aprovechar mis experiencias en la Universidad de Nuevo México para crear un documento informativo que explique con mayor detalle las diversas ramas del derecho, a través de la ley escrita y su interpretación en decisiones judiciales significativas. Debo aclarar que mi intención nunca ha sido elaborar una guía extensa que aborde todos los

derechos que los mexicanos tenemos en Estados Unidos, eso requeriría varios años de trabajo.

La idea detrás de este trabajo es proporcionar un manual que nos permita tener a la mano las decisiones judiciales más relevantes para las labores de protección rutinarias. La información contenida en este documento debe ser vista como un complemento a las labores de protección que se están realizando a lo largo del país.

Partiendo desde lo arriba mencionado, será fácil comprender por qué, por ejemplo, al hablar de cuestiones migratorias omito entrar en detalles sobre los familiares que pueden recibir permisos migratorios por su parentesco con ciudadanos americanos o residentes permanentes.

Este tipo de información ya es manejada por los consulados y no merece mayor atención. Sin embargo, lo que sí se menciona es lo relativo al nivel de ingresos que debe recibir toda persona que busque regularizar la condición migratoria de algún familiar, ya que pocas veces informamos esto a nuestros paisanos.

Finalmente, quisiera explicar que los casos referidos a lo largo de este trabajo están explicados de manera distinta dependiendo del tipo de derecho conferido; por ejemplo, los casos laborales que otorgan o restringen un derecho individual están explicados con mayor detalle que los casos penales que otorgan derechos procesales.

Esto se debe a que para determinar si un caso nuevo se va a regir por cierto precedente, debemos conocer los hechos relacionados con el mismo para ver si son similares al caso en cuestión (derechos individuales); sin embargo, en el caso de los derechos procesales, las particularidades del precedente son irrelevantes toda vez que el derecho conferido es de aplicación general.

I. El Derecho en Estados Unidos

1. Comparación Histórica con el Derecho Mexicano

Resulta obvio decir que los sistemas legales vigentes en México y Estados Unidos son muy diferentes. Para nosotros, los mexicanos, es difícil comprender cómo en Estados Unidos los códigos pueden ser tan ambiguos y cuál es el razonamiento detrás del poder que tienen los Jueces para interpretar y hasta crear leyes.

Para comprender mejor las diferencias entre los dos sistemas legales, debemos empezar por analizar sus orígenes ya que de ahí surgen las distintas doctrinas y filosofías que los distinguen y caracterizan.

El derecho mexicano fue traído a México por los españoles y se impuso, junto con los demás usos y costumbres hispanos, después de la conquista. A pesar de que hubo varias prácticas indígenas que permanecieron en el nuevo sistema legal, en su mayoría prevaleció el sistema importado de Europa.

Es importante tener en cuenta que el derecho traído por los españoles no era propiamente español, su sistema legal estaba basado, igual que en varios países europeos, en el derecho romano. Es por esta razón que en México se reconoce al derecho romano como fuente del sistema vigente y en las universidades se estudia ese orden jurídico y no el español.

Al comparar el sistema legal mexicano con el antiguo derecho romano podemos ver que México ha incorporado un gran número de preceptos romanos en sus distintos códigos y leyes. Tanta es la semejanza que pareciera que el derecho no hubiera pasado primero por España; el derecho mexicano parece haber sido tomado directamente de Roma.

El mejor ejemplo de las similitudes referidas se encuentra en los trabajos de Justiniano. En el año 529, Justiniano publicó sus

“Instituciones” cuyo objeto era la enseñanza del derecho. Esta obra estaba dividida en 3 partes: **“de las personas”, “de las cosas” y “de las acciones”**. Hoy día, si abrimos algún código civil vigente en cualquier estado de la República Mexicana encontramos que sus capítulos o divisiones incluyen estas mismas materias.

Curiosamente, estas semejanzas no se limitan al derecho civil mexicano; hay muchos países más que han tomado el derecho romano como base para establecer su sistema legal. Los códigos civiles de países como Francia, Italia, Argentina y Canadá contienen las mismas divisiones y están escritos utilizando el mismo tipo de lenguaje, basado en el derecho romano.

La mención de estos códigos nos lleva a la diferencia principal entre el derecho mexicano, junto con los demás sistemas derivados del derecho romano, y el sistema norteamericano: la ley escrita. En el sistema legal estadounidense no se considera necesario codificar la ley ya que éste está basado en la tradición, las costumbres y los precedentes.

Comparado con el derecho romano, el derecho inglés es mucho más reciente; surge por primera vez durante el reinado de Guillermo **“El Conquistador”** a mediados del siglo XI. Antes de la ascensión de Guillermo, los británicos se gobernaban y regían por las costumbres locales. Estas costumbres se hacían valer por el mismo pueblo a través de asambleas públicas en las que se denunciaba y castigaba a los que violaban la ley/costumbre.

Al subir al poder, Guillermo proclama que el poder de establecer leyes, derechos y cortes es único del Rey. Sin embargo, pronto se da cuenta de que es una labor titánica y decide ceder el poder de aplicación de la ley junto con el derecho de propiedad sobre la tierra, siempre y cuando los gobernadores de los distintos territorios se mantuvieran bajo las órdenes directas del Rey y aplicaran las leyes proclamadas por él mismo.

Para asegurar su cumplimiento, el Rey tenía un grupo de 4 jueces que periódicamente realizaban giras a las distintas cortes regionales y locales del país. Los jueces vigilaban que estas cortes resolvieran conflictos con estricto apego a las disposiciones e instrucciones del Rey.

Mientras viajaban, los jueces del Rey resolvían situaciones o conflictos específicos con el fin de que los jueces locales conocieran las leyes del Rey y aprendieran a resolver los conflictos de acuerdo con las mismas. De esta manera nace el principio de la obligatoriedad del precedente o "*stare decisis*". Bajo este principio, el llamado "*derecho común*" busca que los casos similares sean tratados y resueltos de manera similar.

Una de las críticas más frecuentes a este sistema es que las leyes están siendo creadas por los jueces lo cual contradice la idea de división de poderes expuesta por Montesquieu. Sin embargo, los seguidores de este sistema aseguran que es la mejor fórmula para que el derecho pueda ir modificándose y adecuándose a las particularidades del lugar y de la época en que se aplique.

Con el paso del tiempo, este sistema de "*derecho común*" es exportado a la colonia inglesa en América; misma que al independizarse de Inglaterra, decide mantener el sistema legal de los ingleses.

Hay que hacer notar que ya para el tiempo de las colonias, ese sistema había evolucionado al grado de que existía una serie de reglas procesales que, de no seguirse, hacían nulo el proceso. Los reglamentos de las cortes eran tan estrictos que un abogado tenía que dedicarle más tiempo a su preparación personal (vestimenta, postura, lenguaje, etc.) que a la del caso o argumento que presentaría.

Las labores de los abogados eran aún más difíciles por el hecho de que el "*derecho común*" no era escrito. A diferencia de los sistemas romanos, los ingleses creían que no era necesario codificar la ley ya que esto congelaría al

derecho y le impediría evolucionar. De esta manera, la ley podía ir cambiando junto con la sociedad a la que rige. Los únicos libros disponibles que daban un poco de orientación eran de Inglaterra y los abogados americanos batallaban mucho para comprenderlos y aún más para aplicarlos.

Poco a poco los americanos se fueron dando cuenta de que estaban siguiendo un sistema legal medieval y se vino una revolución jurídica. Algunos juristas señalaban la necesidad de crear códigos para facilitar el acceso y la comprensión del derecho; sin embargo, las cortes, los jueces y los abogados con mayor experiencia se opusieron ya que consideraban que este movimiento terminaría con el sistema que les había traído tanto prestigio.

No obstante, para la segunda mitad del siglo XIX la mayoría de los estados del país comenzaron a codificar algunas de sus leyes. Aunque bastante básicos, surgieron códigos civiles, penales y políticos. Estos códigos, junto con el antiguo “*derecho común*” consolidan el sistema legal norteamericano y se convierte en lo que existe hoy.

En el sistema actual, los conflictos, acusaciones y/o peticiones tienen su origen en la ley escrita; sea la Constitución, código, reglamento o compilación de leyes. Esta ley escrita es creada por el poder legislativo siguiendo un proceso ordinario dentro de la legislatura federal o estatal.

Sin embargo, estas leyes generalmente son ambiguas y requieren mayor explicación para comprender completamente su aplicación y alcance. Para resolver esto, las cortes encargadas de aplicar una nueva ley o disposición tienen que discernir la intención de la legislatura al redactarla y resolver conforme a su interpretación.

Estas resoluciones, a pesar de ser de origen judicial, en realidad son actos legislativos, pues las decisiones se convierten en precedente y deben de ser seguidas en casos posteriores.

Cabe señalar que la legislatura que promulgó la ley puede retomarla y legislara más a fondo para explicar con más detalle su aplicación si no está de acuerdo con la interpretación que las cortes le han dado.

Aún con la existencia del principio de “*stare decisis*” un juez puede evitar aplicar un precedente si logra demostrar que el caso que está escuchando se diferencia del anterior y por lo tanto no debe ser resuelto de manera igual.

Por otra parte, un juez puede tomar una decisión anterior y ampliarla si considera que su caso presenta una situación adicional que el primer juez no consideró. Cuando esto ocurre, el siguiente juez que tenga un caso similar tendrá que considerar ambas decisiones para resolver su asunto.

En ocasiones hay conflictos entre dos o más cortes sobre la interpretación de una ley. En estos casos, el conflicto se lleva a una instancia superior para recibir instrucciones, pudiendo llegar hasta la Suprema Corte de los Estados Unidos cuyas decisiones son obligatorias para todo el país.

Para comprender mejor este sistema de leyes escritas y de precedentes, a continuación expongo un ejemplo:

La ley del estado de Nuevo México define el delito de robo como: “tomar cualquier cosa de valor de la persona de otro, o del control inmediato de otro, usando o amenazando usar fuerza o violencia” (NMSA §30-16-2). Ésta viene siendo la ley escrita que los jueces han aplicado por varios años, creando los siguientes precedentes^[1]:

- Un hombre entra al tocador y mientras usa el mingitorio un conocido se acerca, le pone el puño en la espalda y le quita su cartera. El juez resolvió que no es un robo ya que colocar un puño en la espalda no

equivale a fuerza o violencia. Igualmente, el puño en la espalda no constituye una amenaza. (*State v. Sanchez*, 430 P.2d 781)

- Un cliente en un bar salta por encima de la barra con un cuchillo en la mano, abre la caja y se lleva el dinero. El juez resolvió que no era robo porque el dinero no fue tomado usando fuerza o violencia. El acusado nunca apuntó el cuchillo hacia la cajera ni la amenazó. (*State v. Baca*, 489 P.2d 1182)
- Caminando por la calle, la víctima es enfrentado por un sujeto que le arranca la bolsa de la camisa y se lleva el dinero que traía dentro. El juez resolvió que sí fue robo ya que hubo fuerza al arrancar la bolsa y fue precisamente esa fuerza la que hizo que la víctima perdiera su dinero. El grado de la fuerza es irrelevante. (*State v. Martínez*, 513 P.2d 402)
- Una prostituta hace que su cliente deje su ropa en la sala y mientras él permanece en la recámara, regresa y le saca el dinero de los bolsillos. La víctima, al descubrir que le falta su dinero la confronta. La prostituta saca una pistola, lo amenaza y sale huyendo. El juez resolvió que no fue robo ya que la amenaza fue posterior a la toma del dinero. (*State v. Lewis*, 867 P.2d 1231)

Como se puede observar, un abogado que represente a un acusado de robo no puede basar su defensa en el mero texto de la ley; las cortes han modificado el sentido de la ley escrita y por lo tanto cualquier argumento debe incluir referencia a los precedentes.

Es así como los argumentos judiciales en los Estados Unidos se convierten en una guerra de precedentes; el fiscal va a alegar que el caso es igual al de la bolsa de la camisa mientras que la defensa va a insistir en que es igual al del puño en la espalda.

2. La Suprema Corte de los Estados Unidos

La Suprema Corte de los Estados Unidos juega un papel importantísimo en el desarrollo del derecho americano. Para los mexicanos, que estamos acostumbrados a un sistema de gobierno en que la división de poderes se inclina hacia el Ejecutivo, es asombroso ver como la Suprema Corte de este país tiene la capacidad de inmiscuirse en asuntos generalmente reservados para los otros poderes.

La Suprema Corte de Estados Unidos tiene la facultad de revisar y calificar los actos de la legislatura federal así como de los congresos estatales. Si la Corte considera que una ley promulgada y publicada va en contra de la Constitución federal, puede suspender su aplicación.

Esta suspensión no sólo se aplica a la persona o personas que llevaron el caso ante dicha instancia, es una suspensión general que obliga a la legislatura correspondiente a modificar la ley o desistirse completamente. Si el Congreso opta por promulgar la ley en cuestión nuevamente, lo tiene que hacer tomando en cuenta la decisión de la Suprema Corte para evitar un nuevo conflicto constitucional.

El Poder Ejecutivo también se ve limitado y, en cierta forma, vigilado por la Suprema Corte. Primeramente, el Ejecutivo tiene el poder de promulgar reglamentos que en la práctica han venido a ser equivalentes a las leyes promulgadas por la legislatura.

Al igual que los legisladores, los actos del Ejecutivo están sujetos a revisión por la Suprema Corte quien determina su constitucionalidad y su validez. La única diferencia en cuanto al Ejecutivo es que la Corte generalmente no se inmiscuye en decisiones meramente políticas, como aquellas que recaen en la discreción del Ejecutivo.

Cabe mencionar que el poder de la Suprema Corte se deriva de la sección 2ª del Artículo III de la Constitución que establece: “El poder judicial se extenderá a todos los casos...que surjan bajo esta Constitución...”. Sin embargo, fue hasta que la Corte emitió su decisión en el caso “*Marbury*” (*Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137) que se consolidó el poder de la Suprema Corte de vigilar la constitucionalidad de los actos de los demás poderes.

El caso en mención fue resuelto en 1803 y surgió como resultado de una decisión del Secretario de Estado, James Madison (Republicano), de no entregar un certificado firmado por el Presidente anterior, John Adams (Federalista), nombrando a William Marbury Juez para el Distrito de Columbia.

El Sr. Marbury acudió directamente a la Suprema Corte para solicitar una orden que obligara al Sr. Madison a entregar su certificado. La acción del Sr. Marbury se basaba en una sección del Acta Judicial de 1789 que autorizaba a la Suprema Corte a emitir órdenes al Ejecutivo ordenando el cumplimiento de alguna obligación.

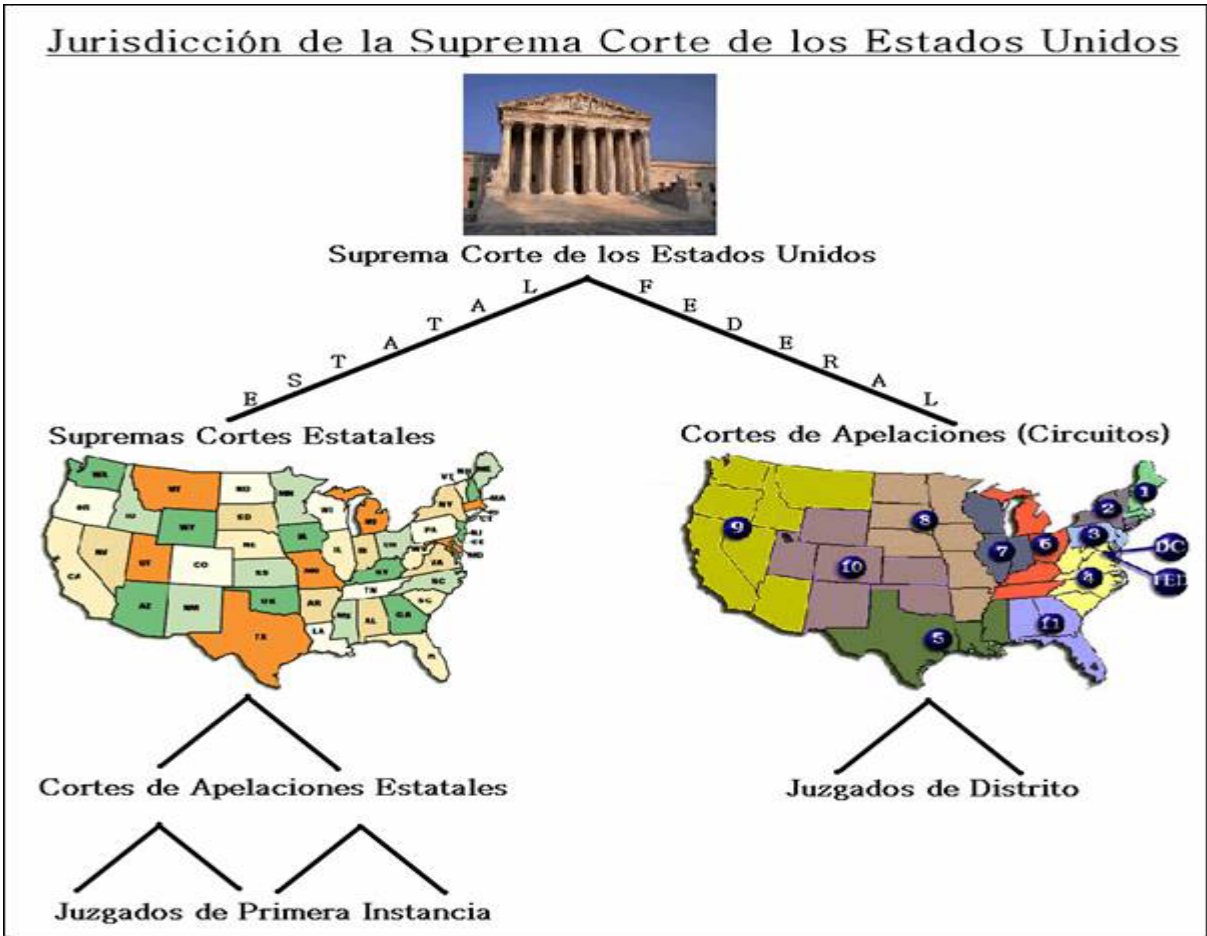
La petición del Sr. Marbury colocó a la Suprema Corte ante un gran dilema. Por una parte, si ordenaba la entrega del certificado, Madison podría ignorar la orden ya que la Corte realmente no tenía forma de ejecutarla. Eso hubiera sido un golpe duro para la Corte y sin duda perdería credibilidad y fuerza política. Por otro lado, si simplemente negaba la petición, daría la impresión de haber resuelto a favor del Presidente por temor al mismo.

La decisión final no sólo resolvió el problema sin arriesgar la credibilidad de la Suprema Corte, sino que consolidó su poder y su autonomía frente al Ejecutivo y el Legislativo. La primera determinación fue que el Secretario de Estado efectivamente tenía la obligación de entregar el certificado al Sr. Marbury.

Sin embargo, la Corte procedió a declarar que la sección del Acta Judicial de 1789 que permitía a la Suprema Corte emitir órdenes al Ejecutivo era

inconstitucional por otorgar un poder no incluido en la sección 2ª del Artículo III de la Constitución.

Esta decisión fue significativa porque elevó a la Suprema Corte al grado de árbitro en la interpretación de la Constitución. La Corte tendría la última palabra en los conflictos de interpretación y aplicación de la Constitución y, en caso de considerar que un acto del Ejecutivo o del Legislativo violaba la misma, sería declarado anticonstitucional y sería invalidado en la parte correspondiente o en su totalidad. Por otra parte, la Suprema Corte también tiene poder para intervenir en actos estatales. Si una ley estatal es atacada por considerarse que viola la Constitución, la Suprema Corte podrá resolver la controversia si las instancias estatales, incluyendo la Suprema Corte del Estado, no lo hacen. De esta manera, podemos ver que la Suprema Corte de los Estados Unidos tiene dos jurisdicciones paralelas, la federal y la estatal (ver Fig. 1):



Una vez que comprendemos el principio de la supremacía de las decisiones de la Suprema Corte, en otras palabras su obligatoriedad a nivel nacional, podemos ver mejor la importancia de estudiar dichas decisiones; especialmente las que afectan los intereses de los mexicanos en Estados Unidos. Debemos reconocer que la Suprema Corte puede ser un aliado valioso para los mexicanos cuando está confirmando derechos y un enemigo acérrimo cuando los está negando.

II. Los Mexicanos en el Derecho Norteamericano

1. Derecho Migratorio

El derecho migratorio es una de las ramas legales que más importancia tiene para los mexicanos en los Estados Unidos. Los Consulados mexicanos, a través de sus labores de protección consular llevan muchos años brindando asesoría migratoria general. Tomando esto en cuenta, así como lo vasto que es el tema migratorio, considero que en este trabajo no es importante presentar un análisis extenso sobre los procedimientos migratorios de ajuste y de deportación.

Lo que sí considero valioso es comentar una serie de cuestiones que, desde mi punto de vista, están siendo dejadas de lado o simplemente no han sido estudiadas a fondo para que la atención que se está brindando sea completa.

a) Negación de Visa

Es muy común que las personas a quienes les fue negada una visa para ingresar a los Estados Unidos contacten a alguna representación consular mexicana para solicitar su apoyo e intervención. Si bien es cierto que la mayoría de los consulados tienen establecidos mecanismos con sus homólogos estadounidenses para la expedición de permisos humanitarios, la

negación de una visa es terreno en el que el gobierno mexicano rara vez puede incursionar.

Para empezar, debemos leer el texto de la ley vigente. De acuerdo con las disposiciones federales, una visa puede ser negada si, tomando en cuenta la documentación presentada y las declaraciones del solicitante, el oficial consular encuentra “motivo para creer” que la persona es inelegible (8 U.S.C. §1201(g)). Como podemos ver, el lenguaje utilizado por la legislatura es bastante ambiguo y permite amplia discreción del oficial consular. La Corte de Apelaciones del 5º Circuito ha reafirmado el poder de los consulados americanos al señalar que un extranjero que solicite una visa puede ser sumariamente rechazado por el consulado (*Estrada v. Ahrens*, 296 F.2d 690).

Por otra parte, la Suprema Corte también ha expresado una opinión al respecto indicando que el Congreso tiene poder pleno para establecer las reglas y directrices para excluir a los extranjeros (*Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 753).

Otra disposición federal señala que una visa solamente puede ser negada por razones expresamente señaladas por la ley y que el término “motivo para creer” requiere que la decisión de negar la visa esté basada en hechos o circunstancias que llevarían a una persona razonable a creer que el solicitante es inelegible. Por otro lado, la carga de la prueba recae en el solicitante ya que es su obligación demostrar que sí es elegible para recibir una visa (22 C.F.R. §40.6).

El problema principal que se enfrenta ante la negativa de un oficial consular es el hecho de que su decisión solamente puede ser revisada dentro del mismo Consulado (22 C.F.R. §41.121). De acuerdo con las cortes, las decisiones tomadas por una agencia de gobierno autorizada por la ley para usar su discreción no están sujetas a revisión judicial salvo que excedan las facultades conferidas (*Peña v. Kissinger*, 409 F.Supp. 1182).

Asimismo, las Cortes de Distrito de los Estados Unidos carecen de jurisdicción para revisar las decisiones del Secretario de Estado y oficiales consulares sobre el otorgamiento de visas (*Li Hing of Hong Kong, Inc. v. Levin*, 800 F.2d 970). El Congreso ha dado a los oficiales consulares autoridad exclusiva para decidir las cuestiones relativas a la expedición de visas (*Romero v. Consulate of U.S., Barranquilla, Colombia*, 860 F.Supp. 319).

Siguiendo el mismo razonamiento, la Suprema Corte ha indicado que la decisión de no otorgar un permiso especial (“*waiver*”) que permitiría a una persona, inicialmente declarada inelegible para recibir una visa, ingresar a los Estados Unidos, tampoco puede ser revisada por las cortes (*Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 753).

Las leyes y las decisiones de las cortes mencionadas nos demuestran cómo los solicitantes de una visa quedan a completa merced del oficial consular que los entrevista. La ley permite a los consulados negar una visa por una mera sospecha y no establece procedimientos confiables para apelar la decisión.

b) Exclusiones en los Puertos de Entrada

Otra situación que cada día se presenta con mayor frecuencia, y que está relacionada con la expedición de visas, es la relativa a las exclusiones en los puertos de entrada. La ley que regula el otorgamiento de visas expresamente señala que el portador de una visa no tiene derecho a exigir su entrada a los Estados Unidos si a su llegada al puerto de entrada es declarado inadmisibles (8 U.S.C. 1201(h)).

Esto ha sido objeto de mucha confusión ya que, por lo general, los portadores de una visa automáticamente presuponen que ésta les da derecho a ingresar al país.

La Suprema Corte ha abordado este asunto en varias ocasiones y ha determinado que el poder para excluir extranjeros deriva de la soberanía misma del país y puede ser ejercido en cualquier momento (*Chae Chan Ping v. U.S.*, 130 U.S. 581). En ese mismo sentido, la Corte considera que un extranjero que aun no ha sido admitido al país carece de un derecho constitucional de entrada (*Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 753).

La decisión de la Suprema Corte que mayor información proporcionó sobre este tema fue la del caso “*Knauff*”.

En este caso, la Corte señaló que la entrada al país no es un derecho sino un privilegio otorgado por el gobierno de los Estados Unidos. Asimismo, un extranjero en un puerto de entrada no tiene las mismas garantías constitucionales que una persona ya admitida; por ejemplo, el derecho a un debido proceso no se aplica a casos de exclusión ya que cualquier procedimiento establecido por el Congreso para negar la entrada de extranjeros en los puertos de entrada debe ser considerado como debido proceso.

La decisión de negar la entrada a un extranjero no es apelable a una corte a menos que una ley así lo establezca (*Knauff v. Shaughnessy*, 338 U.S. 537).

En la resolución de un caso posterior a “*Knauff*”, la Suprema Corte amplió su decisión e indicó que el hecho de que un extranjero hubiera residido previamente en los Estados Unidos no impide su exclusión expedita en un puerto de entrada si es declarado inadmisibles a su regreso (*Shaughnessy v. Mezei*, 345 U.S. 206).

A pesar de las decisiones adversas en mención, la Suprema Corte ha determinado que los residentes permanentes que están regresando al país deben ser tratados de manera diferente. De acuerdo con la Corte, el Congreso puede establecer las condiciones para la expulsión y deportación de residentes

permanentes pero estos mantienen el derecho a ser escuchados en una audiencia (*Chef v. Holding*, 344 U.S. 590); su remoción no se puede dar de manera inmediata.

Por otra parte, un residente permanente que abandona el país no está efectuando una nueva entrada a su regreso si su viaje fue inocente, casual y breve, salvo que haya tenido la intención de realizar un viaje que interrumpiera de manera significativa su residencia en los Estados Unidos (*Rosemberg v. Fleuti*, 374 U.S. 449).

No obstante, si un residente permanente abandona el país, aunque sea por un par de horas, puede enfrentar una exclusión en el puerto de entrada si el motivo de su viaje es contrario a alguna disposición migratoria (*Landon v. Plascencia*, 459 U.S. 21).

Un ejemplo claro sería el de un residente permanente que cruza la frontera para recoger a algún indocumentado e internarlo a los Estados Unidos sin autorización. En este supuesto, el residente podría ser excluido en el puerto de entrada y su tarjeta de residencia podría ser cancelada sin tener la oportunidad de defenderse en una audiencia.

Finalmente, hay una cuestión que merece especial mención dentro de este tema por el razonamiento que las cortes han utilizado para explicarla. La Corte de Apelaciones del 10º Circuito determinó que no hubo una violación al derecho de debido proceso cuando un oficial migratorio confiscó la licencia de manejo de un indocumentado excluido en un puerto de entrada.

La Corte razonó que el indocumentado no tenía derechos constitucionales por no haber ingresado a los Estados Unidos (siguiendo el caso “*Knauff*”) y que la conducta del oficial estaba justificada ya que la licencia podría ayudar al indocumentado a evitar detección (*López v. I.N.S.*, 758 F.2d 1390).

Esta decisión sienta un precedente peligroso toda vez que permite a los oficiales migratorios en los puertos de entrada confiscar documentos y pertenencias de los extranjeros si considera que pudieran ser utilizados para evitar detección. La falta de explicación sobre lo que en efecto pudiera ser utilizado de esta manera, deja un hueco en la ley que abre la puerta al abuso.

c) Declaración de Apoyo (“*Affidavit of Support*”)

Es bien sabido que los ciudadanos norteamericanos y los residentes permanentes tienen el derecho de solicitar permisos migratorios para sus familiares cercanos. De hecho, en las representaciones consulares mexicanas frecuentemente urgimos a las personas a solicitar estos permisos a la brevedad, por la enorme demora que pudieran enfrentar para ser tramitados.

Sin embargo, lo que generalmente se nos escapa mencionar es que hay un requisito económico que debe satisfacerse para recibir estos permisos. De conformidad con la legislación vigente, una visa o un ajuste migratorio puede ser negado si se determina que el beneficiario pudiera convertirse en una carga pública (8 U.S.C. §1182(a)(4)(A)).

Para evitar ser declarado inadmisibles por riesgo a convertirse en una carga pública, el ciudadano o residente permanente debe incluir en su solicitud una Declaración de Apoyo (“*Affidavit of Support*”) en la cual demuestre que sus ingresos equivalen a por lo menos un 125% del nivel de pobreza (8 U.S.C. §1183a(f)(1)(E)). El objeto de la Declaración de Apoyo es obligar al solicitante a responder y hacerse cargo del beneficiario en caso de que éste carezca de recursos suficientes para mantenerse.

Para el caso de los mexicanos es muy importante tener esto presente, ya que un estudio publicado por el Instituto Urbano (“*Urban Institute*”) en 1996 descubrió que el 57% de las familias mexicanas y centroamericanas

establecidas en los Estados Unidos, carecían de ingresos suficientes para cubrir el requisito establecido por la ley.

No obstante, lo más importante que los solicitantes deben saber es que al firmar una Declaración de Apoyo, corren el riesgo de ser llevados a corte por cualquier agencia federal o estatal que hubiese brindado algún servicio al beneficiario para exigir el pago de su adeudo (8 U.S.C. §1183a(a)(1)). De esta manera, si el beneficiario recibe atención médica que no puede cubrir, el ciudadano o residente permanente que le tramitó el permiso migratorio puede ser demandado por el hospital.

Cabe agregar que la Declaración de Apoyo no permanece vigente para siempre, deja de surtir efectos cuando el beneficiario se naturaliza o trabaja durante 40 periodos laborales del Seguro Social (8 U.S.C. §1183a(a)(2)-(3)). Esto equivale a 10 años trabajando de manera documentada y registrada ante la Administración del Seguro Social.

d) Ajuste Migratorio por Dificultad Extrema y Excepcional

De acuerdo con la ley federal, hay dos supuestos bajo los cuales una persona en proceso de ser removida/deportada del país puede recibir un perdón y un ajuste migratorio automático demostrando que sus familiares, ciudadanos o residentes permanentes, sufrirían un daño o dificultades extraordinarias a raíz de su deportación.

El primer supuesto se aplica a las personas que enfrentan una deportación por haber declarado hechos falsos para obtener algún documento migratorio y aquellas que se hubiesen sustentado como ciudadanos sin serlo.

De acuerdo con la ley, estas personas pueden recibir el perdón y el ajuste migratorio si su cónyuge o hijos son ciudadanos o residentes permanentes y

logran demostrar que la deportación del acusado les causaría un daño o dificultad extrema y excepcional (8 U.S.C. §1182(i)).

A pesar de que este tipo de permiso está previsto por la ley, la práctica ha demostrado que es sumamente difícil probar o convencer a las autoridades de que una deportación provocará dificultades extremas.

De acuerdo con la decisión de la Junta de Apelaciones Migratorias en el caso “*Cervantes-González*”, unos de los factores que deben considerarse en este tipo de casos son los lazos del ciudadano o residente permanente con los Estados Unidos y con el país destino, las condiciones de vida en el país destino, el impacto económico en la familia y las condiciones de salubridad que enfrentaría la familia en el país destino.

La Junta agregó que la determinación de alguna dificultad extrema por sí sola no genera el derecho al ajuste migratorio, es solamente uno de los requisitos que debe ser considerado para decidir el caso (22 I & N Dec. 560).

Por otra parte, la Corte de Apelaciones del 9º Circuito ha indicado que una dificultad extrema debe ser la que vaya más allá de lo que normalmente ocurre en una deportación; los resultados ordinarios de una deportación son insuficientes para demostrar una dificultad extrema (*Perez v. I.N.S.*, 96 F.3d 390).

Asimismo, el traslado de la familia y la pérdida de amistades no son dificultades extremas, más bien representan las inconveniencias sufridas por todas las familias que enfrentan la deportación de uno de sus miembros (*Shooshtary v. I.N.S.*, 39 F3d 1049).

En cuanto a los cónyuges, la Corte de Apelaciones del Primer Circuito ha tomado la postura de que el gobierno federal, al ordenar la deportación del cónyuge de un ciudadano o un residente permanente, no está destruyendo el

matrimonio, solamente está diciendo que uno de los contrayentes no tiene derecho a estar en los Estados Unidos (*Silverman v. Rogers*, 437 F.2d 102).

Tomando en cuenta los precedentes mencionados, podemos ver que la pérdida de empleo, los costos de trasladar sus pertenencias y los problemas para integrarse a un nuevo país no equivalen a dificultades extremas, toda vez que pueden ser consideradas como resultado ordinario de una deportación.

Por lo anterior, aún cuando existe la posibilidad de obtener un perdón y un ajuste por los problemas que la deportación pudiera ocasionarle a un familiar ciudadano o residente permanente, los obstáculos que deben superarse para demostrar la existencia de dificultades son demasiado altos.

El segundo supuesto en el que una persona pudiera recibir un perdón y un ajuste está previsto en la sección 240A(b) de la Ley de Migración y Nacionalidad (8 U.S.C. §1229b(b)(1)). De acuerdo con esta ley, para cancelar una deportación y recibir el ajuste, el extranjero debe cumplir los siguientes requisitos:

- Haber estado físicamente dentro de los Estados Unidos por un periodo, sin interrupción, de por lo menos 10 años;
- Ser una persona de buena conducta y moral;
- No haber sido condenado por algún delito;
- Demostrar que su remoción ocasionaría dificultades excepcionales y extremadamente inusuales a su cónyuge, hijos o padres ciudadanos o residentes permanentes.

La Junta de Apelaciones Migratorias nuevamente abordó el tema de las dificultades en el caso “*González-Recinas*”.

La Junta primeramente reiteró que para poder ser considerado, un caso debería salir del patrón ordinario presentado por la deportación de un familiar. Asimismo, señaló que la situación en la que se encontraba la familia de la Sra.

González-Recinas era tan inusual que merecía recibir el perdón y el ajuste migratorio (23 I & N Dec. 467). En virtud de ser uno de los pocos casos en que el beneficio fue concedido, a continuación se mencionan las particularidades del caso que hicieron posible una resolución favorable.

- ✓ **La Sra. González-Recinas era madre soltera de 6 hijos de 16, 15, 12, 11, 8 y 5 años. Sin embargo, solamente los cuatro menores fueron considerados por la Junta por ser los únicos ciudadanos norteamericanos.**
- ✓ **Los padres y hermanos de la Sra. González-Recinas eran todos residentes permanentes y tenían muchos años viviendo en Estados Unidos.**
- ✓ **La Sra. González-Recinas podía trabajar gracias a que su madre cuidaba a los hijos durante el día.**
- ✓ **Ninguno de los hijos hablaba español.**

De acuerdo con el razonamiento de la Junta, los hijos de la Sra. González-Recinas sufrirían más de lo usual en un caso de deportación, ya que al regresar a México, ésta no contaría con el apoyo de su madre para poder trabajar. Esto causaría un perjuicio fuera de lo común porque la Sra. González-Recinas se vería obligada a dejar solos a sus hijos durante el día ya que no podría sobrevivir sin empleo.

Por otra parte, en vista de que toda la familia vivía legalmente en Estados Unidos, la Junta determinó que la Sra. González-Recinas estaría completamente sola en México y sus hijos se verían perjudicados por la ausencia de la unidad familiar a la que estaban acostumbrados.

El caso “González-Recinas” nos da una mejor idea sobre lo que las autoridades migratorias podrían considerar dificultades extraordinarias, aunque el beneficio en cuestión continúa siendo otorgado esporádicamente.

e) Retroactividad de la Ley

La Constitución de los Estados Unidos establece, en el párrafo 2 de la sección 9 del artículo 1º, que el Congreso no promulgará leyes retroactivas. Sin embargo, a pesar de esta prohibición, la Suprema Corte ha permitido la aplicación retroactiva de leyes en perjuicio de los extranjeros.

El primer caso que debemos estudiar es el relativo a la deportación de prostitutas que surgió a principios del siglo XX. El 20 de febrero de 1907, el Congreso promulgó una ley ordenando la deportación de cualquier mujer extranjera que fuera encontrada prostituyéndose dentro de los primeros 3 posteriores a su ingreso al país.

Esta disposición fue modificada el 26 de marzo de 1910 y el límite de 3 años fue suprimido, dejando al gobierno libre para deportar a cualquier prostituta extranjera.

Helena Bugajewitz, ingresó a los Estados Unidos alrededor del 4 de enero de 1905 y el 3 de agosto de 1910 fue arrestada y acusada de ser una prostituta. La Sra. Bugajewitz llevó su caso hasta la Suprema Corte alegando que la Constitución prohibía la aplicación de leyes de manera retroactiva y, por consiguiente, que su deportación era ilegal.

De acuerdo con el argumento presentado por la defensa, la ley de 1907 imponía una prohibición de 3 años para practicar la prostitución, dejando a las extranjeras en plena libertad de prostituirse después de 3 años; tal y como lo había hecho la Sra. Bugajewitz. Por lo anterior, la ley de 1910 tenía efectos retroactivos al castigar actos que, al momento de ser realizados, eran permitidos por la ley.

La Suprema Corte no aceptó el argumento de la acusada y expresamente declaró que la prohibición a la promulgación de leyes retroactivas no se aplica a leyes relativas a la deportación de extranjeros. Igualmente, la Corte aclaró que una deportación no es un castigo, es una mera decisión por parte del gobierno de no refugiar personas indeseadas; por lo tanto, la ley de 1910 no estaba aplicando castigo alguno a la Sra. Bugajewitz (*Bugajewitz v. Adams*, 228 U.S. 585).

La decisión en el caso “*Bugajewitz*” sienta un precedente bastante fuerte que permite la deportación de personas por actos que, al ser cometidos, no eran contrarios a la ley o no eran considerados suficientes para merecer una deportación.

El segundo caso que hay que considerar es el de la ley promulgada en 1950 que ordenaba la deportación de los extranjeros que, en cualquier momento después de su ingreso a los Estados Unidos, hubiesen formado parte del Partido Comunista.

La aplicación de esta ley fue cuestionada ante la Suprema Corte por un mexicano, de apellido Galván, que en 1950 fue arrestado por haber formado parte del Partido Comunista de California entre los años de 1944 y 1946. El Sr. Galván nunca negó haber formado parte del Partido Comunista, su argumento giraba en torno al hecho de que antes de la entrada en vigor de la ley de 1950, el Partido Comunista estaba legalmente constituido y era reconocido por el gobierno.

El Partido incluso aparecía en las boletas electorales a lo largo del país. Por lo anterior, la ley de 1950 se estaba aplicando retroactivamente para castigarlo por actos que eran completamente legales al momento de realizarlos.

La Suprema Corte nuevamente decidió que, aún cuando los actos del acusado estaban permitidos al momento de su comisión, el Congreso tiene el poder de

determinar los criterios para deportar extranjeros y la prohibición de leyes retroactivas no se aplica a los casos de deportación (*Galván v. Press*, 347 U.S. 522).

Actualmente, la ley federal establece que un extranjero que sea declarado culpable de un delito con agravantes después de ser admitido al país será deportado (8 U.S.C. §1227(a)(2)(A)(iii)). La definición proporcionada para determinar cuáles actos deben ser considerados como delitos con agravantes señala que éstos incluyen actos y resoluciones judiciales realizadas antes de la entrada en vigor de la ley (8 U.S.C. §1101(a)(43)).

Si consideramos que la ley vigente entró en vigor el 30 de septiembre de 1996, podemos ver que un residente permanente puede ser deportado por haber cometido un delito en 1980; aún cuando en esa fecha su conducta no merecía una deportación. Por más injusta que nos pudiera parecer la postura tomada por la Suprema Corte en este asunto, su decisión rige al derecho migratorio, y los extranjeros, salvo que alguna decisión futura invalide los precedentes mencionados, seguirán estando sujetos a decisiones arbitrarias del Congreso.

----- O -----

PRESENTACIÓN (Segunda Parte)

Dentro de las labores de los Departamentos de Protección de los Consulados de México en Estados Unidos, los casos penales son los más frecuentes, los que mayor atención generan en nuestro país y los que menos preparados estamos para atender.

El error más grande en que se incurre es el de tratar de utilizar los razonamientos y los principios jurídicos mexicanos para comprender y explicar el proceso penal estadounidense. Esto genera dos tipos de problemas: Los problemas derivados de la falta de una visión completa de lo que implica un procedimiento penal y los problemas que surgen por el desaprovechamiento de los recursos disponibles dentro del sistema norteamericano para atender el caso.

El derecho penal de los Estados Unidos, al igual que el resto del sistema legal americano, está basado en los precedentes. Los funcionarios consulares encargados de asesorar a los mexicanos que enfrentan un juicio del orden penal deben tener siempre presentes los derechos y obligaciones generados por los precedentes judiciales para estar en mejores condiciones de orientar al acusado, a su familia y a los demás actores mexicanos que lo requieran (Gobierno Federal, Estatal y local).

Con el fin de contar con un punto de partida para estudiar los precedentes más relevantes dentro del derecho penal norteamericano, en el presente trabajo expongo los casos que, en mi opinión, deben tenerse siempre presentes durante un proceso criminal ordinario.

2. El Proceso Penal

Al abordar el tema de los derechos procesales penales de los mexicanos en Estados Unidos, debemos tener presente el hecho de que en esta rama del derecho no hay distinciones entre los ciudadanos y los extranjeros. Toda persona acusada de cometer un delito cuenta con los mismos derechos.

La diferencia primordial entre un mexicano y un norteamericano dentro de un proceso judicial criminal es probablemente la actitud del acusado. Los mexicanos por lo general desconfían de las autoridades de los Estados Unidos, especialmente de los cuerpos policíacos.

Esto ocurre principalmente por dos razones. La primera es la falta de familiaridad con la policía y el proceso penal norteamericano. La segunda es por experiencias previas que pudieran haber tenido con la policía en México.

En cuanto a la experiencia previa que pudieran haber tenido en México no podemos hacer nada, pero a través de las labores de protección preventiva, las

representaciones diplomáticas debemos hacer un mejor esfuerzo para informar a nuestros connacionales sobre sus derechos y, lo que es aún más importante, urgirlos a que en su oportunidad los ejerzan.

A continuación expondré los derechos más significativos dentro de un proceso penal ordinario, desde la detención del sospechoso hasta la apelación de la sentencia. Cabe aclarar que esto no es un estudio sobre el procedimiento penal sino una mera identificación y explicación de los derechos esenciales que debemos tener siempre presentes.

a) Detención y Arresto

La IV Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos establece el derecho a la seguridad de nuestra persona y otorga protección contra detenciones y revisiones no razonables. Este derecho se extiende a los estados quienes están obligados a cumplir sus disposiciones.

Sin embargo, la terminología utilizada, “no razonables” es bastante ambigua y deja abierta la puerta para interpretaciones contrarias. La Suprema Corte resolvió esta situación en el caso “*Terry*” (*Terry v. Ohio*, 88 S.Ct. 1868). De acuerdo con el razonamiento de la Corte, un policía realiza una detención cuando se acerca a un individuo y le impide retirarse por medio de fuerza o manifestación de autoridad.

Una revisión ocurre en el momento en que el oficial coloca sus manos sobre las prendas del detenido para buscar armas. Según la decisión del caso “*Terry*”, una detención o revisión es razonable cuando existen circunstancias que justifiquen su existencia. Asimismo, el policía debe poder identificar los hechos que, tomados en conjunto, motivaron la detención o revisión.

La Corte concluye señalando que si en un caso se determina que la detención o la revisión no fue razonable, cualquier evidencia que resulte de dicho encuentro deberá ser suprimida.

Un caso posterior amplió la definición de lo que ahora se conoce como *una detención “Terry”* (“*Terry Stop*”). Según la Corte, un encuentro con un oficial se convierte en una detención cuando las circunstancias del encuentro, desde el punto de vista del detenido, son tales que motivarían a una persona razonable a creer que no está en libertad de irse sin responder (*INS v. Delgado*, 466 U.S. 210).

La explicación dada por la Corte se aplica a la vida diaria de la siguiente manera. Las personas, al ser abordadas por un oficial, tienen derecho a preguntar si están siendo detenidas y si tienen derecho a irse libremente. Si el policía indica que en efecto se encuentran detenidas, tendrá la obligación de demostrarle a la Corte que las circunstancias ameritaban dicha detención. En caso contrario, el individuo está en pleno derecho de simplemente abandonar el lugar.

Lo mismo ocurre con cualquier revisión que el oficial decida realizar. El detenido debe preguntar si tiene derecho a negarse a ser revisado para obligar al oficial a demostrar la necesidad de llevar a cabo dicha revisión.

Lo más importante que debe comprender el individuo es que negarse a ser revisado no es una señal de culpa. Los derechos existen para ejercerse. Si realmente la policía tiene motivos para revisar a alguien, pueden ir ante la Corte para obtener una orden de cateo o de arresto.

Otra consideración de suma importancia es la necesidad de estar conscientes de que una simple detención se puede convertir en un arresto. Si un oficial está impidiendo al detenido abandonar el lugar donde se encuentra debe preguntar si está siendo arrestado. Si no hay arresto, el encuentro se rige por las reglas de la detención “*Terry*” ya mencionadas. Sin embargo, si el oficial decide arrestar al individuo, hay cuestiones adicionales que se deben tener en cuenta.

Los derechos más importantes frente a un arresto son los otorgados por la Suprema Corte en el caso “*Miranda*” (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436). Estos derechos deben ser leídos al detenido al momento de su arresto y entre ellos encontramos el derecho a permanecer callado. Este derecho es probablemente el derecho más importante de todo el proceso penal, así como el menos ejercido.

Para los mexicanos, es sumamente difícil comprender las consecuencias de no hacer valer el derecho a permanecer callado. En la gran mayoría de los casos que en lo personal he conocido, el primer impulso de los mexicanos es tratar de explicar la situación directamente al oficial buscando evitar así el arresto.

Lo que no comprendemos es que al policía no le corresponde determinar la culpabilidad o inocencia de un sospechoso; si el policía encuentra elementos para suponer que una persona probablemente cometió un delito, lo arresta y la Corte se hace cargo de lo demás. Igualmente, las declaraciones hechas por el detenido terminan siendo utilizadas en su contra durante el juicio para demostrar su culpa.

Lamentablemente, la Suprema Corte, al decidir otro caso, determinó que la ignorancia de las consecuencias de renunciar al derecho a permanecer callado no vicia la voluntariedad de dicha decisión. Por lo tanto, las declaraciones hechas por el detenido después de renunciar a sus derechos “*Miranda*” serán válidas aún cuando el implicado no comprenda su importancia (*Connecticut v. Barrett*, 479 U.S. 523).

No obstante, la Suprema Corte, en una decisión reciente resolvió que una confesión inválida, hecha previa a la lectura de los derechos “*Miranda*”, no se valida cuando el interrogador procede a leerle sus derechos al detenido, obtiene una renuncia a los mismos y procede a sustraer la confesión

nuevamente. Ante esta situación, la confesión deberá ser desechada y no podrá ser utilizada en el juicio.

El razonamiento de la Corte fue que la segunda confesión ocurre como resultado de la primera, por lo tanto sufre del mismo vicio y debe ser considerada inválida (*Missouri v. Siebert*, No. 02–1371 (U.S. June 28, 2004)).

La decisión “*Siebert*” aparenta ser una victoria para los acusados pero en realidad no sería necesaria si las personas simplemente aprendieran a permanecer calladas y no hacer ninguna declaración hasta hablar con un abogado. Es por eso que las representaciones diplomáticas debemos hacer un mayor esfuerzo para informar a nuestros connacionales sobre la importancia de hacer valer este derecho en caso de arresto.

El derecho a permanecer callado es probablemente el más importante de los derechos “*Miranda*” pero hay uno más que debemos mencionar, el derecho a hablar con un abogado y tener uno presente en cualquier interrogación. Lo que ocurre generalmente es que el acusado decide renunciar a este derecho pensando que no cuenta con los medios para pagar un abogado particular.

Lo que no comprende es que si así lo exige, la policía debe suspender el interrogatorio hasta que se le asigne un abogado de oficio y éste se encuentre presente.

Otra razón por la que se renuncia a este derecho es la idea equivocada de que al hacerlo se está evitando pasar más tiempo detenido. El acusado presume que si explica la situación será puesto en libertad; por lo tanto, no quiere esperar a que se le asigne un abogado. Lo que debemos comprender es que, con o sin declaración, el detenido será encarcelado y puesto a disposición de la Corte; en realidad tiene todo el tiempo del mundo para esperar y hablar con un abogado.

El proceso penal comienza con la detención y el arresto. Para asegurar un proceso justo, los acusados deben hacer valer sus derechos desde el inicio. Sin embargo, en la enorme mayoría de los casos, los detenidos renuncian a sus derechos “*Miranda*” y proceden a rendir una declaración y/o una confesión.

No obstante, aún renunciado a ellos, los derechos no se extinguen, pueden ser invocados en cualquier momento. Si el interrogado decide que no quiere hablar más, o que quiere hablar con un abogado, la policía tiene la obligación de suspender el interrogatorio hasta que se le asigne un abogado o el mismo detenido reinicie la conversación (*Davis v. U.S.*, 512 U.S. 452).

Este último detalle es importante, cuando un acusado invoca un derecho, debe mantenerse firme y no caer en las trampas de los policías para llevar a cabo o reiniciar una interrogación.

b) Notificación Consular

El Artículo 36 de la Convención de Viena de 1963 establece que: “si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva...”

A pesar de que en la mayoría de los casos se trata de un arresto criminal, el derecho a la notificación consular abarca cualquier tipo de detención, entre ellas, las detenciones fiscales, aduaneras y las migratorias.

La notificación consular ha sido objeto de mucha discusión desde la promulgación de la Convención de Viena. Sin embargo, la Suprema Corte solamente ha escuchado y resuelto un caso en el que el derecho a la notificación consular del arrestado fue violado; este fue el caso “*Breard*” (*Breard v. Greene*, 523 U.S. 371) de 1998.

Lo más curioso del caso “*Breard*” es el hecho de que se trata de un ciudadano de Paraguay. Es bien reconocido que los mexicanos son los extranjeros con mayor presencia en los Estados Unidos y, a pesar de ello, no hemos logrado que la Suprema Corte conozca un solo caso de violación al derecho a la notificación consular de un connacional.

Cabe aclarar que esta situación no es precisamente atribuible a los mexicanos detenidos, a sus abogados o al propio gobierno mexicano; si leemos la decisión de la Suprema Corte en el caso “*Breard*” nos damos cuenta de que dicho órgano judicial parece no querer abordar el tema de la notificación consular. Ha habido bastantes casos de mexicanos en los distintos circuitos de los Estados Unidos en donde hubo violaciones a la Convención de Viena, pero por alguna razón u otra la Suprema Corte se ha negado a escucharlos.

Como ya se mencionó, el único caso que la Suprema Corte ha resuelto fue el caso “*Breard*” y aún en este, la resolución fue dictada sin resolver el problema de fondo. El señor Ángel Francisco Breard fue encontrado culpable de los delitos de violación y homicidio en el Estado de Virginia. Después de agotar todas las instancias locales sin éxito, decidió llevar su caso ante las instancias federales alegando una violación a la Convención de Viena ya que no fue informado oportunamente de su derecho a la notificación consular.

El Juzgado de Distrito y la Corte de Apelaciones del 4º Distrito negaron su petición y señalaron que no tenía derecho a reclamar alguna situación que no había sido alegada dentro del proceso judicial llevado a cabo ante las instancias del Estado de Virginia.

La Suprema Corte confirmó las decisiones anteriores explicando que al no alegar violaciones a la Convención de Viena en su juicio de primera instancia o en su apelación, el acusado básicamente había renunciado a dicho argumento.

No obstante, la Corte agregó que aún si el acusado pudiera alegar la violación a la Convención de Viena, sus argumentos carecían de validez toda vez que no lograba demostrar cómo la falta de notificación consular afectó su caso o cómo hubiera podido haberse visto beneficiado al contactar a su Consulado.

En principio parece haber sido innecesaria la intervención de la Suprema Corte ya que se limitó a confirmar lo ya resuelto; sin embargo, hubo otra situación que probablemente fue la motivación para que la Corte tomara el caso.

El gobierno de Paraguay, a través de su Embajada y su Cónsul General, presentó una demanda paralela alegando que los derechos civiles de sus representaciones, conferidos por la Convención de Viena, habían sido violados por varios funcionarios del Estado de Virginia.

La Suprema Corte probablemente decidió resolver el caso por esta razón, ya que si no lo hacía las cortes federales serían inundadas por demandas similares de los distintos países con representaciones diplomáticas en el país.

La Corte, de igual manera, rechazó la demanda del gobierno paraguayo señalando que un gobierno extranjero no califica como una “persona dentro de la jurisdicción” de los Estados Unidos para efectos de presentar una demanda ante una corte federal como lo establece la ley (42 U.S.C. § 1983).

A pesar de que la Suprema Corte resolvió el caso “*Breard*”, el estado de la notificación consular no ha cambiado. Este caso no proporcionó un precedente que pudiera ser invocado para lograr que la notificación consular se respete y cumpla como es debido y que se lleve a cabo previa a la interrogación del detenido. Mientras la Suprema Corte se niegue a abordar el tema en sí, no tendremos una regla general y los distintos circuitos seguirán libres para resolver los conflictos de manera dispareja.

c) Fianza y Libertad Previa al Juicio

Anteriormente mencioné que los mexicanos tienen los mismos derechos procesales que los norteamericanos; sin embargo, en el caso de las fianzas y la libertad previa al juicio vemos como el trato no es igual entre acusados.

Al momento de ser presentado por primera vez ante un Juez, el acusado tiene derecho a solicitar su libertad bajo caución o bajo palabra. El Juez, en teoría, debe de tomar en cuenta 2 cosas solamente para decidir si el acusado merece estar en libertad mientras se realiza el juicio.

Lo primero es el grado de peligro que el detenido representa para la sociedad. Si el Juez considera que al dejar en libertad al acusado está poniendo en peligro a la sociedad negará su libertad. Para los mexicanos esta primera interrogante es difícil de superar ya que el Juez solamente se puede basar en los antecedentes penales del individuo y los cargos por los que está siendo procesado.

Lamentablemente, en el caso de los mexicanos, la falta de antecedentes penales en Estados Unidos no ayuda ya que el Juez mantiene la duda sobre si existen antecedentes en México.

Si el Juez logra superar sus dudas, y considera que la sociedad no estaría en riesgo si libera al acusado, procede a la segunda consideración. Ésta se refiere a la probabilidad de que el acusado huya y no se presente ante la corte para seguir su juicio. Por alguna razón, el hecho de ser extranjero automáticamente hace que el acusado, en la mente del Juez, se convierta en un potencial prófugo.

La falta de oportunidad para obtener libertad previa al juicio coloca a los mexicanos en una situación de desventaja; mientras están detenidos no pueden trabajar para reunir los fondos suficientes para contratar a un abogado particular y no pueden ayudar a su abogado en la investigación.

De igual manera, el acusado no tiene la posibilidad de demostrarle al Juez que ha cambiado su estilo de vida cumpliendo las condiciones que le hubiese establecido para otorgarle su libertad. Esto sería útil en la etapa de sentencia ya que el Juez tomaría en cuenta el grado de cumplimiento de sus condiciones para dictar una sentencia menor.

Otro factor es el hecho de que el estado de ánimo del detenido poco a poco va decayendo mientras se encuentra recluido. Esto hace más probable que acepte un ofrecimiento de culpabilidad para obtener su libertad en menos tiempo sin tomar en cuenta las consecuencias que pudiera traer el tener antecedentes penales.

La libertad previa al juicio se ve afectada de manera directa por la orden de detención o “*hold*” que las autoridades federales colocan sobre cualquier extranjero. Esta orden sencillamente significa que en lugar de ser liberado, independientemente de la etapa del juicio, el extranjero debe ser entregado a la autoridad migratoria quien determinará si tiene derecho a permanecer en el país.

Aquellas personas que cuentan con algún permiso migratorio podrán quedar en libertad siempre y cuando no hayan sido condenadas a delito alguno. De esta manera, si el Juez les otorga libertad previa al juicio, sí estarán en posibilidad de aprovechar dicho beneficio. Sin embargo, si son encontradas culpables de un delito, se les revocará su permiso migratorio y serán regresadas a su lugar de origen.

Los indocumentados encontrados culpables o inocentes no sufren el mismo destino que aquellas personas que cuentan con permiso migratorio. El “*hold*” migratorio asegura su deportación independientemente del resultado de su juicio. Cabe agregar que en caso de recibir una sentencia de prisión, la orden de detención surte efecto hasta que el condenado termina de cumplirla.

La situación se complica cuando el Juez le otorga a un indocumentado su libertad previa al juicio, ya que el afectado termina siendo entregado a las autoridades migratorias y regresado a su país. Esta expulsión le impide ingresar nuevamente a los Estados Unidos y, por consiguiente, termina faltando a la siguiente audiencia.

Su ausencia es vista por la corte como un desacato y el Juez se ve obligado a girar una orden de arresto convirtiendo al individuo en prófugo de la justicia.

Si el indocumentado es detenido nuevamente dentro de los Estados Unidos, será llevado ante la corte para continuar su proceso criminal y el Juez no volverá a otorgarle su libertad. Además, su record criminal se vuelve más negativo por contar con el antecedente de no acatar una orden de la corte.

d) Derecho a Contar con la Asistencia de un Abogado

La VI Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos habla de los derechos procesales de los individuos. El derecho a contar con la asistencia de un abogado viene incluido en dicha Enmienda y su texto señala que los acusados contarán con dicha garantía “en todos los casos criminales”.

A pesar de estar expresamente señalado, el derecho a contar con la asistencia de un abogado ha sido objeto de mucha discusión. La Suprema Corte ha tenido que resolver varios conflictos sobre el alcance y la aplicación de este derecho. En cuanto a los extranjeros, la Corte ha señalado que las protecciones otorgadas por la V y VI enmienda se extienden a toda personas, incluyendo a los extranjeros (*Harisiades v. Shaughnessy*, 72 S.Ct. 512).

Por otra parte, las cortes inferiores se han visto en la necesidad de atender y resolver cuestiones ambiguas que la Suprema Corte no ha abordado. Gracias a la cantidad de decisiones que existen, debemos tener en cuenta varias cuestiones:

- Los indigentes, que no cuentan con los medios económicos requeridos para contratar abogados particulares tienen el derecho a que se les asigne un abogado para preparar su defensa sin costo alguno (*Scott v. Illinois*, 440 U.S. 367). El objeto de este derecho es que el acusado cuente con la orientación y asistencia de alguien que ha estudiado las leyes (*U.S. v. Meek*, 388 F.2d 936).
- El derecho del acusado es de contar con un abogado, no de contar con el abogado que él desee (*Carey v. Minnesota*, 767 F.2d 440 y *U.S. v. Peister*, 631 F.2d 658). Por supuesto que si el acusado cuenta con los medios, puede contratar al abogado que más le plazca; sin embargo, si se encuentra indigente, la corte le asignará uno, independientemente de su preferencia.
- La corte no está obligada a proporcionar un abogado a los acusados que están en posibilidad de retener a un abogado particular (*U.S. v. Redfield*,

197 F.Supp. 559). Para determinar la situación particular de cada acusado, la corte lo entrevista y le pregunta si puede contratar a un abogado por su cuenta. Si el acusado indica que no, tendrá que firmar un documento, bajo protesta de decir verdad, en el cual declara ser indigente. Si después se descubre que sí contaba con medios económicos suficientes, la corte le ordenará pagar los gastos en que hubiese incurrido la defensoría de oficio.

- El acusado sí tiene la opción de solicitar un cambio de abogado siempre y cuando haya causa justificada (*Brown v. U.S.*, 264 F.2d 363). Sin embargo, el mero hecho de no llevar una buena relación con el abogado no amerita un cambio (*Edwards v. U.S.*, 795 F.2d 958), tiene que haber una razón fuerte para que el Juez acepte y ordene el cambio.
- La Constitución solamente señala el derecho a contar con un abogado, no asegura que la representación sea efectiva (*U.S. v. Sheehan*, 428 F.2d 73).
- El derecho a contar con un abogado puede ser renunciado por el acusado si elige representarse solo (*U.S. v. Marshall*, 323 F.Supp. 593); sin embargo, el Juez tendrá que entrevistarle para asegurar que su decisión sea consciente y que comprenda las consecuencias de su acción (*Glasser v. U.S.*, 315 U.S. 60 y *Adams v. U.S. ex rel. McCann*, 317 U.S. 269).

e) Derecho a un Juicio ante Jurado

El segundo derecho otorgado por la VI Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos es el derecho a ser juzgado a través de un juicio ante un jurado imparcial del estado y distrito donde fue cometido el delito. El objetivo de este derecho es proteger a la población de la opresión y abusos de autoridad por parte del gobierno (*Brown v. Louisiana*, 447 U.S. 323).

El problema que enfrentan los mexicanos es que, aún cuando un jurado pudiera evitar las arbitrariedades del gobierno, nadie protege al acusado de las arbitrariedades y/o prejuicios del mismo jurado. Para empezar, es difícil crear un jurado imparcial o de personas semejantes al acusado (“peers”). Los integrantes del jurado generalmente tienen muy poco en común y desconocen la situación de los extranjeros.

Así pues, a pesar de que la Suprema Corte requiere que los acusados cuenten con un jurado imparcial y objetivo (*Murphy v. Florida*, 421 U.S. 794), la realidad es otra para los mexicanos.

La situación de desventaja en que los mexicanos se ven frente a los jurados es aún más evidente en las localidades donde existe resentimiento hacia los inmigrantes. Es lamentable que no exista una fórmula a seguir para detectar jurados con opiniones adversas o dañinas para el acusado (*Dennis v. U.S.*, 339 U.S. 162).

El Juez y los abogados pueden, y deben, entrevistar ampliamente a los potenciales miembros del jurado, pero si éstos se lo proponen, pueden esconder sus ideas y terminar siendo elegidos para decidir el caso.

La forma en que se selecciona al jurado juega un papel bastante importante en el resultado del juicio. De acuerdo con la legislación federal, los ciudadanos tienen la oportunidad y la obligación de ser jurados (28 U.S.C. §1861). Esta disposición ha sido interpretada como una exclusión de todos los extranjeros, aún cuando cumplan con los demás requisitos (*U.S. v. Gordon-Nikkar*, 518 F.2d 972).

La siguiente sección de la ley (28 U.S.C. §1862) señala que en la selección de jurados no se debe discriminar a persona alguna por motivo de origen; sin embargo, las cortes decidieron que no había discriminación cuando el porcentaje de México-Americanos elegidos para participar en jurados era inferior al porcentaje que representaban dentro de la población (*U.S. v. Lopez*, 588 F.2d 450).

Asimismo, se considera que un acusado no recibe un juicio injusto cuando se excluye a los residentes permanentes del jurado (*U.S. v. Abarca-Espinoza*, 440 F.2d 1354).

Para que una acusación de discriminación prospere, no es suficiente demostrar que el jurado no incluyó a miembros de la misma raza que el acusado, se debe demostrar que ese grupo étnico fue intencional y sistemáticamente excluido de las listas generales de ciudadanos disponibles de donde se eligen los jurados (*Apodaca v. Oregon*, 406 U.S. 404).

Otro problema que se presenta en los juicios ante jurado es la falta de conocimientos jurídicos del jurado. Cabe aclarar que esta situación no es exclusiva en los juicios que se siguen contra los mexicanos, todos los acusados sufren el mismo perjuicio. Debemos comprender que el sistema de jurado fue creado precisamente para que el ciudadano común juzgara a los mismos miembros de su comunidad, lamentablemente hoy día esto no parece ser una fórmula infalible para la impartición de justicia.

Siempre existe el riesgo de que el jurado no comprenda la ley y desconozca el valor que se le deba dar a una determinada prueba, dando pie a una condena con pruebas débiles.

La Suprema Corte reconoció esta situación cuando resolvió que a los acusados se les permitirá renunciar al derecho a ser juzgado por un jurado cuando considere que sus intereses estarían más seguros en manos de un Juez (*Adams v. U.S. ex rel. McCann*, 317 U.S. 269). Para poder renunciar a este derecho, el acusado debe expresar su deseo inteligente y conscientemente ante el Juez (*Jackson v. Hopper*, 547 F.2d 260).

Los miembros del Servicio Exterior Mexicano encargados de brindar el servicio de protección consular debemos mantener los ojos abiertos para detectar casos que pudieran tener resultados más favorables si se celebran ante un Juez. A pesar de que la decisión siempre será del acusado, debemos estar listos para comentarle que existe dicha opción para que cuente con los elementos necesarios para tomar una decisión informada.

f) Cargos

Para poder comprender mejor el proceso penal de los Estados Unidos tenemos que entender el procedimiento seguido para fincar los cargos. El encargado de decidir de qué cargos será acusado el detenido es el fiscal. El fiscal forma parte de la procuraduría federal, estatal o del condado. En cada oficina hay varios fiscales, cada uno con su carga de trabajo. Esto hace que cada caso sea tratado de manera distinta.

Para los mexicanos es difícil comprender la diferencia de cargos cuando los actos que motivaron la detención son prácticamente iguales. Los fiscales tienen la obligación de estudiar cada caso para determinar lo siguiente:

- Si se cometió un delito;
- En caso afirmativo, cuál delito se cometió;
- Quien lo cometió;
- Qué pruebas existen para condenarlo.

No obstante, existen una serie de factores que pueden influir en la decisión del fiscal de fincar o no cargos. La elevada carga de trabajo obliga a los fiscales a brindar más atención a los casos más serios, a los que produjeron mayores daños y a los que hubiesen atraído más publicidad. Debemos recordar que el puesto de Procurador en la mayoría de las jurisdicciones de Estados Unidos es un puesto de elección popular.

En teoría esto no debería influir en el trabajo de los fiscales, pero la realidad nos demuestra lo contrario. Cabe mencionar que los “Estándares para la Justicia Criminal de la Asociación Americana de Abogados” (*American Bar Association*) de 1992 señalan que la función del fiscal es procurar la justicia, no las condenas. No obstante, el elemento humano de la ecuación siempre juega un papel importante^[1].

Lo más importante que los mexicanos que enfrentan un proceso judicial deben comprender es que no existen casos iguales y los fiscales son libres de fincar todos los cargos que consideren oportunos. Asimismo, un solo hecho delictivo puede traer como consecuencia varios cargos, como conspiración o acusaciones de ser líder de una asociación criminal.

g) Reconocimiento de Culpabilidad

Después de comentar la manera en que el fiscal decide qué cargos fincar debemos pasar al tema del reconocimiento de culpabilidad. Es muy común que los fiscales finquen muchos cargos para negociar con la defensa, obtener un reconocimiento de culpabilidad y evitar un juicio. Según las estadísticas, más del 90% de los casos se resuelven sin proceder a juicio.

Para los mexicanos es muy difícil comprender la utilidad de este recurso. El primer instinto de todo acusado es negar toda participación en los hechos y asegurar su inocencia; muchas veces es difícil ver la totalidad de las circunstancias. De lo que se trata básicamente es de desarrollar el procedimiento sobre la base de una confesión, de tal suerte que el juicio sea solamente para determinar la pena. Ya no se trataría de dilucidar si el acusado es culpable, sólo la naturaleza del castigo; siempre y cuando no se haya hecho con antelación como parte del acuerdo para recibir la declaración de culpabilidad.

Como ya se mencionó, hay muchas cosas que pueden influir en las decisiones de los fiscales, incluyendo la decisión de buscar un acuerdo como el citado. Al igual que con los cargos, cada caso es considerado individualmente por lo que acusados similares no necesariamente tendrán una oferta similar.

La mayoría de los acuerdos propuestos por los fiscales incluyen incentivos para obtener la declaración de culpabilidad del acusado, a cambio de eliminar algunos de los cargos y/o reducir el grado de otros. En otras ocasiones el ofrecimiento se limita a la promesa de no buscar determinada condena, como en los casos de homicidio; el fiscal puede acordar no solicitar la pena de muerte si el acusado se declara culpable de un delito menos grave.

La decisión sobre la aceptación o el rechazo de un ofrecimiento recae exclusivamente sobre el acusado; por eso es muy importante que reflexione sobre su situación y sus probabilidades de éxito si decide proceder a juicio. Como ya vimos, los juicios ante jurado representan un gran riesgo para los mexicanos y extranjeros por lo que un ofrecimiento pudiera ser una mejor opción; especialmente si el acusado efectivamente cometió los actos que se le imputan.

Cabe mencionar que hay una alternativa a declararse culpable, el acusado puede introducir una declaración de "*nolo contendere*". Esta declaración significa que el acusado, a pesar de considerarse inocente, no peleará el caso en virtud de que la fiscalía cuenta con pruebas suficientes para obtener su condena en juicio. En virtud de que no es una declaración abierta de culpabilidad, muchos acusados prefieren que el ofrecimiento sea para declarar de esta manera.

Como sucede en cualquier renuncia a un derecho, antes de que la corte pueda aceptar la declaración de culpabilidad o de "*nolo contendere*", el Juez tiene que

entrevistar al acusado para asegurar que su decisión es voluntaria y consciente.

Por otra parte, si el Juez considera que el acuerdo no es justo, para cualquiera de las partes, lo puede rechazar en parte o en su totalidad. Esto viene a ser un mecanismo de control para asegurar que se haga justicia. Otro control fue establecido por la Suprema Corte cuando resolvió que el incumplimiento de un acuerdo por parte de la fiscalía otorga al acusado el derecho a retirar su declaración o de solicitar a la corte una orden obligando su cumplimiento (*U. S. v. Thomas*, 580 F.2d 1036).

h) Derecho a un Juicio Expedito

Una de las quejas más comunes que tienen los mexicanos dentro del proceso penal es el tiempo que transcurre entre la fecha del arresto y el inicio del juicio. Dependiendo de la carga de trabajo de la corte y el tipo de caso, la demora puede ser de 6 meses a 3 años. Los casos de delitos menores generalmente son más expeditos que los casos de homicidio o violación. Esto se debe principalmente a que los casos serios requieren de una mejor preparación por parte de los abogados; tienen que entrevistar más testigos, obtener pruebas periciales e interponer más recursos previo al inicio del juicio formal.

A pesar de que se trata de un derecho del acusado, generalmente la parte que tiene mayor interés por celebrar el juicio a la brevedad posible es la fiscalía. La parte acusadora es la que sufre mayor daño cuando los juicios se posponen por periodos prolongados.

Cabe aclarar que el acusado que se encuentra detenido sufre en su persona por no contar con su libertad, pero los elementos, pruebas y argumentos de su defensa no se ven afectados como los de la fiscalía.

Con el paso del tiempo, los testigos de la fiscalía pueden olvidar detalles, cambiar de domicilio e inclusive morir; afectando seriamente el caso en contra del acusado. Aunque lo mismo puede pasar con los testigos de la defensa, debemos recordar que la carga de la prueba recae sobre el fiscal; el acusado no tiene obligación de demostrar su inocencia.

Por otra parte, mientras más tiempo pasa, la comunidad olvida el caso y no hay tanta presión sobre el fiscal para resolverlo. Igualmente, la carga de trabajo del fiscal puede aumentar considerablemente. Esto beneficia a la defensa ya que el fiscal puede estar más dispuesto a aceptar una declaración de culpa que favorezca al acusado.

La VI Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos establece que el acusado tendrá derecho a un juicio público y expedito pero no señala términos específicos. La labor de interpretar lo que será un juicio expedito ha recaído en el Congreso federal y en las legislaturas estatales.

Los periodos para celebrar el juicio varían de Estado a Estado, pero el procedimiento para exigir una reparación por su incumplimiento sí es general. La defensa está obligada a interponer un recurso solicitando que los cargos en contra del acusado sean desechados por haberse violado su derecho constitucional de tener un juicio expedito.

La Corte, tomando en cuenta las particularidades del caso, tendrá la discreción de decidir el remedio, a menos que la ley expresamente establezca la obligación de desechar los cargos.

Cada jurisdicción tiene sus propias reglas para determinar el procedimiento para que el acusado renuncie a su derecho a ser juzgado de manera expedita. Es precisamente esta renuncia la que provoca confusión entre los mexicanos.

Por lo general, el acusado es presentado ante la corte para ser formalmente acusado en una audiencia inicial. Durante esta misma audiencia, el Juez le pregunta cómo se declara y el acusado manifiesta su inocencia o su culpabilidad. Sin embargo, en las cortes que cuentan con una elevada carga de trabajo, el Juez también pregunta si el acusado está dispuesto a renunciar a su derecho de tener un juicio expedito.

A pesar de que el acusado lo puede hacer en cualquier momento, el Juez sabe que no será posible cumplir con el término establecido y aprovecha la audiencia inicial para obtener la renuncia del acusado.

En el caso de los mexicanos, por lo general reciben una explicación de su abogado en el sentido de que aún no están preparados para celebrar el juicio y que requieren más tiempo para armar una buena defensa y/o negociar un ofrecimiento. Por lo anterior, el acusado acepta renunciar a su derecho sin comprender que al hacerlo, está posponiendo su juicio prácticamente de manera indefinida.

Por otro lado, hay cortes que obtienen la renuncia del acusado de manera diferente. La ley en el Estado de Nuevo México, por ejemplo, establece que los acusados deberán ser juzgados dentro de los seis meses posteriores a su arresto (N.M. R. Crim. Proc. Dist. Ct. 5-604(B)). La renuncia al derecho a un juicio expedito se lleva a cabo hasta el momento en que las partes se dan cuenta de que no será posible juzgar al acusado en el tiempo establecido.

La primera prórroga la otorga el mismo Juzgado de Primera instancia y no puede exceder de tres meses (N.M. R. Crim. Proc. Dist. Ct. 5-604(C)). Las siguientes extensiones solamente pueden ser dictadas por la Suprema Corte del Estado a petición de cualquiera de las partes (N.M. R. Crim. Proc. Dist. Ct. 5-604(D)).

Cabe agregar que aún cuando la fiscalía puede solicitar una extensión, si el acusado no está de acuerdo, la corte deberá programar y celebrar el juicio

dentro del plazo establecido independientemente del grado de preparación de las partes.

Si se otorga una extensión y, antes de vencerse, las partes aún no están preparadas para celebrar el juicio, pueden acudir nuevamente a la Suprema Corte Estatal. No hay un límite al número de extensiones que se pueden pedir siempre y cuando haya una justificación para hacerlo y la Suprema Corte no considere que el derecho del acusado esté siendo afectado.

Como podemos ver, el tiempo dentro del cual el acusado será juzgado varía dependiendo del procedimiento establecido localmente. Para los mexicanos es importante conocer las consecuencias tanto de exigir como de renunciar a un juicio expedito. En lo personal, considero que lo mejor es no renunciar al derecho en la audiencia inicial. Si el acusado mantiene este derecho, puede utilizarlo para ejercer presión sobre el fiscal.

Eso puede tener dos beneficios; primero, por los límites de tiempo, el fiscal puede preparar su caso de manera apresurada y no contar con los mejores argumentos para el juicio y, segundo, como resultado de la falta de preparación del fiscal, puede extender un ofrecimiento más razonable para el acusado.

Finalmente, debemos recordar que el acusado puede, en cualquier momento, renunciar a su derecho de tener un juicio expedito si así le conviene, de modo que no hay riesgo de que la defensa se vea obligada a celebrar el juicio sin la debida preparación.

i) Pruebas

Cuando los mexicanos terminan siendo juzgados, sienten una gran frustración cuando su defensa no incluye todos los elementos probatorios deseados. El acusado generalmente quiere que su abogado explique la totalidad de las circunstancias del caso, pero las reglas de evidencias no permiten la introducción de pruebas viciadas.

Es difícil para los mexicanos comprender que el Juez se está guiando por lineamientos previamente establecidos y no está tratando de afectar al acusado. El hecho de que una determinada prueba no sea aceptada no hace que el juicio automáticamente sea discriminatorio.

A continuación se mencionan las disposiciones probatorias más relevantes y que ocasionan mayor confusión entre los acusados, principalmente a los mexicanos.

i. Intercambio de Información (“*Disclosure*”)

La primera cuestión que debemos comprender sobre las reglas de evidencia es la referente al intercambio de información. Las partes están obligadas a compartir las pruebas que pretenden utilizar en el juicio para que la contraparte esté en posibilidad de contrarrestarlas y/o argumentar en contra de su inclusión.

Esta obligación existe como garantía para que ninguna de las partes se encuentre en estado de indefensión por la presentación de una prueba no prevista. Asimismo, la idea es que si ambas partes conocen los argumentos de la contraparte, será más fácil que se llegue a un acuerdo y se evite un juicio largo y costoso.

Desde el punto de vista del acusado, lo que debemos comprender es que si la defensa obtiene una prueba fuerte para demostrar su inocencia, no puede ser utilizada como un “as bajo la manga”; la fiscalía tiene el derecho de inspeccionarla y de verificar su autenticidad. En el caso de testigos, las partes tienen el mismo derecho de interrogarlos para determinar y cuestionar la veracidad de su dicho.

La corte tiene el poder de ordenar la entrega de cualquier material probatorio que las partes tengan en su poder y, en caso de incumplimiento, dictar los remedios que considere apropiados. La defensa puede inclusive solicitar el desecho de los cargos cuando la fiscalía no le brinde las pruebas que estén en su poder oportunamente.

La Suprema Corte abordó este asunto y resolvió que se violó la XIV Enmienda de la Constitución cuando la fiscalía no entregó pruebas favorable para la defensa cuando esta las solicitó, sin importar si el incumplimiento fue de buena o mala fe (*Brady v. Maryland*, 83 S.Ct. 1194).

ii. Declaraciones Hechas Fuera de la Corte

Las declaraciones hechas por terceras personas, fuera de la corte no pueden ser utilizadas dentro de un juicio. La razón de esto es que son poco confiables; por lo general no fueron hechas bajo protesta de decir verdad, no se pueden cuestionar y no es posible tener al declarante en persona para determinar su credibilidad.

Esta regla es probablemente la más difícil de comprender para los mexicanos ya que el primer impulso al tratar de armar una defensa es explicar lo que se había dicho antes del incidente o comentar lo que alguien más había dicho para provocar las reacciones de los involucrados. Desgraciadamente, las cortes no permiten que una persona hable de lo que otra le comentó a menos de que la persona esté disponible para declararlo por sí misma.

Otra cuestión que motiva confusión es la regla que impide que la defensa del acusado gire en torno a la personalidad de la víctima. No se puede argumentar que la víctima era una persona mala que buscaba problemas o que merecía lo que le ocurrió.

En cuanto al acusado, no está prohibido que parte de su defensa consista en su carácter pacífico y su personalidad serena; sin embargo, si un acusado opta por incluir su carácter como parte de su defensa, debe estar conciente del principio conocido como “abrir la puerta”.

Bajo esta regla, si el acusado introduce evidencias de su personalidad como parte de su defensa, la fiscalía estará en posibilidad de contrarrestar este argumento presentando pruebas de conductas negativas y cargos penales anteriores, independientemente de su relación con el cargo en cuestión.

Es por esta razón que los abogados defensores generalmente no utilizan el carácter del acusado como defensa; no quieren “abrirle la puerta” a la fiscalía.

En los casos que involucran a indocumentados, se complica la situación ya que si la defensa alega que el acusado es una buena persona, la ley le permite al fiscal mencionarle al jurado que el acusado ingresó al país de manera indocumentada para demostrar su aparente tendencia a violar la ley.

Existen más excepciones a la regla sobre declaraciones de terceras personas pero las declaraciones aceptadas no pueden violar el derecho del acusado a cuestionar por sí mismo al declarante. Por ejemplo, el testigo “A” no puede declarar que el testigo “B” había visto al acusado cometer el delito, ya que la defensa no tiene la posibilidad de interrogar al testigo “B”.

Por otra parte, las cortes sí permiten declaraciones de terceros cuando su objetivo es meramente aclaratorio y no probatorio. Un ejemplo claro de esto sería permitirle a un testigo declarar que terceras personas le habían dicho haber visto un cuchillo en el sombrero del acusado.

Esta declaración puede ser aceptada si el objeto de la misma es explicar por qué se sintió intimidado cuando el acusado se quitó el sombrero y metió su mano dentro de él; sin embargo, no puede ser aceptada para demostrar que el acusado efectivamente portaba el cuchillo ya que el testigo no lo vio.

Esta regla también se aplica a documentos o escritos elaborados por personas que no están presentes en la corte para confirmar su participación. Una carta simple, escrita por un testigo, no será admitida ya que las partes no tienen al autor de la misma para interrogarlo y verificar su autenticidad.

La regla de declaraciones fuera de corte ha sido analizada extensamente y sería imposible cubrirla en su totalidad en este trabajo. Lo más importante que debemos tener en cuenta para comprenderla es el hecho de que las cortes no

permiten la introducción de pruebas o conversaciones que no pueden ser corroboradas.

Si queremos explicársela a los mexicanos que enfrentan un proceso judicial, simplemente debemos indicarles que una prueba sin sustento, y que no se puede comprobar, no es una prueba admisible.

j) Sentencias

Otra queja común que los encargados de las labores de protección de las representaciones diplomáticas reciben gira alrededor de la sentencia dictada en contra del acusado. Los condenados consideran que su sentencia es excesiva y que no coincide con la de otros reos que fueron condenados por delitos similares.

Para comprender el por qué de las variaciones en las sentencias, debemos estudiar la manera en la que las cortes las dictan. En los Estados Unidos hay básicamente dos sistemas bajo los cuales las cortes imponen las condenas, uno estricto y uno flexible.

El sistema estricto de imposición de sentencias utiliza lineamientos para que los Jueces dicten sentencias conforme a las directrices establecidas. Los “Lineamientos de Sentencias Federales” (“*Federal Sentencing Guidelines*”) son los más comunes dentro de este sistema, a pesar de que varios estados cuentan con directrices similares.

Los lineamientos federales obligan a los jueces a seguir una fórmula o ecuación al momento de sentenciar a un individuo sin dejar espacio a su criterio o apreciación de los hechos. Los jueces federales se quejan de que los lineamientos no les permiten juzgar adecuadamente y que su labor se ha convertido en una mera calculación de puntos y grados de peligro.

Para los abogados defensores también ha sido motivo de frustración ya que los lineamientos son inflexibles y no permiten una adecuada negociación para obtener un oferta por parte de la fiscalía para proceder a una declaración de culpabilidad.

De acuerdo con las disposiciones federales, solamente hay dos cosas que se deben tomar en cuenta al momento de dictar una sentencia penal: La seriedad del delito y el grado de peligro que el acusado representa para la sociedad. Cualquier antecedente penal que tenga el acusado influirá en la determinación de su grado de peligro.

Los puntos que recibe el acusado por sus antecedentes penales aumentan dependiendo del tipo de delito que cometió. De esta manera, una persona con varios delitos menores previos pudiera terminar con menos puntos que un individuo con un solo antecedente por un delito grave.

En la práctica los lineamientos para dictar sentencia se utilizan como una tabla (ver Fig. 2). En la columna vertical se encuentran los distintos niveles de delitos y en la horizontal los puntos de peligro que se aplican al acusado. El Juez simplemente encuentra las categorías en las que encaja el acusado y dicta la sentencia que se le indica.

Fig. 2
Puntos Relativos a los Antecedentes del Acusado

Nivel de la ofensa	I (0-1)	II (2-3)	III (4-6)	IV (7-9)	V (10-12)	VI (13 ó más)
1	0-6*	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6
2	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6	1-7
3	0-6	0-6	0-6	0-6	2-8	3-9
4	0-6	0-6	0-6	2-8	4-10	6-12
5	0-6	0-6	1-7	4-10	6-12	9-15
6	0-6	1-7	2-8	6-12	9-15	12-18

* Las condenas son en meses

Como se puede apreciar, aún cuando las sentencias no son determinadas, los rangos ordenados dejan muy poco espacio para que los jueces maniobren y la adapten al caso particular. Cabe mencionar que en las ofensas mayores (no incluidas en el ejemplo), principalmente del número 31 al 42, los rangos son más extensos.

Por ejemplo, en el nivel 42, un acusado sin antecedentes penales recibiría una sentencia entre 360 meses y cadena perpetua. En el nivel más serio, el 43, los lineamientos ordenan una sentencia de cadena perpetua sin excepción.

Los “Lineamientos Federales de Sentencia” han sido objeto de mucha crítica y, actualmente, existe un debate sobre su constitucionalidad. Mientras no se resuelva esta situación, los reos federales continuarán recibiendo sentencias severas independientemente de las particularidades del caso.

Como se había mencionado, algunos estados utilizan un sistema más flexible para la imposición de sentencias. Bajo este sistema, al Juez se le permite tomar en cuenta la totalidad de las circunstancias para que su sentencia sea justa y se apegue al caso en cuestión.

Primeramente, el Juez debe considerar los objetivos de la sentencia. La sentencia sirve para castigar al acusado, para evitar que las partes afectadas hagan justicia por sí mismas y para disuadir al acusado y a la sociedad en general de cometer delitos. Teniendo en cuenta esto, el Juez debe decidir cuál será la sentencia que mejor cumpla con dichos objetivos.

Es importante recordar que aún cuando no existan lineamientos formales en las jurisdicciones flexibles, sí cuentan con guías establecidas por las legislaturas

para dictar sus sentencias. Sin embargo, estas mismas guías establecen las reglas por medio de las cuales el Juez puede salirse de las condenas recomendadas por considerarlas inaplicables y dictar la sentencia que considere apropiada.

La Suprema Corte ha ampliado el poder del Juez al momento de dictar sentencia permitiéndole considerar una amplia variedad de cuestiones; incluyendo pruebas que no fueron admitidas y, por consiguiente, no fueron presentadas al jurado (*Williams v. N.Y.*, 337 U.S. 241). Igualmente, el Juez puede aumentar una condena si, en su opinión, el acusado se condujo con falsedad al declarar en juicio; aún cuando dicho delito no le sea imputado por la fiscalía (*U.S. v. Grayson*, 438 U.S. 41).

Después de considerar las particularidades de las sentencias, podemos comprender la razón por la cuál las sentencias varían tanto de un reo a otro. A pesar de que los cargos pudieran ser iguales en dos casos, las circunstancias y particularidades jamás podrán ser idénticas; por lo tanto, las sentencias tampoco lo serán.

De hecho, las Cortes han considerado el asunto de sentencias disparejas para participantes en el mismo delito y han resuelto que los cómplices no necesariamente deben recibir una sentencia igual, ya que sus actos y nivel de participación no siempre serán los mismos (*Edwards v. U.S.*, 795 F.2d 958).

k) Apelaciones

Hay mucha confusión entre los mexicanos que enfrentan procesos judiciales cuando se habla de apelaciones. Los sentenciados por lo general están bajo la impresión equivocada de que una apelación les da derecho a celebrar un nuevo juicio y, cuando son informados por la Corte de Apelaciones que su apelación fue negada, sienten que la Corte actuó de manera discriminatoria en su contra.

Para empezar, debemos tener en cuenta que la Constitución de los Estados Unidos no establece el derecho a apelar una sentencia o una condena. El derecho de apelación es otorgado por las distintas legislaturas; por lo tanto, está sujeto a las reglas y disposiciones que éstas establezcan. (*Abney v. U. S.*, 431 U.S. 651).

El hecho que probablemente ocasiona la mayor parte de la confusión es el hecho de que una apelación no es un nuevo juicio. El recurso de apelación existe para que la segunda instancia revise el juicio para determinar si hubo errores procesales dentro del mismo.

Por otra parte, la apelación solamente puede revisar una sentencia si el Juez no respetó las disposiciones establecidas por la ley y dictó una condena equivocada. Una sentencia dictada dentro de los parámetros permitidos por la ley no será revisada en una apelación.

Igualmente, el veredicto del jurado tampoco puede ser revisado en un recurso de apelación. La Corte de Apelaciones no estuvo presente cuando las pruebas se desahogaron por lo tanto no puede decidir cuestiones de inocencia. En resumidas cuentas, y como ya se mencionó, la apelación simplemente revisa que el juicio de primera instancia se hubiese llevado a cabo de acuerdo con las reglas procesales.

No obstante, hay maneras de conseguir que la Corte de Apelaciones estudie más a fondo el caso. La más común es solicitando una revisión de las pruebas utilizadas y desechadas. Al hacer esto, la Corte de Apelaciones se ve obligada a considerar si las pruebas aceptadas fueron válidas o si las desechadas debieron haberse utilizado. Si se encuentra un error el caso puede ser regresado al Juzgado de Primera Instancia para celebrar un nuevo juicio con o sin la prueba en cuestión.

Cabe mencionar que aún cuando se encuentre un error en el procedimiento, la Corte de Apelaciones puede decidir que fue un error inofensivo y no tomar ninguna medida para subsanarlo. De acuerdo con la Suprema Corte, solamente se tomarán medidas para subsanar un error cuando se demuestre el error y este afecte considerablemente un derecho del acusado (*Jones v. U.S.*, 527 U.S. 373).

Otro argumento que se puede invocar en una apelación es el relativo a la “suficiencia de las pruebas”. Bajo este argumento, el acusado solicita a la Corte de Apelaciones que revise el caso ya que, en su opinión, no hubo evidencias suficientes para que el jurado lo encontrara culpable. Este argumento gira en torno a un supuesto error por parte del jurado al declarar al acusado culpable aún sin pruebas suficientes.

Desgraciadamente este argumento tiene pocas posibilidades de éxito ya que la Corte de Apelaciones se limita a estudiar las declaraciones de los testigos y las pruebas presentadas para decidir si una persona razonable hubiera encontrado elementos suficientes para condenar al acusado.

De acuerdo con los precedentes, el valor de las pruebas, la credibilidad de los testigos y la forma de considerar declaraciones contrarias, son cuestiones que solamente el jurado puede hacer (*U.S. v. Glenn*, 312 F.3d 58).

Estos argumentos son los más comunes, sin embargo existen varios más que pueden ser invocados dentro de una apelación. El acusado prácticamente puede alegar en contra de todas las decisiones de la corte de primera instancia desde el proceso de selección del jurado hasta la negación de un recurso o de una objeción durante una declaración. Lo que siempre hay que mantener en mente es que lo que se está alegando es un error procesal por parte de la corte y no la inocencia del acusado.

^[1] Recuerdo a un abogado defensor comentar que obtuvo una reducción significativa en los cargos en contra de su cliente por el simple hecho de que el fiscal tenía vacaciones planeadas con su familia y él lo amenazó con llevar el caso a juicio en esas mismas fechas.

LA PROTECCIÓN CONSULAR EN EL DERECHO NORTEAMERICANO

TERCERA PARTE

3. Derecho Civil

El derecho civil abarca una gran variedad de cuestiones que pudieran parecer insignificantes en la vida diaria de los mexicanos en Estados Unidos si las comparamos con los asuntos penales y migratorios. No obstante, consideré importante abordar dos temas por su relevancia con otros asuntos.

El primer tema, el derecho a contraer matrimonio, no parece ser de gran importancia; sin embargo los argumentos utilizados para justificar este derecho son de aplicación general. De esta manera, la existencia del derecho a contraer matrimonio da origen a derechos similares como el divorcio, la adopción, el reconocimiento de hijos, la manutención y los alimentos.

También se incluye el derecho a la educación ya que es uno de los pocos asuntos directamente relacionados con los extranjeros que ha sido resuelto favorablemente por la Suprema Corte. Igualmente, el derecho a la educación está ligado a los derechos que tienen los extranjeros de recibir ciertos servicios proporcionados por el gobierno.

a) Matrimonio

La Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.) el 10 de diciembre de 1948 establece, en su artículo 16, que “los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”.

La Declaración continúa señalando que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

El artículo en mención expresa la esencia de la libertad que tienen los mexicanos, documentados o indocumentados, de contraer matrimonio. Como ya se mencionó, este derecho sirve como punto de partida para otros derechos. Asimismo, hay dos factores adicionales que hacen importante su estudio.

Primeramente, la mayoría de las leyes estatales de los Estados Unidos señalan como requisito para obtener una licencia de matrimonio contar con un número de Seguro Social o un número de residente. Estas disposiciones aparentemente imposibilitan a los indocumentados para obtener el permiso necesario para casarse.

En segundo lugar, la Suprema Corte ha estudiado este tema y, como ya hemos visto, su decisión es de carácter obligatorio para el país entero. Esto a su vez se relaciona con las leyes anti-migrantes que han surgido en algunos estados ya que el matrimonio es uno de los servicios proporcionados por los estados que generalmente va incluido dentro de los servicios que se busca negar a los indocumentados.

Como se mencionó anteriormente, la ley vigente en la mayoría de los estados del país requieren la presentación de un número de Seguro Social o de residente para expedir una licencia de matrimonio. Cabe señalar que no es el único requisito pero nos enfocamos en este por afectar directamente a los indocumentados. Los requisitos adicionales como el de edad, acta de nacimiento, prueba de sangre y comprobante de domicilio son fáciles de satisfacer.

Es importante aclarar que el requisito de proporcionar un número de Seguro Social o de residente no tiene origen en algún sentimiento en contra de los indocumentados; es fácil entender su existencia si vemos los motivos que están detrás.

En principio, el número solicitado tiene como meta identificar plenamente a los contrayentes. Es por esto que varios estados aceptan, para el caso de extranjeros, la presentación de su pasaporte o matrícula consular.

Si la idea fuera identificar a los contrayentes solamente, sería más fácil encontrar formas alternas para satisfacer el requisito, pero la segunda razón para solicitar un número de Seguro Social o de residente complica un poco la situación. Los números solicitados son utilizados para asegurar la localización de las personas en caso de requerir pagos de manutención.

Teniendo esto en cuenta, es más fácil para nosotros comprender la utilidad de contar con los números de Seguro Social de los contrayentes.

Considerando la necesidad de localizar a los contrayentes, y reconociendo que no se trata de una medida en contra de los inmigrantes, los estados, en la práctica, han adoptado medidas diversas para registrar a los contrayentes y otorgarles la licencia de matrimonio.

No obstante la actual disposición de las autoridades locales por adecuar sus requisitos a las necesidades de los inmigrantes, la Suprema Corte, con su decisión en el caso "*Loving*" (*Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1), garantizó el derecho al matrimonio.

El mencionado caso surge en 1960 cuando el Estado de Virginia promulgó una ley haciendo ilegales los matrimonios interraciales. Bajo esta nueva disposición, Richard Perry Loving fue encarcelado. El acusado fue condenado y apeló su sentencia localmente ante la Corte de Circuito y la Suprema Corte del Estado de Virginia; ambas instancias negaron sus peticiones y confirmaron su encarcelamiento.

El Sr. Loving decidió llevar su caso ante la Suprema Corte del país, donde la ley fue declarada inconstitucional. La decisión de la Suprema Corte no se limitó al asunto de la ley promulgada por el Estado de Virginia sino que también proporcionó argumentos generales que pueden ser retomados por los inmigrantes en caso de alguna disposición adversa.

En primer lugar, aún reconociendo que el poder de regular los matrimonios es de los Estados individualmente, la Corte señaló que no se trata de un poder ilimitado; debe sujetarse a las disposiciones de la Constitución de los Estados Unidos.

En ese mismo sentido, declararon que el matrimonio es uno de los derechos humanos básicos del hombre y que la XIV Enmienda de la Constitución prohíbe que sea restringido por motivo de raza.

Esta referencia a la XIV Enmienda es precisamente lo que hace que su decisión rijan los derechos de los inmigrantes toda vez que el texto de la misma protege a cualquier persona contra actos de los estados que restrinjan sus libertades o que nieguen un trato igual ante la ley.

b) Educación

La educación básica en Estados Unidos, que abarca desde la pre-primaria hasta el doceavo año escolar, está garantizada para cualquier persona, independientemente de su origen, raza, nacionalidad o condición migratoria. La Suprema Corte de los Estados Unidos, en su decisión del caso “*Plyler*” (*Plyler v. Doe*, 458 U.S. 1131), resolvió la controversia sobre la educación para indocumentados.

El caso en comento surgió como resultado de una ley promulgada en el Estado de Texas que permitía a los distritos escolares rechazar alumnos que no pudieran proporcionar documentos que avalaran su condición migratoria y la de sus padres. Asimismo, la nueva ley indicaba que no se les daría dinero a las escuelas para educar a indocumentados.

Como ya se mencionó, la XIV Enmienda de la Constitución de Estados Unidos establece que los estados no pueden negarles a las personas bajo su jurisdicción un trato igual ante la ley. El argumento del Estado de Texas se basó en la idea de que los indocumentados no se encontraban bajo su jurisdicción por haber ingresado sin autorización al país y, por lo tanto, no tenían derecho a un trato igual.

La Suprema Corte rechazó este argumento y determinó que los indocumentados efectivamente estaban incluidos en la definición de “personas” para efectos de la aplicación de la XIV Enmienda. Igualmente, la Corte explicó que permitirle a los estados determinar cuales clases de personas se encuentran bajo su jurisdicción iría en contra de los objetivos de la propia enmienda, ya que esta fue adoptada precisamente para evitar este tipo de abusos y arbitrariedades.

Finalmente, la Corte señaló que la educación no es un derecho individual otorgado por la Constitución, pero tampoco se trata de un mero beneficio social; no se puede ignorar el costo social que tendría para el país si se negara a ciertos grupos los medios para absorber los valores en los que descansa el orden social.

La decisión en el caso “*Plyler*” es probablemente el precedente más importante que tenemos en materia de derechos para los indocumentados, ya que la Suprema Corte no se limitó a resolver el conflicto presentado, la resolución incluye una serie de declaraciones sobre el poder de los estados para regular asuntos migratorios y las garantías que la Constitución le otorga a los indocumentados.

Desgraciadamente este caso solamente cubre la educación básica; la educación superior no está garantizada y los estados están en plena libertad de regular quién puede y quién no puede asistir a sus universidades. Es importante notar que aún cuando varios estados no prohíben el ingreso de indocumentados a las universidades, éstas están en libertad de imponerles las mismas cuotas que les imponen a los alumnos de otros estados, haciendo su inscripción demasiado costosa.

4. Derecho Laboral

a) Origen del Derecho Laboral en Estados Unidos y México

El derecho laboral es la rama del derecho en la que más diferencias encontramos entre Estados Unidos y México. Es difícil para los Mexicanos comprender las leyes americanas por las diferencias tan marcadas que existen con nuestro sistema. Si fuéramos a describir estas diferencias en una sola frase, podríamos decir que la legislación mexicana establece más derechos individuales para el trabajador mientras que Estados Unidos se enfoca a las condiciones generales del empleo y a los derechos colectivos.

Esta marcada diferencia es más fácil de comprender si estudiamos un poco la historia del derecho laboral en cada país.

El derecho laboral de Estados Unidos surge como resultado de un movimiento hacia la sindicalización y la busca de derechos colectivos de los trabajadores

durante el siglo XIX. En un principio, los trabajadores que procuraban organizarse para mejorar sus condiciones de trabajo eran considerados criminales y por consiguiente eran tratados como tales. Los activistas se hacían acreedores a elevadas multas y, en casos extremos, recibían condenas de prisión.

A pesar del trato adverso, los trabajadores lograron crear organizaciones laborales para luchar por sus Derechos. A pesar de serlo, estas organizaciones no eran consideradas sindicatos debido a que el gobierno estadounidense no reconocía el derecho de los trabajadores de crear sindicatos.

La organización más fuerte y activa fue la de los trabajadores ferroviarios. Esta organización realizó una serie de huelgas que culminaron en el año de 1894 con la recomendación de la Comisión de Huelgas de los Estados Unidos de que los empleadores reconocieran y contrataran directamente con los sindicatos laborales establecidos.

El siguiente paso se dio en 1908 cuando fue aprobada la llamada “Acta Erdman”, que daba aún más apoyo a los sindicatos al imponer penas criminales a los empleadores que despidieran a empleados por su afiliación o participación sindical.

Durante la Primera Guerra Mundial, los sindicatos obtuvieron otro logro significativo. La “Junta de Trabajo en Tiempo de Guerra” reconoció la libertad de organización y de contratación colectiva de los sindicatos. La intención de la Junta era evitar que la situación del país se deteriorara más, ya que en su opinión el reconocimiento de los sindicatos evitaría mayores disputas laborales que seguramente interferirían con la guerra.

No obstante, esta decisión abrió la puerta para el desarrollo del derecho colectivo de trabajo en Estados Unidos.

Desafortunadamente, la práctica establecida desapareció con el fin de la guerra. Los empleadores dejaron de reconocer y de contratar a través de los sindicatos. Esto revivió al sector ferroviario quien nuevamente tomó la delantera en las disputas laborales y logró varios avances para su sector, así como otros afines como el de la industria aérea.

Fue hasta 1932 que el gobierno, con la aprobación de la “Acta Norris-La Guardia”, permitió a los empleados organizarse y contratar colectivamente sin presión o coerción del empleador. La misma acta reconoció a las huelgas y los paros como derechos laborales siempre y cuando se realizaran de manera pacífica.

Finalmente, la legislación laboral tomó forma en 1935 con la promulgación de la “Acta Nacional de Relaciones Laborales”. Con esta acta se afinaron los detalles del derecho de asociación, se permitió a los trabajadores elegir representantes para negociar contratos colectivos y se declararon ilegales las actividades de

los empleadores que restringieran o interfirieran con el ejercicio de los derechos de los trabajadores.

Para garantizar el cumplimiento de las disposiciones del acta, así como para vigilar los procedimientos para reparar violaciones de la misma, se creó la “Junta Nacional de Relaciones Laborales”.

Como podemos ver, el movimiento laboral en Estados Unidos buscaba igualdad entre los trabajadores. Sus metas eran obtener condiciones iguales para trabajadores iguales.

En México, el derecho del trabajo nace de la lucha de los trabajadores por obtener mayores derechos individuales en el ámbito laboral. A principios del siglo XX la jornada de trabajo llegaba a ser de 16 horas y los sueldos eran sumamente bajos. Estas condiciones, al igual que en Estados Unidos, dieron pie a varias huelgas. Lamentablemente, estos movimientos fueron reprimidos sin haber logrado sus objetivos.

Las más destacables fueron la huelga minera de Cananea en 1906 y la textil de Río Blanco un año después. Aunque no lograron sus metas en su momento, formularon propuestas que eventualmente fueron incorporadas a la Constitución de 1917.

Sin embargo, antes de la promulgación de la Constitución Mexicana de 1917, los trabajadores mexicanos tuvieron que tomar las armas y unirse al movimiento revolucionario; es por ello que la Revolución Mexicana es considerada un movimiento obrero-social.

El artículo 123 de la Constitución elevó al ámbito federal el Derecho del Trabajo e introdujo condiciones laborales sin precedentes. La jornada de trabajo se redujo a 8 horas, se estableció un salario mínimo, el descanso semanal, la indemnización por despido, el reparto de utilidades, la indemnización por riesgos de trabajo, los derechos de maternidad, el derecho a la vivienda y se prohibió el trabajo de menores de edad.

Las disposiciones del artículo 123, a pesar de ser obligatorias para el país entero, fueron aplicadas de manera dispareja en los distintos estados de la república. Por ello, en 1931 se publica la Ley Federal del Trabajo que reglamentó el artículo 123 y estableció mecanismos para hacer efectivos los derechos de los trabajadores y las compensaciones para casos de violaciones a la ley.

Una nueva Ley Federal del Trabajo fue promulgada en 1970 para incluir mayores prestaciones como el derecho a aguinaldo, prima vacacional, prima de antigüedad, prima dominical y días de descanso obligatorios. En 1980 se reformó la ley y se estableció el principio de la corrección de la deficiencia de la queja del trabajador.

b) Derecho Vigente en Estados Unidos

Después de ver las diferencias, no solo en materia sino en ideologías, de los derechos laborales de México y Estados Unidos, es más fácil comprender por qué los mexicanos sujetos a las leyes americanas se sienten tan desprotegidos. El derecho laboral vigente en Estados Unidos no otorga los derechos que los trabajadores mexicanos están acostumbrados a gozar.

Primeramente, podemos ver que la Constitución de los Estados Unidos no contiene disposiciones laborales salvo la prohibición de la esclavitud en la XIV Enmienda. Pero el problema va más allá de esto; en las facultades enunciadas del Congreso federal no se incluyó la capacidad para legislar en materia laboral.

Esta omisión crea un grave problema constitucional ya que la X Enmienda específicamente señala que las facultades no otorgadas al gobierno federal quedarán delegadas a los estados.

Esta situación obligó al Congreso federal a buscar una solución alterna. Utilizando el poder para regular el comercio entre los estados (artículo 1º, sección 8(3)), el Congreso de los Estados Unidos logró promulgar leyes laborales. La justificación para esto fue que al igualar las condiciones de trabajo entre los estados, el Congreso estaba regulando el comercio ya que estas leyes directamente afectaban a las empresas cuyos negocios se extendían a varios estados.

Como ejemplo de esto podemos citar la prohibición al empleo de menores: el Congreso prohíbe la contratación de menores de edad para que las empresas que utilizan el trabajo de menores no saquen ventaja pagando sueldos más reducidos que los que pagan las compañías que contratan adultos.

Lo que parece haber sido una solución trajo consigo mayores problemas. Primeramente, para poder disfrazar leyes laborales como comerciales tuvieron que promulgarlas con el fin de promover el comercio; por lo tanto, la mayoría de las disposiciones están destinadas a proteger al empleador, no al trabajador. La justificación para cada ley laboral promulgada por el Congreso federal es cuidar que el negocio prospere.

El segundo problema que viene de esta práctica es que las leyes federales solamente se aplican a las empresas que tienen actividad en 2 o más estados. La Constitución solo permite al Congreso Federal a regular el comercio entre los estados, no dentro de los estados. Esto deja a un gran número de empleadores fuera de la esfera federal y por lo tanto, no sujetos a sus leyes.

Esta situación se agudiza aún más cuando observamos que las leyes más importantes en materia laboral son precisamente federales. Los derechos garantizados por estas leyes son: salario mínimo, jornada de trabajo, seguridad en el empleo, desempleo, tiempo extra, pensiones y protección contra discriminación.

Siguiendo con el problema constitucional debemos comprender que ha quedado en manos de los estados regular las demás cuestiones laborales que no han sido abordadas por el gobierno federal. Asimismo, pueden sustituir, modificar o ampliar las disposiciones federales para empleadores locales, o sea, aquellos cuya actividad no es considerada como comercio entre los estados.

Por otra parte, a cada jurisdicción, federal o estatal, le compete vigilar el cumplimiento de sus propias leyes. Esto crea varios ámbitos de competencia para el caso de violaciones de derechos laborales. Para complicar aún más el asunto, el gobierno federal ha dividido esta vigilancia entre distintas agencias.

El Departamento del Trabajo de los Estados Unidos se encarga de los asuntos relacionados con horarios, salarios y trabajo de menores, mientras que la “Comisión de Oportunidades Iguales en el Empleo” atiende casos de discriminación.

Para un trabajador mexicano que siente que sus derechos han sido violados es frustrante tener que acudir a tres oficinas distintas para buscar un remedio; especialmente si se encuentra desempleado y necesita encontrar un nuevo trabajo para mantener a su familia.

Al buscar resolver una posible violación de derechos laborales tenemos que tener en cuenta dos cosas. Primero, entre las diversas leyes laborales existen excepciones que pueden descalificar a los trabajadores y no permitirles reparación alguna. Las más importantes son las siguientes:

- **Horas Extras** – La ley federal establece que debe pagarse 150% del salario normal por cada hora trabajada que exceda de 40 horas a la semana con excepción de los siguientes trabajadores:
 - De hospitales;
 - De educación básica;
 - De pesca;
 - De agricultura que presten sus servicios en granjas pequeñas;
 - Choferes, cargadores o mecánicos en compañías de transporte de carga;
 - Vendedores y mecánicos en agencias de venta de automóviles;
 - De aerolíneas;
 - Taladores en compañías con 9 o menos trabajadores;
 - Repartidores;
 - Trabajadores ferroviarios;
 - Taxistas;
 - Trabajadores en empresas cuyas ventas no rebasen \$250,000.00 dólares anuales.

- **Discriminación¹** – La ley federal prohíbe la discriminación, el despido, el rechazo, la segregación o la suspensión por motivo de raza, color, sexo, religión u origen nacional. La “Comisión de Oportunidades Iguales en el Empleo” es la encargada de vigilar el cumplimiento de estas disposiciones. Lamentablemente, no pueden intervenir si el empleador tiene menos de 15 trabajadores.

Además de las excepciones mencionadas, la segunda cuestión que tenemos que tomar en consideración son las omisiones en la ley. La legislación federal no incluye disposiciones que regulen vacaciones, aguinaldo, descansos, días festivos, prima de antigüedad y reparto de utilidades; por lo tanto, no son exigibles. Algunos estados han decidido legislar ciertas prestaciones adicionales pero si no lo han hecho, el empleador queda exento de la obligación de otorgarlas.

En cuanto al tema del despido, el trabajador queda completamente a merced del patrón, ya que no existe la estabilidad en el empleo ni la compensación por despido. El empleador tiene el poder de despedir al trabajador sin motivo alguno siempre y cuando no sea por razones discriminatorias.

Hay que recordar que el derecho laboral en los Estados Unidos surgió de un movimiento hacia el reconocimiento de sindicatos. Es por ello que no hay muchas leyes en materia de derechos y prestaciones individuales; los trabajadores generalmente obtienen los beneficios adicionales por medio del contrato colectivo de trabajo, no a través de una negociación o contratación individual.

Lamentablemente, los trabajadores mexicanos por lo general no forman parte de algún sindicato y por consiguiente no son contratados con un contrato colectivo. Esto los deja en una situación de desventaja ante el patrón. Para poder mejorar su situación el trabajador Mexicano debe buscar afiliarse a algún sindicato que se encargue del tipo de trabajo que realiza. En años recientes hemos visto como los sindicatos de “techeros” y de trabajadores de acero han apoyado al trabajador mexicano para mejorar su situación en sus respectivas labores.

c) Decisiones Judiciales Relevantes

Los derechos laborales de los mexicanos han sido debatidos ampliamente pero la Suprema Corte de los Estados Unidos no ha tenido oportunidad resolver muchas controversias. Seguramente con el paso del tiempo habrá oportunidad de llevar más casos a la más alta instancia en busca de resoluciones favorables. Por lo pronto, las decisiones más relevantes son las siguientes: *Sure-Tan, Inc. v. N.L.R.B.*, 467 U.S. 883

¹ Es curioso que en Estados Unidos luchamos en contra de la discriminación cuando nuestra propia Ley Federal del Trabajo, en su Artículo 154, señala que en condiciones de igualdad, el patrón debe darle preferencia al trabajador Mexicano sobre el extranjero.

Este caso surge cuando los empleados de la compañía “Sure-Tan” votaron por un sindicato para que los representara. La compañía se quejó ante la “Junta Nacional de Relaciones Laborales” porque 6 de los 7 que votaron eran indocumentados, pero no obtuvieron resultados favorables.

Por lo anterior, el Presidente de la compañía reportó a los indocumentados que participaron en actividades sindicales a las autoridades migratorias. 5 de los trabajadores regresaron voluntariamente a México para evitar ser deportados.

La Junta investigó el caso y determinó que la empresa había actuado incorrectamente y ordenó el pago de salarios caídos desde la fecha del abandono del trabajo hasta la fecha de su decisión.

La empresa apeló la decisión y la Corte de Apelaciones ordenó que se otorgara un periodo de 4 años para que los trabajadores pudieran entrar a Estados Unidos con un permiso migratorio y regresar a su trabajo. Asimismo, la Corte reconoció que por ser indocumentados, los trabajadores no tenían derecho a sueldo, pero concedió que los intereses de la Junta serían servidos si el patrón pagaba solamente 6 meses de sueldo a cada trabajador.

Esta decisión también fue apelada y el caso terminó ante la Suprema Corte donde se resolvió que efectivamente la empresa había actuado incorrectamente ya que la palabra “empleado” utilizada por el “Acta Nacional de Relaciones de Trabajo” incluye a los indocumentados. Sin embargo, la Suprema Corte indicó que la Corte de Apelaciones había excedido su poder al ordenar el pago de 6 meses de salarios caídos.

De acuerdo con la decisión final, el pago debe ser de acuerdo con las pérdidas reales del trabajador, no pérdidas especuladas. Lamentablemente, por carecer de un permiso de trabajo, los trabajadores deben ser considerados como “no disponibles” para trabajar; por lo tanto, no sufren pérdidas y no merecen salarios caídos.

i. *Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. N.L.R.B.*, 535 U.S. 137

Un trabajador presentó documentos falsos para obtener el empleo en la compañía y posteriormente apoyó una campaña organizada por el sindicato. La compañía, disgustada por sus actividades dentro del sindicato decidió despedirlo. La “Junta Nacional de Relaciones Laborales” investigó el asunto y resolvió a favor del trabajador, ordenando el pago de salarios caídos.

En una audiencia administrativa para determinar la cantidad de salarios que la empresa debía pagar, el trabajador aceptó ser mexicano y haber utilizado documentos de otra persona para obtener el trabajo. El Juez administrativo, siguiendo la decisión en el caso “*Sure-Tan*”, decidió que no tenía derecho a salarios caídos por ser indocumentado.

El caso fue apelado hasta llegar a la Suprema Corte donde se decidió que las disposiciones de la Junta deben verse limitadas por las leyes migratorias. En casos anteriores, la Corte ya había resuelto que las disposiciones de la Junta debían ser invalidadas si iban en contra de alguna ley o práctica federal.

En virtud de que el “Acta de Reforma y Control Migratorio” (I.R.C.A.) de 1986 estableció que la presentación de documentos falsos sería considerada como un crimen, otorgar salarios caídos al trabajador iría en contra de las decisiones previas de la Corte.

La Protección Consular en el Derecho Norteamericano

Cuarta Parte

CONSIDERACIONES FINALES

Durante el año se ha venido publicando en este espacio el trabajo titulado *“La Protección Consular en el Derecho Norteamericano”* en el cual se abordan cuestiones importantes para comprender mejor la situación jurídica de los mexicanos en Estados Unidos, desde el punto de vista del derecho civil, penal, laboral y migratorio.

En esta edición se abordará el último capítulo, referente a las llamadas leyes antimigrantes así como las conclusiones del trabajo. Consideré importante discutir las leyes antimigrantes debido a que, desde la campaña a favor de la Propuesta 187 en California, han surgido diversas iniciativas similares en otros lugares de los Estados Unidos.

Como se podrá observar, las conclusiones relativas a la Propuesta 200 de Arizona fueron formuladas antes de que los votantes de Arizona aprobaran dicha iniciativa. No obstante, considero que los antecedentes y los argumentos planteados no dejan de tener validez.

En el capítulo de conclusiones y recomendaciones se manejan dos rubros. Por un lado se ofrecen recomendaciones para mejorar los servicios de protección brindados por los Consulados y por el otro se propone una estructura administrativa alterna dentro de la Secretaría de Relaciones Exteriores para apoyar aún más estas labores.

Finalmente, considero oportuno reiterar que el trabajo expuesto no debe ser visto como una obra completa sobre la protección consular en Estados Unidos. La protección es un servicio sumamente complejo que, dada su importancia para nuestros connacionales (en Estados Unidos y México), debe mantenerse

en un proceso constante de estudio y análisis para garantizar su mejora y refuerzo ante un mundo cambiante.

5. Leyes Anti-Inmigrantes

Desde los inicios del derecho migratorio en los Estados Unidos, ha habido leyes dirigidas en contra de los extranjeros. Para los políticos que las promueven, este tipo de leyes resulta ser un arma infalible por dos razones.

La primera, es el hecho de que desde el punto de vista del electorado, estas leyes acarrearán como bandera de guerra el nacionalismo y el amor a la patria. La segunda razón, se refiere al hecho de que los extranjeros no pueden votar en este país, por lo tanto, no tienen manera de combatir la campaña en su contra.

Es importante tener en cuenta que las leyes anti-migrantes que han prosperado han sido aquellas promulgadas por el gobierno federal; los esfuerzos estatales no han corrido con la misma suerte.

a) Leyes Federales

La primera ley federal que atacó directamente a los extranjeros fue promulgada en 1888 y su objetivo era reducir la migración de China. Esta ley suspendió indefinidamente la expedición de permisos de viaje e impidió el regreso a Estados Unidos de toda persona de nacionalidad china que hubiese abandonado el país; aún aquellos que habían tramitado y obtenido un permiso de viaje previo a su salida.

La nueva ley fue cuestionada ante la Suprema Corte por Chae Chan Ping, un trabajador que obtuvo un permiso de viaje para salir de los Estados Unidos y a su regreso se le negó la entrada al país ya que la nueva ley fue promulgada mientras se encontraba fuera.

En su resolución del caso, la Suprema Corte indicó que el Congreso tenía el poder de excluir extranjeros, o impedir su regreso al país, por cualquier razón que estime suficiente (*Chae Chan Ping v. U.S.*, 130 U.S. 581).

En 1892, el Congreso hizo uso del poder conferido por la Suprema Corte en el caso "*Ping*" y promulgó una ley que obligaba a todos los inmigrantes chinos a obtener un certificado de residencia dentro de un año o serían sujetos a deportación. La controversia surgió cuando se descubrió que la única manera de obtener el certificado requerido era por medio de la presentación de un testigo blanco creíble. Este testigo debería declarar que el inmigrante chino efectivamente era residente de los Estados Unidos en la fecha de promulgación de la ley.

Otro trabajador chino, Fong Yue Ting, solicitó el certificado de residencia y presentó a tres testigos, todos de nacionalidad china. El gobierno no los aceptó

y le exigió la presentación de un testigo blanco. Ante la imposibilidad de presentar un testigo que no fuera chino, el gobierno ordenó su deportación.

El caso fue escuchado por la Suprema Corte quien decidió que las naciones tienen derecho absoluto a expulsar o deportar a los extranjeros que no se hayan naturalizado o hayan tomado pasos para hacerlo. De acuerdo con la Corte, el derecho de los países de impedir la entrada de extranjeros es reconocido por los principios del derecho internacional (*Fong Yue Ting v. U.S.*, 149 U.S. 698).

Cabe mencionar que la Suprema Corte agregó que los extranjeros mantienen una serie de derechos constitucionales mientras permanecen en el país; sin embargo, mientras no se naturalicen, siguen estando sujetos al poder del Congreso para expulsarlos cuando lo estime necesario. Igualmente, el Congreso tiene plena facultad para establecer los procedimientos y las pruebas para comprobar la presencia de los extranjeros (*Fong Yue Ting v. U.S.*, 149 U.S. 698).

Las decisiones de la Suprema Corte en los casos “*Ping*” y “*Ting*”, sentaron las bases para consolidar el poder que el Congreso federal tiene para legislar dentro del ámbito migratorio. Este poder fue objeto de un nuevo ataque constitucional más de un siglo después con la promulgación de la Ley de la Seguridad Social de 1976.

El ataque a esta ley fue por el hecho de que suspendía los beneficios para los extranjeros hasta que cumplieran 5 años viviendo dentro de los Estados Unidos con residencia permanente. El argumento en contra de su aplicación giraba en torno a que esta disposición iba en contra de la cláusula de igualdad de la Constitución (XIV Enmienda).

La Suprema Corte rindió su decisión en el caso “*Mathews*” y, al permitir la distinción hecha por la ley, señaló que el Congreso, en el ejercicio de su amplio poder sobre la migración, puede promulgar leyes que serían inaceptables si se aplicaran a ciudadanos (*Mathews v. Diaz*, 96 S.Ct. 1883).

Los tres casos mencionados, “*Ping*”, “*Ting*” y “*Mathews*”, resuelven la cuestión federal otorgando poder al Congreso federal de legislar de manera libre y absoluta dentro del ámbito migratorio. Los problemas que surgen cuando un Estado decide hacer lo mismo se comentan a continuación.

b) Leyes Estatales

A mediados del siglo XIX, hubo varios estados que decidieron imponer contribuciones adicionales a los extranjeros que debían ser pagados al momento de su llegada. La Suprema Corte invalidó todas y cada una de estas leyes pero le permitió al Congreso federal aplicar una ley similar, originando así el debate sobre el límite de las acciones de los estados sobre los extranjeros.

i. *Plyler v. Doe*, 458 U.S. 1131

La primera ley anti-migrante estatal que afectó directamente a los mexicanos fue promulgada por el Estado de Texas en 1975 y permitía a los distritos escolares negar el acceso a las escuelas públicas a los alumnos indocumentados. Hubo varias demandas presentadas ante las cortes y la Suprema Corte resolvió el asunto en 1982.

En una decisión que se ha convertido en el fundamento legal principal para evitar leyes anti-migrantes estatales, la Suprema Corte invalidó la ley en cuestión. Para empezar, la Corte señaló que los indocumentados sí se encuentran protegidos por la XIV Enmienda de la Constitución y sí deben ser considerados como sujetos “dentro de la jurisdicción” del Estado donde se encuentren.

De acuerdo con la Corte, el objetivo de la XIV Enmienda es prohibirle a los estados crear sus propias clasificaciones respecto a las personas bajo su jurisdicción. Las palabras “dentro de su jurisdicción” utilizadas por la XIV Enmienda confirman que la protección otorgada por la misma se extiende a cualquier persona dentro del Estado; el hecho de haber ingresado de manera indocumentada no retira a la persona de la protección de la mencionada Enmienda.

La Suprema Corte continuó indicando que para que una clasificación de personas sea válida, el Estado debe demostrar que fue hecha específicamente para cumplir un objetivo legítimo del Estado. No obstante, la Corte específicamente negó cualquier poder a los estados para clasificar a los extranjeros.

Por otra parte, la decisión señala que al considerar un argumento relativo a extranjeros, la corte está obligada a prestar atención a las disposiciones o directrices del Congreso federal ya que estas pueden afectar, limitar o impedir las acciones de los estados.

Sin embargo, lo que probablemente hace esta decisión tan singular, es el razonamiento de la Corte respecto a la supuesta carga económica que representa educar a un indocumentado. De acuerdo con el análisis de la Corte, el Estado de Texas no logró demostrar que educar a un indocumentado era más costoso que educar a un ciudadano o residente.

La decisión en el caso “*Plyler*” aseguró el derecho de los indocumentados a recibir educación pública gratuita y, a su vez, sentó un precedente importantísimo para combatir futuras acciones estatales dirigidas en contra de los extranjeros.

ii. Propuesta 187 (California)

Parte 1: *L.U.L.A.C. v. Wilson*, 908 F.Supp. 755

La ley anti-migrante más conocida sin duda alguna es la “Propuesta 187” de California. Adoptada en 1994, esta propuesta buscaba prohibir que los indocumentados tuvieran acceso a beneficios públicos como la educación y servicios médicos. Igualmente, obligaba a los servidores públicos del Estado a determinar la condición migratoria de las personas con que tuvieran contacto y reportar cualquier anomalía a las autoridades migratorias.

Finalmente, la propuesta incluyó un apartado que penalizaba la creación y el uso de documentos falsos.

Después de su aprobación, la propuesta fue combatida en las cortes en una serie de demandas individuales y colectivas. La Corte Federal del Distrito Central de California consolidó las demandas y resolvió el asunto en 1995.

De acuerdo con la Corte, las disposiciones relativas a la obligación de los empleados estatales de verificar la condición migratoria de las personas eran inválidas en virtud de que invadían facultades exclusivas del gobierno federal. Igualmente, basándose en la decisión del caso “*Plyler*”, la Corte determinó que el Estado de California no podía negarle educación pública a los indocumentados.

Es importante tener en cuenta que la Corte de Distrito indicó que la sección de la propuesta que negaba acceso a beneficios y servicios públicos estatales podría sobrevivir un ataque constitucional siempre y cuando la determinación de la condición migratoria de las personas fuera realizada por el gobierno federal, no por empleados estatales. Bajo este esquema, los empleados del Estado tendrían que contactar al gobierno federal para verificar la condición migratoria de cada persona que solicitase algún servicio o beneficio.

La Corte permitió las disposiciones que negaban servicios y beneficios públicos señalando que el Congreso federal no había promulgado leyes que sirvieran como guía en esta materia; por lo tanto, la propuesta del Estado de California no estaba invadiendo la esfera federal.

La resolución de la Corte contiene varias determinaciones importantes para los intereses de los indocumentados. Entre ellas destacan las siguientes:

- El poder para regular la migración es federal, cualquier ley estatal que regule la migración es constitucionalmente inválida.
- Aunque una ley estatal no vaya en contra de la ley federal, será inválida si invade un campo legal que el Congreso federal claramente pretendió ocupar.

- Debido a que el gobierno federal tiene la responsabilidad exclusiva de regular la migración, los estados no pueden agregar o retirar las condiciones impuestas por el Congreso.
- La obligación impuesta a las agencias policíacas locales de verificar la condición migratoria de las personas violaba la legislación federal ya que su único fin era regular la migración de manera ilegal.
- Un Estado no puede, por sí mismo, determinar quién está autorizado para permanecer en los Estados Unidos.

Parte 2: Ley de Responsabilidad Personal y Reconciliación de Oportunidad Laboral

En 1996, el Congreso federal promulgó la Ley de Responsabilidad Personal y Reconciliación de Oportunidad Laboral (P.R.A. por sus siglas en inglés) que reguló los derechos de los extranjeros en materia de beneficios y servicios públicos.

A nivel federal, la P.R.A. estableció que los indocumentados no tendrían derecho a beneficio alguno proporcionado por el gobierno de los Estados Unidos o por cualquier agencia que utilizara fondos federales. Las únicas excepciones son los servicios médicos de emergencia, ayuda en caso de desastre, vacunas y acceso a albergues y a los llamados centros de crisis (8 U.S.C. §1611).

La P.R.A. también reguló el ámbito estatal al negar el acceso de los indocumentados a los servicios y beneficios públicos estatales con las mismas excepciones ya mencionadas. Sin embargo, se incluyó un artículo que autorizaba a los estados a otorgar servicios y beneficios públicos a los indocumentados a través de leyes estatales que así lo previeran (8 U.S.C. §1621).

Sin embargo, a falta de ley al respecto, los indocumentados quedaron excluidos de prácticamente todo servicio o beneficio público estatal.

Cabe agregar que la P.R.A. expresamente señala que sus disposiciones no deben ser leídas de manera contraria a la decisión de la Suprema Corte en el caso “*Plyler*” (8 U.S.C. §1643(a)(2)). De esta manera, el derecho a educación pública gratuita se mantuvo intacto.

Parte 3: *L.U.L.A.C. v. Wilson*, 997 F.Supp. 1244

En virtud de que el Congreso federal había tomado pasos para regular el acceso de los indocumentados a servicios públicos, la “Proposición 187” nuevamente fue atacada ante la Corte Federal del Distrito Central de California.

En esta segunda presentación, la Corte amplió su resolución anterior e indicó que al igual que en materia migratoria, los estados estaban imposibilitados para

legislar el acceso a beneficios públicos. El razonamiento giró en torno al hecho de que el Congreso federal, al promulgar la P.R.A, había manifestado su intención de ocupar el tema de los beneficios públicos, dejando a los estados sin poder alguno para retomarlos.

Con esta segunda decisión judicial, la “Propuesta 187” prácticamente quedó invalidada en su totalidad. La única parte que sobrevivió fue la relativa a la penalización del fraude a través de la creación y el uso de documentos falsos.

Es muy importante tener en cuenta que la lucha en contra de la “Propuesta 187” no fue una victoria absoluta; la P.R.A. todavía niega el acceso de los indocumentados a los beneficios públicos. Sin embargo, la gran mayoría de los beneficios en cuestión ya estaban prohibidos por lo que tampoco podemos hablar de una gran pérdida.

Lo más valioso que se obtuvo como resultado de la “Propuesta 187” fue la decisión de la Corte. Los razonamientos de la Corte pueden ser utilizados como precedente para combatir futuras leyes de esta índole. Lamentablemente, por tratarse de una decisión de una Corte de Distrito, no representa un precedente obligatorio para las demás cortes; solamente puede ser utilizado como un antecedente persuasivo.

iii. Propuesta 200 (Arizona)

El Estado de Arizona pretende someter a elección popular la “Propuesta 200” en Noviembre de 2004. Esta propuesta, titulada “Ley de Protección al Contribuyente y Ciudadano de Arizona”, es similar a la de California ya que también está dirigida a combatir a la migración indocumentada.

La iniciativa tiene dos partes, una se refiere a los requisitos para que las personas voten y la segunda aborda el tema de los indocumentados. A pesar de que las disposiciones aplicables a los votantes tienen como objetivo combatir el supuesto fraude masivo que los indocumentados realizan al participar en los procesos electorales, su aprobación no afectaría en lo más mínimo a nuestros connacionales.

Simple y sencillamente, los extranjeros, independientemente de su condición migratoria, no tienen derecho a votar en los Estados Unidos. La imposición de mayores requisitos para registrarse en el padrón electoral, así como para emitir el voto, no tiene mayor relevancia para los mexicanos.

Por otra parte, si aceptamos el argumento absurdo de que los indocumentados están votando ilegalmente en este país, vemos que las nuevas disposiciones simplemente imponen un obstáculo adicional al requerir un comprobante de nacionalidad para registrarse y la presentación de una identificación al momento de votar. Si el deseo de los indocumentados por votar ilegalmente fuera real, nada en la propuesta les impide continuar haciéndolo con la presentación de documentos falsos.

En mi opinión, las disposiciones relativas al proceso electoral funcionan como una mera pantalla para facilitar la aprobación de la segunda sección de la propuesta, la relativa a los indocumentados.

Si la iniciativa es aprobada, todas las oficinas estatales encargadas de administrar beneficios públicos deberán hacer lo siguiente:

- **Verificar la identidad de los solicitantes y asegurar que sean elegibles para recibir el beneficio.**
- **Proporcionar a cualquier otro empleado información suficiente para verificar la condición migratoria de cualquier solicitante y ayudarlo a obtener dicha información de las autoridades migratorias federales.**
- **Rechazar cualquier identificación expedida por el Estado, incluyendo una licencia de manejo, para establecer la identidad o el derecho a recibir beneficios a menos que la autoridad que la expidió hubiese verificado la condición migratoria del solicitante.**
- **Enviar un reporte escrito a las autoridades migratorias federales sobre cualquier violación a las leyes migratorias descubierta por el empleado.**

Finalmente, el texto de la iniciativa señala que si alguna parte de la misma es invalidada, podrá ser separada de la ley para que las demás partes sobrevivan y sean aplicadas.

Existe actualmente gran preocupación en la comunidad hispana de Arizona por la posible aprobación de esta propuesta. Varias organizaciones han sumado sus esfuerzos para lanzar una campaña en contra de la iniciativa e intentar derrotarla en los comicios de Noviembre.

En lo personal, considero que una campaña a gran escala podría resultar contraproducente para los opositores de la propuesta. En primer lugar, hay que tener en cuenta que el votante típico de Arizona es una persona de mayor edad que se trasladó al Estado en busca de un clima favorable para disfrutar su retiro. A pesar del elevado número de jóvenes que residen en el Estado, el grado de abstencionismo electoral entre ellos los coloca en un segundo plano ante los votantes de la tercera edad.

Teniendo esto en cuenta, estamos ante una situación en la cual una campaña agresiva, con manifestaciones, marchas y plantones, podría ser el punto decisivo para garantizar la aprobación de la iniciativa.

El votante americano indeciso que vea una manifestación en la calle llena de gente extraña a él, por su apariencia, idioma, religión y costumbre, se sentirá más identificado con el grupo de ciudadanos que, según ellos, busca deshacerse de los llamados invasores y en sus propias palabras “Proteger a Arizona”.

Este tipo de campañas, por lo general, son difíciles de ganar ya que los que serían directamente afectados, los indocumentados, no pueden participar en los comicios. Asimismo, mientras más expresan su opinión y reclaman el espíritu racista de la iniciativa, más sentimientos en su contra se generan dentro de la comunidad votante.

Dada esta situación, considero que la mejor estrategia es asumir la aprobación de la iniciativa y prepararse para una batalla jurídica dentro de las cortes de los Estados Unidos. Si la “Propuesta 187” nos enseñó algo fue que la victoria se logra en la corte, no en la calle.

Sin embargo, antes de considerar los argumentos legales que se deben utilizar para derrotar la “Propuesta 200”, me parece que hay algunas acciones meramente políticas que deben realizarse. Primeramente, habrá que hacer un esfuerzo por lograr un mayor acercamiento con los jueces federales dentro del distrito de Arizona. Si el caso termina en las cortes, serán estos jueces los que decidirán la validez o invalidez de la ley.

Me parece que sería de gran utilidad proporcionar a los jueces información sobre los beneficios económicos de la migración. En el caso particular de Arizona, ya contamos con un documento informativo que detalladamente explica el impacto positivo que tienen los mexicanos en el Estado (“The Economic Impact of the Mexico-Arizona Relationship”).

En segundo lugar, si la “Propuesta 200” es adoptada y posteriormente combatida judicialmente, será la Procuraduría del Estado quien estará a cargo de su defensa. Por lo tanto, también conviene reforzar la relación con dicha oficina. Cabe mencionar que hay una situación bastante favorable en Arizona ya que tanto la Gobernadora como el Procurador se han manifestado en contra de la iniciativa.

Ahora bien, partiendo desde el supuesto de que la Propuesta 200 será aprobada, a continuación expongo los argumentos legales, basados en precedentes, que considero deberán ser utilizados para invalidarla en las cortes.

Para empezar, debemos leer el preámbulo de la propuesta, específicamente la exposición de motivos (“*Findings & Declaration*”) que señala: *“El Estado determina que la migración ilegal está causando problemas económicos al Estado y que la migración ilegal está siendo fomentada por agencias públicas que otorgan beneficios públicos sin verificar la condición migratoria...”*

Por lo tanto, la gente de este Estado declara que el interés público de este Estado requiere que todas las agencias públicas del Estado cooperen con las autoridades migratorias federales para disuadir la migración ilegal.”

Como se puede observar, el objetivo único de la propuesta es combatir la migración indocumentada; por lo tanto, es una invasión estatal a facultades

exclusivas del gobierno federal. De acuerdo con la Corte de Apelaciones del Primer Circuito, la migración es un tema únicamente federal, no local (*Herrera v. I.N.S.*, 208 F.3d 299).

Hay que reconocer que la ley vigente sí permite a los estados ejercer funciones migratorias, siempre y cuando celebren un contrato u acuerdo de cooperación con el gobierno federal (8 U.S.C. §103(c)). Sin embargo, la Propuesta 200 no prevé la posibilidad de suscribir un acuerdo en este sentido por lo tanto carece de validez.

La parte específica de la propuesta que habla de beneficios públicos debe ser invalidada por invadir una esfera ya ocupada por la legislación federal. Al promulgar la Ley de Responsabilidad y Reconciliación de Oportunidad Laboral (P.R.A.) en 1996, el Congreso federal directamente legisló el tema de los beneficios públicos. Esta ley no solo abarcó las cuestiones federales sino también reguló los derechos de los indocumentados a nivel local (8 U.S.C. §1621).

De acuerdo con la Suprema Corte, una ley estatal es inválida si el Congreso ha mostrado su interés por ocupar determinado tema o rama (*California Coastal Community v. Granite Rock Company*, 480 U.S. 572). Por otra parte, el párrafo 2º del artículo VI de la Constitución, conocido como la “Cláusula de Supremacía”, señala que la Constitución y las leyes promulgadas conforme a ella, serán obligatorias en el territorio entero.

Teniendo esto en cuenta, la Suprema Corte ha resuelto que la mencionada cláusula invalida toda ley estatal que interfiera o esté en conflicto con un acto del Congreso (*Rose v. Arkansas State Police*, 479 U.S. 1).

Una de las obligaciones impuestas a los empleados estatales es la relativa al intercambio de información con otros empleados para determinar la condición migratoria de las personas que soliciten algún beneficio. Esto específicamente debe ser invalidado ya que la Suprema Corte ha dicho que los estados carecen de poder alguno respecto a la clasificación de extranjeros (*Plyler v. Doe*, 458 U.S. 1131). Esto significa que los empleados estatales no están facultados para determinar si un extranjero es residente permanente o indocumentado.

El mismo argumento debe ser invocado para invalidar la parte relativa a la obligación que tienen los empleados estatales de reportar cualquier violación a las leyes migratorias al gobierno federal. Si los estados no están facultados para clasificar a los extranjeros, tampoco pueden decidir cuándo hay o no hay violaciones a la ley federal.

Independientemente de lo anterior, el argumento más común para denunciar este tipo de leyes es el de su carácter discriminatorio. La XIV Enmienda de la Constitución señala que ningún Estado puede negarle a persona alguna dentro de su jurisdicción protección igual ante la ley. Esta “Cláusula de Igualdad”,

según la Suprema Corte, protege a extranjeros independientemente de su condición migratoria (*Plyley v. Doe*, 458 U.S. 1131).

En ese mismo sentido, la Suprema Corte dispuso que el objetivo central de la “Cláusula de Igualdad” es impedir que los estados discriminen entre individuos por motivo de su raza (*Shaw v. Reno*, 509 U.S. 630).

Es importante mencionar que una ley sobrevive una acusación de discriminación si la distinción entre individuos es hecha para conseguir un interés estatal (*Hooper v. Bernalillo*, 472 U.S. 612). No obstante, la Suprema Corte ha indicado que el concepto de “protección igual ante la ley” por lo menos debe significar que el deseo de dañar a un grupo políticamente impopular no es un interés gubernamental legítimo (*Romer v. Evans*, 517 U.S. 620).

La “Propuesta 200” no sobrevive este último argumento toda vez que, como ya vimos, su objetivo es combatir la migración indocumentada. Aún cuando el preámbulo hace una referencia a los problemas económicos causados por la migración, no es suficiente para comprobar el interés estatal buscado. Suponiendo que la mencionada alusión a los problemas económicos fuera suficiente, la iniciativa aún se vería viciada por la falta de análisis respecto a la relación entre la migración y dichos problemas.

Si recordamos el caso “*Plyler*”, vemos como la Suprema Corte rechazó el argumento respecto a la carga económica que los indocumentados presentaban ya que el Estado de Texas no logró diferenciar los costos entre los alumnos indocumentados y los ciudadanos.

Si aplicamos el mismo razonamiento a la “Propuesta 200”, podemos argumentar que no se ha demostrado cómo los indocumentados causan problemas económicos al Estado y cómo se distingue su impacto del que causan los ciudadanos.

Como ejemplo, podemos mencionar que si bien un indocumentado representa una carga económica al momento de requerir atención médica, no es su condición migratoria lo que genera la carga, es su falta de seguro médico. Por lo tanto, no hay distinción alguna entre la carga generada por un indocumentado y un ciudadano que también carece de seguro médico.

Al considerar la posible aprobación de la iniciativa, debemos tener presentes dos problemas relativos a su aplicación, la carga de trabajo adicional que genera y los servicios que se verían afectados.

En cuanto a la carga de trabajo que esta iniciativa generaría, si los empleados estatales no están autorizados para determinar la condición migratoria de las personas, tendrán que recurrir a las autoridades federales.

Cabe aclarar que los trabajadores estatales tendrían que verificar a toda persona que solicite algún beneficio independientemente de su apariencia o el grado de sospecha que generen ya que si solamente verifican a los de apariencia hispana estarían cayendo en prácticas no autorizadas basadas en el mero perfil racial (“*racial profiling*”)

Por tratarse de beneficios públicos, el Estado tendría que generar un expediente de todo solicitante para justificar el otorgamiento o la negación de servicios. Por lo tanto, el procedimiento para verificar la condición de las personas tendría que ser de manera escrita, tanto para el Estado como para el gobierno federal.

Esto generaría una carga de trabajo inmensa para el Estado y para el gobierno federal que sin duda alguna retrasaría las solicitudes de beneficios de los mismos ciudadanos estadounidenses. Un americano tendría que esperar a que el funcionario estatal enviara la consulta a las autoridades migratorias y recibiera respuesta antes de poder recibir el beneficio solicitado.

Adicionalmente, las autoridades migratorias tendrían que destinar recursos específicos para atender las indagaciones del Estado de Arizona, reduciendo así su capacidad para realizar su trabajo ordinario. De esta manera, la iniciativa no sólo no lograría su objetivo de combatir la migración indocumentada, sino que impediría aún más la capacidad del gobierno federal para hacerlo.

El segundo problema relativo a la aplicación de la propuesta es la falta de información que especifique los servicios estatales que se verían afectados por la entrada en vigor de la misma.

De acuerdo con la P.R.A., los indocumentados no tienen derecho a recibir beneficios públicos estatales (8 U.S.C. §1621(a)) y define a estos beneficios como todas las becas, contratos, préstamos o licencias profesionales y comerciales proporcionadas por una agencia del Estado; así como cualquier beneficio para el retiro, bienestar, salud, incapacidad, vivienda, educación superior, alimentos y desempleo, cuyos pagos o asistencias sean proporcionados por una agencia del Estado (8 U.S.C. §1621(c)).

Cabe agregar que los estados pueden brindar estos servicios a los indocumentados a través de leyes locales que así lo especifiquen (8 U.S.C. §1621(d)); sin embargo, el Estado de Arizona no ha tomado estas medidas por lo que siguen estando prohibidos.

Por otro lado, la misma P.R.A. establece que los estados no pueden negar los servicios médicos de emergencia, ayuda en caso de desastres, vacunas o el acceso a albergues y centros de crisis (8 U.S.C. §1621(b)).

En vista de lo anterior, la “Propuesta 200” pretende prohibir el acceso de los indocumentados a beneficios que ya les fueron prohibidos por la legislación federal. Por lo tanto, aún cuando fuera aprobada y aplicada, los servicios disponibles para los indocumentados permanecerían igual.

Independientemente de esta propuesta, los indocumentados en Arizona seguirán teniendo acceso a educación básica pública, servicios médicos de emergencia, vacunas y albergues. Asimismo, gracias a la definición de beneficio público estatal proporcionada por la ley federal, podemos determinar que no todos los servicios proporcionados por el Estado deben ser considerados como beneficios públicos para efecto de la aplicación de la iniciativa.

Por ejemplo, los servicios de registro civil, notaría, electricidad, agua, drenaje, gas, cortes, policía, bomberos y ayuda para casos de manutención no deberían verse afectados por no encuadrar con la definición ya comentada.

Finalmente, hay cierto temor por el lenguaje utilizado en la iniciativa respecto al rechazo de identificaciones que sido expedidas sin verificar la condición migratoria del portador. Pareciera que esta disposición afectaría el uso de la matrícula consular expedida por los consulados de México; sin embargo, la prohibición solamente se aplica a identificaciones expedidas por el Estado de Arizona y no se extiende a documentos federales o internacionales.

Conclusiones y Recomendaciones:

Después de haber expuesto algunos de los derechos adicionales otorgados por las cortes de los Estados Unidos, me parece que queda claro cómo la protección consular pudiera verse beneficiada con la inclusión de esta información. En particular, creo que la mejor forma de incorporar al llamado “Derecho de Casos” a las labores consulares es a través de los programas de protección preventiva.

Por lo general, las representaciones mexicanas en Estados Unidos tienen establecidos mecanismos por medio de los cuales los medios de comunicación les brindan espacio para transmitir información a la comunidad. Estos espacios serían un buen punto de partida para difundir mejor la asesoría legal que en cada circunscripción se considere pertinente.

Es importante que cada circunscripción realice un análisis legal sobre los derechos particulares de la localidad donde se encuentre. Como hemos visto, es común que los estados aborden algunas cuestiones de manera diferente que el gobierno federal y los demás estados.

Igualmente, sería de gran utilidad elaborar folletos informativos que pudieran ser repartidos tanto en las oficinas consulares como en eventos público en los que participa la representación. Cabe agregar que la enorme mayoría de los consulados en Estados Unidos ya realizan este tipo de acciones; sin embargo, no existen directrices generales en este aspecto y la información transmitida generalmente no incluye referencias al “Derecho de Casos”.

En el caso específico del derecho penal, el servicio brindado por los consulados mexicanos podría ser más completo con la creación de documentos informativos que pudieran ser enviados a los detenidos durante la etapa inicial de su proceso. Cada día los consulados están mejorando sus relaciones con las autoridades de los Estados Unidos para el mejor cumplimiento de la notificación consular.

Esto ha generado una mayor carga de trabajo y, en los consulados con departamentos de protección reducidos, una mayor dificultad para atender el número de casos y asesorías penales recibidas.

Con la elaboración de un documento informativo que, citando casos, explique no solo los derechos que tiene el detenido, sino las particularidades del proceso que se llevará en su contra, se podrían agilizar las labores de protección. Un funcionario consular podría encargarse de recibir las notificaciones de arresto e inmediatamente enviar la información al detenido.

Aunque en un principio pareciera una mayor carga de trabajo, a la larga pudiera reducir el número de consultas telefónicas o por correspondencia que se reciben. Cualquier persona que ha formado parte de un departamento de protección sabe que algunas de las quejas más frecuentes en los casos penales son la falta de contacto con el abogado defensor, la ausencia de este en una audiencia, la demora para celebrar el juicio y la disparidad entre sentencias.

Estas y otras consultas similares podrían verse reducidas si se les proporciona a los detenidos la información pertinente desde un principio.

Debo aclarar que la recomendación de elaborar un documento informativo para los casos penales de ninguna manera debe ser tomada como una recomendación para suspender las visitas consulares a los centros de detención. Los beneficios de una visita y una conversación en persona no pueden ser suplantados por un tríptico.

Todo lo anterior se refiere a recomendaciones generales que pudieran ser implementadas por los consulados mexicanos en Estados Unidos o pueden ser consideradas para reforzar las labores que ya se realizan. Sin embargo, la recomendación específica que quisiera presentar no está dirigida a las representaciones consulares sino a las oficinas centrales de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Es mi impresión que los intereses de los mexicanos en Estados Unidos podrían verse mejor servidos por medio de una oficina, dentro de la Cancillería, que se encargara únicamente de promover casos ante las corte estadounidenses para sentar precedentes valiosos. Como hemos visto, a pesar de que el tema de los extranjeros ha sido ampliamente abordado por las cortes, aún quedan muchos asuntos importantes por resolver.

La oficina en comento tendría un poco de la Dirección General de Protección y Asuntos Consulares, la Dirección General de Asunto Jurídicos y la Consultoría Jurídica y realizaría principalmente labores de detección y promoción de casos.

El objetivo principal sería llevar casos hasta la Suprema Corte de los Estados Unidos en busca de resoluciones favorables para los mexicanos. Para lograr esto, hay que tener una estrategia trazada con anticipación ya que la Suprema Corte cada año ha tomado menos casos para resolver durante su sesión.

Si un caso llega a una Corte de Apelaciones y la Suprema Corte decide que la resolución en dicha instancia fue correcta, simplemente no toma el caso. De esta manera, se evitan tener que dictar una decisión que sería obligatoria para el país entero y tienen la seguridad de que el caso específico fue resuelto conforme a la Constitución.

Actualmente, la Suprema Corte solamente toma casos cuando el asunto es de importancia nacional, cuando una Corte de Apelaciones resolvió un asunto incorrectamente, cuando hay diferencia de opiniones entre los circuitos y cuando la resolución de determinado caso pudiera ser divertida o fuera de lo común (playas nudistas, pornografía en el Internet, venta de alcohol, etc.). Cabe agregar que ésta es la práctica seguida, no hay una ley que así lo disponga.

Si partimos desde los criterios utilizados para aceptar casos, podemos ver que la mejor posibilidad que tendría un caso relativo a extranjeros/mexicanos de ser escuchado por la Suprema Corte sería por medio de opiniones contrarias en los circuitos. Es poco probable que la Corte considere los tipos de casos que se promoverían como divertidos o de importancia nacional.

Por lo anterior, la primera estrategia debería ser encontrar casos en los distintos circuitos que presenten la misma cuestión constitucional. Estos serían llevados hasta la Corte de Apelaciones del Circuito correspondiente en busca de una resolución. Cabe aclarar que en esta etapa no se estaría buscando una victoria propiamente, más bien lo que se intenta es obtener opiniones contrarias en dos o más circuitos; esto nos daría mejores probabilidades de llevar el caso ante la Suprema Corte.

Es importante tener en cuenta que las decisiones de los circuitos de los Estados Unidos ya varían significativamente entre sí. Dependiendo de su sede, un Circuito puede ser conservador o liberal. Es bien conocido, por ejemplo, que la Corte de Apelaciones del 9º Circuito en San Francisco, California es la más liberal del país, mientras que el 4º Circuito, con sede en Richmond, Virginia, es de los más conservadores.

Estas diferencias podrían ser utilizadas a nuestro favor precisamente para obtener resoluciones contrarias.

Por otro lado, el mero hecho de que existan resoluciones contrarias en los circuitos no es suficiente para que la Suprema Corte decida escuchar y resolver

un caso. Hay una serie de requisitos adicionales que deben cumplirse para que la Corte considere resolver una controversia. A continuación se mencionan los dos más importantes.

El primero se refiere a la capacidad procesal (“*standing*”) de la persona que está demandando. Esta capacidad deriva del primer párrafo de la sección 2ª del Artículo III de la Constitución federal que señala que el Poder Judicial se extiende a casos y controversias. De esta manera, la persona que está demandando debe formar parte del caso o controversia para que la autoridad judicial pueda resolver el asunto.

Las cortes han definido la capacidad procesal como un interés sustancial en la materia controvertida que se verá afectado por la resolución del caso; la mera presencia de alguna violación de la ley no es suficiente si la parte actora carece de capacidad procesal para denunciarla (*Pacific Wire Works, Inc. v. Dept. of Labor*, 742 F.2d 168).

Asimismo, una persona no se considera afectada a menos que el acto, ley o resolución que se denuncia le hubiese causado un daño real (*Concerned Residents of Buck Hill Falls v. Grant*, 537 F.2d 29). La necesidad de que exista un daño real permite distinguir entre personas directamente afectadas por la controversia y personas con un mero interés en el asunto (*U.S. v. S.C.R.A.P.*, 412 U.S. 669).

El requisito de capacidad procesal es muy importante ya que la Suprema Corte frecuentemente desecha casos argumentando que las partes no están lo suficientemente involucradas en la controversia para justificar intervención judicial. Igualmente, la Corte requiere que la parte actora demuestre que la aplicación de la ley o una resolución judicial denunciada viola alguno de sus derechos constitucionales (*Liberty Warehouse Co. v. Burley Tobacco Grower's Co-operative Marketing Association*, 276 U.S. 71).

El segundo requisito no tiene tanto que ver con las partes procesales sino con el tiempo de presentación de la demanda. De acuerdo con las cortes, una controversia debe haber madurado lo suficiente como para poder ser resuelta judicialmente. Si aún existen recursos administrativos por desahogar, el Poder Judicial rechazará el caso por falta de madurez (“*ripeness*”).

En este mismo sentido, si la demanda está basada en eventos futuros que pudieran no ocurrir, la acción es declarada inmadura y no será escuchada (*Ernst & Young v. Depositors Economic Protection Corp.*, 45 F.3d 530).

Para comprender esto mejor, podemos utilizar el ejemplo de la Propuesta 200 mencionada en el capítulo de leyes anti-migrantes. Si esta propuesta es adoptada por el Estado de Arizona, un indocumentado no podrá presentar una demanda alegando su inconstitucionalidad hasta que ésta sea aplicada y, por consiguiente, viole alguno de sus derechos constitucionales. La mera

aprobación de la propuesta por el electorado no es suficiente para llevar el caso a una corte.

Como se mencionó anteriormente, existe un gran número de requisitos que deben cumplirse para que la Suprema Corte acepte un caso y lo resuelva; los de capacidad procesal y madurez simplemente son los más comunes. Aunado a éstos está la necesidad de que la supuesta violación a derechos constitucionales haya sido invocada por la parte que lleva el caso a la Suprema Corte desde la primera instancia judicial (estatal o federal); no se puede presentar un argumento constitucional en apelación si no se hizo durante el juicio (*Sully v. American National Bank*, 178 U.S. 289).

A pesar de lo complicado que es llevar un caso a la Suprema Corte, una oficina específicamente dedicada a esto encontraría, con el paso del tiempo, el mejor camino para hacerlo.

Actualmente la Secretaría de Relaciones Exteriores cuenta con programas para la atención de casos de pena de muerte y para brindar asesoría legal en distintas materias en los Estados Unidos. La oficina que propongo funcionaría de la misma manera; los consulados serían los encargados de encontrar los casos mientras que la dirección y coordinación de los mismos se daría desde México.

Otra posible forma de trabajar sería la determinación por parte de la Cancillería de algún asunto que, por su importancia, requiera atención prioritaria. Tomemos como ejemplo la decisión de algunas cortes de utilizar la condición migratoria de las madres para negarles la custodia de sus hijos y otorgársela al padre ciudadano.

La nueva oficina en México podría enviar una circular pidiéndole a los consulados que encuentren casos activos de madres que están perdiendo la custodia de sus hijos por ser indocumentadas.

Si un Consulado utiliza sus espacios en los medios de comunicación para informar a la comunidad que el gobierno mexicano está buscando un caso que caiga en este supuesto para brindar apoyo legal, seguramente tendrá un elevado número de casos de donde elegir.

Después de determinar cuales casos son los que serán promovidos, la oficina en México podrá coordinarlos presentando argumentos comunes a los abogados correspondientes durante la primera instancia y las apelaciones posteriores. Si se logra la meta deseada, habrá resoluciones variadas en los distintos circuitos de los Estados Unidos y se podrá proceder a la última etapa del proceso: solicitar la intervención de la Suprema Corte.

La última cuestión que hay que tener en cuenta es que la Suprema Corte, por alguna razón, tiende a escuchar casos presentados por firmas prestigiadas de abogados. La Secretaría de Relaciones Exteriores, para mejorar las

posibilidades de éxito, tendría que detectar cuales son estas firmas y retener sus servicios para los casos deseados.

Hay que reconocer que este tipo de acciones podría verse criticado por algunos sectores dentro de los Estados Unidos por parecer una intromisión en asuntos internos. De ser así, la respuesta que debe darse es que México simplemente está velando por los intereses de los mexicanos en Estados Unidos. Asimismo, el apoyo que se estaría brindando se estaría llevando a cabo dentro y de acuerdo con las reglas del sistema legal norteamericano.

La labor de detección y promoción de casos podría eventualmente extenderse a estados individuales siempre y cuando existan las condiciones necesarias para hacerlo. La autonomía estatal evita que las resoluciones favorables de un Estado sean utilizadas por otro.

Sin embargo, las resoluciones de la Suprema Corte de un Estado pueden ser utilizadas para persuadir a la Suprema Corte de otro cuando ésta está decidiendo un asunto sin precedentes internos.

Actualmente, he detectado un asunto estatal, de gran importancia para los mexicanos, que pudiera ser promovido en otros estados de la Unión Americana.

En el año 2002, la Suprema Corte del Estado de Nuevo México determinó que la exclusión de ciudadanos americanos que no hablen inglés de las listas de potenciales miembros de jurados era inconstitucional. Si una persona que no habla inglés termina siendo elegida para formar parte del jurado, la Corte le tiene que proporcionar un intérprete que lo acompañará durante la totalidad del juicio y durante las deliberaciones (*State v. Rico*, 52 P.3d 942).

La decisión de la Corte se basó en el texto de la sección 3 del artículo VII de la Constitución del Estado de Nuevo México que señala que el derecho de cualquier ciudadano de servir como jurado no será impedido por no poder hablar o escribir inglés.

Esta decisión representa un gran beneficio para los mexicanos toda vez que la justicia se ve mejor servida cuando uno de los miembros del jurado tiene la oportunidad de comprender testimonios en español sin la necesidad de un traductor. Esto evita el riesgo de que alguna palabra o frase sea cambiada por el intérprete.

Para promover resoluciones similares en otros estados, habría que determinar si sus constituciones o leyes correspondientes prohíben la inclusión de personas que no hablen inglés en los jurados. Las leyes de Texas y Arizona, por ejemplo, no tiene establecida esta prohibición. Sin embargo, tampoco incluyen una declaración tan clara como la de la Constitución de Nuevo México.

No obstante, se pudiera alegar que lo que no está prohibido está permitido y que la exclusión de personas que no hablen inglés viola las garantías de

igualdad proporcionadas por las Constitución estatal y federal. Si en ninguno de estos estados hay precedentes sobre este asunto, la decisión de Nuevo México sirve como un ejemplo para buscar una resolución favorable.

Por otra parte, se puede buscar el apoyo de las reservaciones indias, ya que en Nuevo México fueron ellas las que mayor presión hicieron para permitir a sus miembros participar en los jurados.

En resumen, el derecho de los Estados Unidos está basado en los precedentes y son éstos los que por lo general llevan a las cortes a resolver un caso en determinado sentido. El gobierno de México debe de prestar mayor atención al “Derecho de Casos” de los Estados Unidos para educar mejor a nuestros connacionales y buscar un mayor respeto a sus derechos.

Finalmente, si se cuenta con los medios suficientes, la Secretaría de Relaciones Exteriores debe considerar tomar un papel más activo en la promoción de resoluciones que sienten precedentes favorables para los mexicanos en Estados Unidos.

Bibliografía y Material de Apoyo

- Kathleen M. Sullivan y Gerald Gunther, *Constitutional Law* (14th ed., Found. Press 2001)
- Thomas Alexander Aleinikoff, David A. Martin y Hiroshi Motomura, *Immigration and Nationality Laws of the United States: Selected Statutes, Regulations and Forms* (West 2003)
- Thomas Alexander Aleinikoff, David A. Martin y Hiroshi Motomura, *Immigration and Citizenship: Process and Policy* (5th ed., West 2003)
- Myron Moskovitz, *Cases and Problems in Criminal Procedure: The Courtroom* (3rd ed., LEXIS 2000)
- María Teresa Guerra Ochoa, *Derecho Laboral Comparado: México-Estados Unidos* (Universidad Autónoma de Sinaloa 2002)
- Eugene Petit, *Tratado Elemental de Derecho Romano* (9^a ed., Porrúa 1992)
- Christian Fritz, *Comparative and Historical Legal Perspectives: Course Materials* (U.N.M. Law School Fall 2003)
- Alberto Trueba Urbina y Jorge Trueba Barrera, *Ley Federal del Trabajo: Comentarios, Prontuario, Jurisprudencia y Bibliografía* (75^a ed., Porrúa 1995)
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Anaya 1994)

- Cipriano Gómez Lara, *Derecho Procesal Civil* (5ª ed., Harla 1991)
- Eduardo Pallares, *Diccionario de Derecho Procesal Civil* (21ª ed., Porrúa 1994)
- WESTLAW, <http://www.westlaw.com> (2004)
- *American Jurisprudence 2d*, <http://lawschool.westlaw.com> (2004)
- *Corpus Juris Secundum*, <http://lawschool.westlaw.com> (2004)

----- o -----

Primera Parte

Índice

	Pág.
Introducción	3
I. El Derecho en Estados Unidos	7
1. Comparación Histórica con el Derecho Mexicano.....	7
2. La Suprema Corte de los Estados Unidos.....	12
II. Los Mexicanos en el Derecho Norteamericano	16
1. Derecho Migratorio.....	16
a) Negación de Visa.....	16
b) Exclusiones en los Puertos de Entrada.....	18
c) Declaración de Apoyo (“ <i>Affidavit of Support</i> ”).....	20
d) Ajuste Migratorio por Dificultad Extrema y Excepcional.....	22
e) Retroactividad de la Ley.....	25
 SEGUNDA PARTE	
2. El Proceso Penal.....	28
a) Detención y Arresto.....	29
b) Notificación Consular.....	31

c) Fianza y Libertad Previa al Juicio.....	33
d) Derecho a Contar con la Asistencia de un Abogado.....	35
e) Derecho a un Juicio ante Jurado.....	36
f) Cargos.....	38
g) Reconocimiento de de Culpabilidad.....	39
h) Derecho a un Juicio Expedito.....	40
i) Pruebas.....	42
i. Intercambio de Información <i>Disclosure</i>).....	42
ii. Declaraciones Hechas Fuera de la Corte.....	43
j) Sentencias.....	45
k) Apelaciones.....	47

TERCERA PARTE: (ADE No. 16 Septiembre-Noviembre de 2005)

3. Derecho Civil.....	49
a) Matrimonio.....	49
b) Educación.....	51
4. Derecho Laboral.....	52
a) Origen del Derecho Laboral en Estados Unidos y México	52
b) Derecho Vigente en Estados Unidos.....	55
c) Decisiones Judiciales Relevantes.....	57
i. <i>Sure-Tan, Inc. v. N.L.R.B.</i> , 467 U.S. 883	
ii. <i>Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. N.L.R.B.</i> , 535 U.S. 137	
Consideraciones Finales.....	59

CUARTA PARTE: (ADE No. 17, Diciembre 2005-Febrero 2006)

5. Leyes Anti-Inmigrantes.....	60
a) Leyes Federales.....	60
b) Leyes Estatales.....	61
i. <i>Plyler v. Doe</i> , 458 U.S. 1131	
ii. Propuesta 187 (California).....	63
iii. Propuesta 200 (Arizona).....	65

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 71

BIBLIOGRAFÍA Y MATERIAL DE APOYO 77

