

Discriminación e inmigración en los Estados Unidos de América. Análisis del perfil racial desde la perspectiva constitucional*¹

Nilda Garay Montañez**

RESUMEN: Las prácticas policiales en el control migratorio sustentadas en los prejuicios raciales serían la expresión de dos factores históricos importantes en el desarrollo del constitucionalismo estadounidense: raza e inmigración. Por lo tanto, tomar en cuenta el vínculo estrecho que existe entre raza e inmigración podría servir para analizar el contenido excluyente de las categorías constitucionales tales como sujeto de derechos, ciudadanía y nacionalidad. En este trabajo se analiza la aplicación del perfil racial (racial profiling) al colectivo latino en los Estados Unidos y se explica su relación con el constitucionalismo ciego al color.

Palabras clave: Constitución ciega al color, discriminación racial, igualdad, jurisprudencia constitucional, inmigración, Teoría Crítica de la Raza, LatCrit.

ABSTRACT: Racial prejudice-founded police activity in migration control may be the expression of two important historical factors in the development of United States' constitutionalism: race and immigration. Thus, taking into account the close connection that exists between race and immigration could help in the analysis of the excluding contents of constitutional categories such as legal subject, citizenship and nationality. This work analyses racial profiling of the Latin collective in the United States and explains its relationship with color-blind constitutionalism.

Keywords: Color-blind Constitution, racial discrimination, equality, constitutional jurisprudence, immigration, Critical Race Theory, LatCrit.

SUMARIO: Introducción.- I. Raza, Inmigración y Constitucionalismo. 1.- El concepto de raza. 2.- El vínculo de nación con la categoría raza. 3.- Raza e inmigración en el constitucionalismo estadounidense. Apuntes históricos. 1.1.- Las normativas de inmigración en los inicios del Estado Constitucional.- II. Racial profiling: Definición. 1.- Perfil racial: El estado de la cuestión.- III. Ciudadanía, Perfil Racial y Justicia Constitucional. 1.- Inmigración y orden público.- IV. Inmigración Latina en los Estados Unidos. 1.- Racial Profiling: la comunidad

* Artículo recibido el 27 de septiembre de 2016 y aceptado para su publicación el 23 de noviembre de 2016.

¹ El presente estudio es una versión actualizada del artículo "Constitución Ciega al Color, Racial Profiling e Inmigración latina", anteriormente publicado en *Revista General de Derecho Público Comparado*, n.º. 17, julio, 2015.

** Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Constitucional en la Universidad de Alicante, nilda.garay@ua.es

Latina la más afectada.- V. El Constitucionalismo ciego al color. 1.- Teorías Críticas al Constitucionalismo Ciego al Color. 1.1.- Teoría Crítica de la Raza. 1.1.1.- La crítica al contrato social. 1.2.- Teoría Latcrit.- Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

La narrativa oficial de la historia del constitucionalismo viene ocultando el estatus jurídico - político de los colectivos que fueron excluidos de la comunidad política siendo considerados, desde el siglo XVIII, como no ciudadanos (*noncitizen*); por ejemplo: los habitantes de las colonias (negros esclavos, mulatos y nativos).² También se omite el estudio del papel que jugó la inmigración en la gestación del Estado constitucional pues no hay que olvidar que mediante la inmigración inglesa se gesta la edificación del Estado constitucional en el continente americano. Ello en oposición a lo nativo y a lo *no ciudadano*. En este caso, y durante mucho tiempo, los habitantes nativos del territorio americano fueron excluidos del contrato social de los colonos, una exclusión del pacto social que desvelaría el vínculo estrecho que existe entre discriminación racial y *noncitizen*.

Así, en el proceso de consolidación del Estado Constitucional liberal de derecho, la barrera histórica que impedía el acceso a la ciudadanía estaba fundamentada en la idea de raza o etnia. Ello facilitaría la consolidación de categorías de extranjeros, inmigrantes e indocumentados creando colectivos a quienes se les cuestiona la titularidad de derechos porque su raza o etnia hace presumir que no son ciudadanos. La verificación de su ciudadanía implica, actualmente, la práctica de *Racial Profiling* o *perfil racial*.³

Perfil racial se relaciona con la práctica policial (por ejemplo: la policía responsable del control migratorio), que consiste en parar e identificar a determinadas personas, elegidas para ello por sus características étnicas o raciales. La aplicación de las normas sustentadas en el *perfil racial* viene cuestionando las bases teóricas de los derechos humanos y la eficacia de los derechos fundamentales. De acuerdo con la jurisprudencia internacional

² En los materiales de estudio del constitucionalismo y su historia son escasos los estudios acerca del estatus político de los judíos. Las referencias a la ciudadanía de los judíos en el constitucionalismo francés se encuentran en los estudios de historia en general (Véase: L. Hunt, *La invención de los derechos humanos*, Tusquets, Barcelona, 2009, pp. 153-163); sobre la ciudadanía de los mulatos y negros, también, en el constitucionalismo revolucionario (Véase: N. Garay Montañez, "La revolución haitiana en los inicios del constitucionalismo: La cuestión de la raza y el sujeto jurídico y político", en *Historia Constitucional*, n.º 15, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Universidad de Oviedo, 2014, pp. 295-297). No está demás mencionar la exclusión de las mujeres del contrato social, ya sean las racialmente vinculadas a los colonos como las mujeres de otros colectivos no occidentales. La exclusión les afectaba a todas.

³ En este trabajo utilizaremos indistintamente *racial profiling/perfil racial* y *ethnic profiling/perfil étnico*, es decir, ambos conceptos en inglés y en español. En el derecho europeo se suele utilizar *perfil étnico* y, tanto en el derecho estadounidense como en el sistema interamericano de derechos humanos, habitualmente se utiliza *racial profiling*.

européa⁴ e interamericana,⁵ esta práctica vulnera los derechos de las personas dado que se trata de una manifestación de la discriminación racial.

Este trabajo tiene como punto de partida el estudio de la conexión entre la idea de raza e inmigración en la historia constitucional estadounidense y la presencia de la discriminación racial en la sociedad norteamericana. Dado que racial profiling es una de las manifestaciones de esta discriminación, se explica su definición. Se expone cómo el hecho racial es una constante en la interpretación constitucional en materia de inmigración. Se analiza la aplicación de racial profiling en el colectivo latino. Se da a conocer los postulados que ignoran la discriminación racial y defienden que la Constitución es ciega al color (*the Constitution is color-blind*). Finalmente, se expone las teorías críticas que cuestionan la ceguera constitucional.

I Raza, inmigración y constitucionalismo

1 El concepto de raza

Los conceptos raza y etnia están relacionados con la lengua, la religión, la nacionalidad y la cultura. Mientras que el concepto tradicional de raza alude a la clasificación biológica de los seres humanos en subespecies con arreglo a rasgos morfológicos como el color de la piel o las características faciales, la etnia tendría su origen en la idea de los grupos sociales marcados por la nacionalidad, la afiliación tribal, la fe religiosa, la lengua compartida o los orígenes y antecedentes culturales y tradicionales comunes.⁶ No obstante, puede afirmarse que la “etnia y la raza son conceptos relacionados que se solapan”.⁷

La *Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*⁸ define discriminación racial o étnica como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.⁹ Tomando en cuenta que los Estados Unidos de América ha ratificado esta

⁴ En el sistema europeo de protección de derechos humanos, véase por ejemplo: Asunto *Timishev v. Rusia*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos - TEDH, Sentencia del 13 de diciembre del 2005.

⁵ En el sistema interamericano de protección de derechos humanos véase la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282 y el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - CIDH sobre La situación de las personas afrodescendientes en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 62 de 5 de diciembre de 2011.

⁶ *Timishev v. Rusia*, Cit., párr. 55.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Convención adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Esta Convención fue ratificada por los Estados Unidos el 21 de octubre de 1994, entrando en vigor el 20 de noviembre de 1994. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. ONU.

⁹ Artículo 1 de la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial*.

Convención, delimitaremos la definición de discriminación racial en base a esta normativa internacional.

En el presente trabajo, y en concordancia con la citada Convención, discriminación racial y étnica tienen significados similares en la medida que ambas hacen referencia a construcciones sociales artificiales y difusas basadas en prejuicios. Actualmente la discriminación racial o étnica no tendría que ver solamente con la discriminación por el color de la piel de las personas. Nos referimos a esta discriminación como un constructo social dirigido a infravalorar a determinados colectivos asignándoles un carácter peyorativo para sustentar las relaciones de dominación/subordinación. De ahí que esta construcción social, como sucede en el caso de la discriminación del colectivo latino, vaya más allá del binarismo racial tradicional blanco/negro.

En efecto, esta discriminación resulta de una construcción social histórica justificada por una elite “más blanca” o blanqueada. Van Dijk define a las elites que detentan el poder sustentado en la discriminación racial como “más blancas” para indicar que se trata de una sutil escala gradual de varias formas de ser más o menos europeo, africano o de rasgos indígenas.¹⁰ El citado autor explica que, en el continente americano, siempre que alguien posea rasgos u orígenes visiblemente europeos (“más blanco”) tendrá la posibilidad de acceder a un mayor prestigio y estatus, lo que está correlacionado con un mayor poder y una mejor posición cultural y socioeconómica.¹¹ El análisis de Van Dijk estaría relacionado con los estudios de Harris que sostiene que la blancura implica mayor posibilidad de acceder a la propiedad.¹²

Históricamente, la raza ha sido un factor importante en la construcción y organización de la sociedad. En el caso estadounidense, desde los primeros asentamientos ingleses hasta la actualidad, el modelo normativo continuaría sosteniéndose en el sujeto blanco estableciéndose definiciones de raza, casi siempre, con fines de exclusión.¹³ La adopción de la *Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial* en el siglo XX, no ha significado la superación de esta exclusión que resulta del racismo.

Desde inicios del siglo XXI el sistema interamericano de los derechos humanos cuenta con una normativa de carácter prohibitivo de esta discriminación. La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos – OEA adoptó, en 2013, la *Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia*.¹⁴ Este instrumento jurídico reafirma y actualiza algunas nociones que fueron plasmadas en la Convención de la ONU, “consolidando y especificando para las Américas el contenido democrático de los

¹⁰ T. Van Dijk, “Racismo y discurso en América Latina: una introducción”, en T. Van Dijk (coord.), *Racismo y discurso en América Latina*, Gedisa, Barcelona, 2007, p. 25.

¹¹ *Ibidem*.

¹² C. I. Harris, “Whiteness as Property”, *Harvard Law Review*, Vol. 106, n.º 8, 1993; UCLA School of Law Research Paper, n.º 06-35, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=927850> (Consulta: 15/12/2013).

¹³ J. Kuznicki, “Never a Neutral State: American Race Relations and Government Power”, *The Cato Journal*, Vol. 29, Issue 3, Fall 2009, p. 423.

¹⁴ Adoptada en La Antigua, Guatemala, el 5 de junio de 2013.

principios de la igualdad jurídica y de la no discriminación”.¹⁵ La Convención Interamericana contra el Racismo precisa que la discriminación racial puede estar basada también en motivos de color, linaje u origen nacional o étnico.¹⁶ Reconoce que el racismo tiene una capacidad dinámica de renovación que le permite asumir nuevas formas de difusión y expresión política, social y cultural, por ello ha previsto la necesidad de la intervención del Estado para su erradicación. Pone de manifiesto que en las Américas, las víctimas del racismo, la discriminación racial y otras formas conexas de intolerancia son, entre otros, los afrodescendientes, los pueblos indígenas, así como otros grupos y minorías raciales, étnicas o que por su linaje u origen nacional o étnico son afectados por tales manifestaciones. Es decir, son víctimas las personas no occidentales o “de color”.

Como puede apreciarse, en la edificación de la sociedad las relaciones de poder tenían y tienen como parámetro el ser más blanco o más europeo. En la noción “ser más europeo” se podría advertir la reinención del racismo. Si bien el “ser más europeo” retrata las relaciones racializadas en el continente americano, actualmente en la Unión Europea al racismo reinventado lo podríamos encontrar en los discursos políticos y mediáticos que hacen referencia a los países de la periferia mediante el acrónimo “PIGS”, es decir, Portugal, Irlanda (y / o Italia) Grecia y Spain/España.¹⁷

Volviendo a la *raza* como aquella noción que sustenta a racial profiling, coincidimos con Van Vassole al afirmar que la raza, el (neo) colonialismo y el capitalismo están fuertemente vinculados entre sí¹⁸ y forman un marco central para entender el problema de la elaboración y reelaboración de la idea de raza. De ahí que raza o etnia se configuren como elementos de las relaciones desiguales de poder basados en el racismo como ideología. El racismo refuerza estas relaciones y para mantenerse se sirve del derecho y la política.¹⁹ El racismo está estrechamente vinculado con la creación de las sociedades modernas, se adapta con fluidez a esas formas de comunidad y de política, y actúa como una ideología de la justificación teórica y la creación práctica de pertenencia.²⁰

2 El vínculo de *nación* con la categoría *raza*

La nación entendida como aquella conciencia de formar parte de una comunidad civil (Estado nación) estaría influenciada por algunos factores históricos tales

¹⁵ J. M. Insulza, Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), Véase: *Comunicado de Prensa C-229/13 de la OEA* de 6 de junio de 2013.

¹⁶ Artículo 1, párrafo 1.

¹⁷ Véase: J. Van Vossolle, “Framing PIGS to clean their own stable”, Presented at the 7th ECPR General Conference, Ghent University, Bordeaux, France, 2014, disponible en: <https://biblio.ugent.be/record/4215403> (Consulta: 15/02/2015).

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Sobre el racismo como ideología véase: E. Balibar, “Universalismo, racismo y sexismo, tensiones ideológicas del capitalismo”, en I. Wallerstein y E. Balibar, *Raza, Nación y Clase*, IEPALA, Madrid, 1999, pp. 49-61. También: D. A. J. Richards, *Foundations of American Constitutionalism*, Oxford University Press, New York, 1989, p. 270-271.

²⁰ C. Geulen, *Breve historia del racismo*, Alianza, Madrid, 2007, p. 177.

como el racial, así lo sostiene, por ejemplo, Mancini.²¹ La *nación* pasaría a estar conformada por el *pueblo*, ambos constituirían el elemento humano del Estado. La cohesión social y unidad de un determinado grupo humano hará que éste se sienta legitimado para fundar una organización política independiente. A partir de ello estaríamos frente a la idea de *pueblo*, una entidad política que se erige como sujeto colectivo y presupuesto para la existencia del Estado. El pueblo es quien tiene el poder y todos sus miembros participan en la toma de decisiones, en el ejercicio del poder. Es decir, el pueblo conformado por los nacionales/ciudadanos concebidos en oposición al extranjero/inmigrante quien no es sujeto político. Según Hastings, en 1776 existía la conciencia de formar parte de una comunidad -nación estadounidense- la que apenas se ofreció a los esclavos negros.²²

La creencia que la cohesión nacional para organizar una sociedad civil se haría solamente entre los hombres ingleses blancos, se relacionaba con el racismo. Una ideología que se pone en evidencia en el constitucionalismo mediante los criterios sentados por el Tribunal Supremo estadounidense, entre otros, en los casos *Dred Scott v. Sandford* de 1856²³ y *Plessy v. Ferguson* de 1896.²⁴ Así, la discriminación racial con su presencia en la historia constitucional ha ido delineando al derecho como resultado de la historia misma y del Estado nación estadounidense. Ello se puede constatar, también, en los procesos de cambios orientados hacia las correcciones de un derecho marcado por el racismo. Correcciones que se visibilizarían en la Era de la Reconstrucción (1865-1877) y que irían dejando huella en la Constitución.

En efecto, tras la guerra civil, la etapa de la Reconstrucción fue testigo de la positivización de tres Enmiendas: Decimotercera Enmienda (1865) que abolía la esclavitud. La Decimocuarta Enmienda (1868) de la que cabe resaltar la ampliación de la ciudadanía y, por ende, los derechos constitucionales a las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción, es decir, de cualquier raza; y la Decimoquinta Enmienda (1870) que reconocía el derecho al voto sin distinción de raza, color, o condición anterior de servidumbre. Tales Enmiendas significaron las respuestas al problema histórico de la discriminación racial. Estas enmiendas además de proscribir la esclavitud corregían el concepto de ciudadanía que estaba limitada por la impronta racial y que fue legitimada en *Dred Scott v. Sandford*.

Dado que el hecho racial era consustancial a la edificación del Estado constitucional, la reacción frente a los intentos por erradicar al racismo no se hizo esperar. Frente a la Decimotercera Enmienda varios Estados aprobaron los "Códigos negros" (*Black Codes*) para mantener el sistema de explotación basado en la discriminación racial. En este contexto, en la primavera de 1866, el Congreso

²¹ Véase: D. Laven, "Italy", Timothy Baycroft y Mark Hewitson (Edit.), *What Is a Nation? Europe 1789-1914*, Oxford University Press, 2006, p. 259. Véase además: A. Hastings, *La construcción de las nacionalidades*, Cambridge University Press, Madrid, 2000, pp. 13-42.

²² *Ibíd*, p. 43.

²³ 60 U.S. 393 (1857).

²⁴ 163 U.S. 537 (1896).

promulgó la Ley Federal de Derechos Civiles (*Civil Rights Act of 1866*).²⁵ Para contrarrestar a estos Códigos y legitimar constitucionalmente dicha Ley se ratificó la Decimocuarta Enmienda. Posteriormente el Congreso aprobó la Ley de Derechos Civiles de 1875 (*Civil Rights Act of 1875*). Las normas de los Códigos negros pervivieron hasta la aprobación de la Ley de Derechos Civiles de 1964 (*Civil Rights Act of 1964*). Se considera que esta norma, a diferencia de las anteriores, habría tenido mayor eficacia. Como se verá más adelante, las Teorías Críticas cuestionan esta eficacia.

En el período de la Reconstrucción en un contexto caracterizado por las luchas contra la discriminación racial, el movimiento antirracista no alcanzaría fuerza hasta la sentencia *Brown v. Board of Education of Topeka* de 1954.²⁶ Conviene resaltar que diez años después de esta decisión se aprobaría la Ley de Derechos Civiles (la de 1964).

Brown v. Board of Education, una de las decisiones del siglo veinte más famosas del Tribunal Supremo, declaró por unanimidad que la segregación racial en las escuelas públicas viola la Decimocuarta Enmienda de la Constitución. Que la segregación de los niños en las escuelas públicas por motivos de raza les priva de la igualdad de oportunidades educativas. Por lo tanto, en esta sentencia, el Tribunal razonó que la doctrina "separados pero iguales", adoptada por él en *Plessy v. Ferguson* en 1896, era inaplicable en la educación pública. *Brown* marcó un punto de inflexión en las decisiones del Tribunal Supremo²⁷ respecto del hecho racial, en concreto, de la segregación racial en el espacio público. Esta sentencia es frecuentemente citada en el estudio de la historia constitucional pareciendo ser la única en materia de avances hacia la igualdad.²⁸ A este respecto, conviene señalar la existencia de un caso que significa el antecedente de *Brown* y que es omitido en la historia constitucional estadounidense. Se trata de *Mendez et. al v. Westminster School District of Orange County, et al* de 1947, sobre el que se hará referencia más adelante.

Repasando el papel de hecho racial en el desarrollo del Estados constitucional, es importante destacar el rol de la justicia. En 1896, cuando el Tribunal decidió que la cláusula de igual protección *permite* instalaciones públicas racialmente segregadas; y en 1954, cuando decidió que la cláusula de igual protección *prohíbe* las instalaciones públicas racialmente separadas, el texto de la Constitución no había cambiado. Así que, cabe preguntarse: ¿qué cambió el pensamiento del Tribunal? ¿Actitudes culturales? ¿La guerra contra el nazismo? ¿La aparición de la guerra fría?²⁹ ¿La lucha de un movimiento pro-derechos civiles?

²⁵ Sobre el espíritu de la Ley Federal de Derechos Civiles de 1866 véase: M. Shawhan, "By Virtue of Being Born Here": Birthright Citizenship and the Civil Rights Act of 1866", *Harvard Latino Law Review*, Vol. 15, 2012, pp. 2012 y ss.

²⁶ 347 U.S. 483 (1954).

²⁷ J. B. Raskin, *We the Students*, CQ Press, Washington D.C., 2008, p. 179.

²⁸ Para un estudio panorámico sobre las investigaciones sesgadas y que omiten parte de la historia respecto de la discriminación racial y la evolución de los derechos civiles véase: R. Delgado, "The Imperial Scholar: Reflections on a Review of Civil Rights Literature", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 132, 1984, pp. 563 y ss.

²⁹ J. B. Raskin, Op. Cit., p. 179.

Tal como se viene explicando, en los Estados Unidos el orden social y político se define en gran medida por la raza. Una dimensión práctica de la raza la encontramos en el sistema censal y en su política racial.³⁰ Históricamente la sociedad ha venido ordenándose sobre la base de la primacía del hombre blanco. Podría afirmarse, entonces, que la raza o la etnia forma parte de aquellos factores superestructurales que se visibilizan con la división del trabajo, las relaciones sociales y de producción que conllevan a la estratificación social para efectos de funcionalidad en el sistema productivo capitalista. En el caso de la inmigración se constata la funcionalidad del racismo en la división del trabajo y en la estratificación social basada en profundas desigualdades.

El sistema capitalista, en auge durante el desarrollo del Estado constitucional en el Norte de América, necesitaba toda la fuerza de trabajo disponible para producir los bienes de los que va a surgir el excedente para extraer y acumular el capital.³¹ Balibar sostiene que el racismo como ideología va a favorecer la acumulación de la riqueza y la subordinación de la fuerza de trabajo. En consecuencia, el racismo adopta la forma denominada “etnificación” de la fuerza de trabajo.³² El constitucionalismo como herramienta jurídica del capitalismo habría normativizado esta estratificación social, de manera que los derechos naturales con vocación universal se circunscribieron a quienes eran nacionales blancos (ciudadanos).

3 Raza e inmigración en el constitucionalismo estadounidense. Apuntes históricos

En el constitucionalismo estadounidense las nociones de extranjero (inmigrantes) y de *nacional* (ciudadano) se habrían concebido en un contexto de contradicciones para los inmigrantes europeos sabiendo que no eran nativos americanos. *We the people* fue el resultado de la cosmovisión europea en el momento fundante de un Estado Constitucional en tierra extraña. *We the people* se impuso con la conciencia que en el mismo territorio habitaban las poblaciones nativas y los grupos de esclavos de África. La Declaración de Independencia de 1776 consideraba a los nativos como “indios despiadados y salvajes capaces de ocasionar destrucción” y proclamó su estatus como “habitantes de las fronteras”.³³

La Constitución de 1787 los excluyó del pacto al establecer que los indios que no estaban sujetos a tributo no podían acceder al sistema de representación

³⁰ L. Hochschild y B.M. Powell, “Racial Reorganization and the United States Census 1850-1930: Mulattoes, Half-Breeds, Mixed Parentage, Hindoos, and the Mexican Race”. *Studies in American Political Development*, Cambridge, 2008, pp. 63 y ss.

³¹ E. Balibar, *Op.Cit.*, p. 55.

³² *Ibíd.*, p. 56. Respecto de la división racial de la fuerza del trabajo y la inmigración latina en los Estados Unidos, véase: J. Rathod, “Immigrant Labor and the Occupational Safety & Health Regime; Part I: A New Vision for Workplace Regulation”, *New York University Review of Law & Social Change*, Vol. 33, n.º 4, 2009, pp. 487 y ss.

³³ Agravio 25 de la Declaración de Independencia estadounidense de 1776. La Declaración de Sentimientos de Seneca Falls de 1848 (*Declaration of Sentiments*) que se inspiró en la Declaración de Independencia de 1776 adopta un criterio similar respecto de los indios y extranjeros. Al reivindicar los derechos de las mujeres en la Declaración de 1848 se denuncia que a ellas se les ha negado derechos reconocidos a los hombres “más ignorantes y degradados”, es decir, a los hombres nativos y extranjeros.

política.³⁴ Además, estableció que el Congreso tendría facultades “para reglamentar el comercio con Naciones extranjeras así como entre los diversos Estados y con las Tribus Indígenas”.³⁵ Y para no nombrar a los esclavos, el texto constitucional utilizó la expresión *other persons*.³⁶ Los inicios de este constitucionalismo estarían marcados por la invención de los “otros”, de los extraños a la nación. La construcción de la nacionalidad y ciudadanía se haría en oposición a lo no blanco o, en cualquier caso, los que a los colonos ingleses les resultaba étnicamente extraño. Los grupos racial o étnicamente diferentes pasarían a conformar la población no nacional.

1.1 Las normativas de inmigración en los inicios del Estado Constitucional

Las teorías críticas del derecho han explorado la imbricación de la raza, la nacionalidad y el sistema jurídico estadounidense³⁷ ya que, históricamente, de la blancura dependía poder acceder a los bienes y en la toma de decisiones en el ámbito público. Ello influiría en el desarrollo del estatuto del ciudadano cuya configuración fundada en el sujeto varón blanco implicaba el acceso a beneficios económicos. Cabe recordar que, en el constitucionalismo liberal, *tributación y ciudadanía* estaban estrechamente vinculados y ambas categorías le daban contenido y límite al concepto de *sufragio censitario/capacitario*. El color de la piel posibilitaba el acceso a uno de los derechos básicos del constitucionalismo liberal: la propiedad,³⁸ el cual estaba íntimamente unido a la libertad y al derecho a la vida. Harris analiza cómo la concepción de la blancura, construida como una forma de identidad racial, se ha convertido en una forma de acceder a la propiedad. La blancura tiene un valor. Un valor que históricamente es reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico estadounidense.³⁹ Es lo que Harris denomina: “la blancura como propiedad”.⁴⁰

Así, la Ley de Naturalización de 1790 (*Naturalization Act*)⁴¹ ampliaba el derecho de sufragio a los hombres blancos sin propiedad al mismo tiempo que los no blancos seguían sin poder ser ciudadanos. En 1831, mediante interpretación constitucional, se le asignó a las Tribus el estatus de “naciones domésticas dependientes” (*domestic dependent nations*)⁴² permaneciendo fuera de la ciudadanía (*noncitizens*). La vigencia de la Enmienda Decimocuarta, en 1868, no significó la admisión a la ciudadanía para los indios nacidos en los Estados Unidos. Finalmente, en 1924, con la *Indian Citizenship Act*,⁴³ accedieron a la

³⁴ Artículo I, Segunda Sección, Constitución de los Estados Unidos de 1787 (modificada posteriormente por la Decimocuarta Enmienda).

³⁵ Artículo I, Octava Sección (Cláusula de Comercio), Constitución de los Estados Unidos de 1787.

³⁶ Artículo I, Segunda Sección, Constitución de los Estados Unidos de 1787.

³⁷ J. E. Braziel, “History of Migration and Immigration Laws in the United States”, University of Massachusetts Amherst, Department of English and Comparative Literature, Spring 2000, disponible en: <http://www.umass.edu/complit/aclanet/USMigrat.html> (Consulta: 07/01/2015).

³⁸ C. I. Harris, Op. Cit.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ 26 de marzo de 1790.

⁴² *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831).

⁴³ 2 de junio de 1924.

ciudadanía. Antes de esta norma, las leyes federales les consideraban no nacionales, de modo que la ciudadanía la podían adquirir mediante el matrimonio con un ciudadano estadounidense, a través del servicio militar o a través de los tratados o normativas especiales. Su tratamiento jurídico muchas veces superaba las limitaciones impuestas a los extranjeros propiamente dichos para efectos de naturalización. Por lo tanto, con la *Indian Citizenship Act*, formalmente, los indios fueron considerados iguales.⁴⁴ El estatus jurídico-político de los nativos norteamericanos marcaría los antecedentes históricos de las políticas racializadas concernientes a la extranjería e inmigración.

En lo relativo a las normas que ordenarían la inmigración cabe señalar que éstas recogieron las pautas de la sociedad racializada. La citada Ley de 1790 concedía la naturalización solamente a las personas libres blancas (“*free white person[s]*”).⁴⁵ Sobre dicha base, se iría dotando de contenido a los conceptos de “origen nacional” y “nativo”.

En efecto, los conceptos referidos a la nacionalidad y ciudadanía permitirían elaborar un nuevo significado a la categoría *nativo* proyectándose en el hombre blanco (*Native American*). El nuevo Estado fue adecuando las categorías constitucionales para edificar su sociedad apoyándose, para ello, en la idea de raza.⁴⁶ En el proceso de creación del concepto *nativo* y *nativismo* (*nativism*)⁴⁷ el tema racial, nuevamente, se plasmó en la Ley de Inmigración de 1924 (*Immigration Act*). Esta Ley se centró en reforzar un nativismo a través de preceptos que excluían a las “razas indeseables” y que, básicamente, propiciaba la inmigración y la concesión de ciudadanía a la gente del Norte de Europa septentrional y occidental.⁴⁸

Así, el modelo normativo del sujeto de derechos pasaría a estar determinado por lo euroamericano y éste sería el referente para ser titular de derechos. De ahí que el concepto “origen nacional” (*national origin*) como elemento necesario para consolidar la nación estadounidense siga siendo un problema⁴⁹ puesto que su carácter racializado significa un escollo para la eficacia de la igualdad, la prohibición de discriminación racial y la cohesión social. Por lo tanto, los “otros”, por no adecuarse al modelo normativo de nacional/ciudadano, se verían afectados por la discriminación racial. En lo relativo a la materia de este estudio, aquellos que son considerados latinos estarían viendo vulnerado sus derechos por el perfil racial. ¿Qué es *racial profiling* o perfil racial?

⁴⁴ N. D. Houghton, “The Legal Status of Indian Suffrage in the United States”, *California Law Review*, n.º 19, 1931, pp. 507-509.

⁴⁵ Véase el estudio de H. Motomura, “Who Belongs?: Immigration Outside the Law and the Idea of Americans in Waiting”, April 2012. 2 *UC Irvine Law Review*, 2012; *UCLA School of Law Research Paper*, n.º 12-09, pp. 368-369.

⁴⁶ M. M. Ngai, “The Architecture of Race in American Immigration Law: A Reexamination of the Immigration Act of 1924”, *The Journal of American History*, Vol. 86, n.º. 1, June, 1999, Organization of American Historians, pp. 68-70.

⁴⁷ Sobre el nativismo y su oposición a la inmigración en la historia de los Estados Unidos, véase: J. Higham, *Strangers in the land: patterns of American nativism 1860-1925*, University of Michigan Library, 2002, pp.131-145.

⁴⁸ M. M. Ngai, Op. Cit., pp. 68-69.

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 68.

II Racial profiling: definición

Como ya se ha afirmado, *Racial Profiling* es una manifestación de la discriminación racial. Es un concepto que no tiene traducción exacta en español, pero que puede traducirse como “perfil racial”, perfil étnico, “clasificación racial” o “perfilamiento racial”.

Desde el punto de vista general, la elaboración de perfiles implica la clasificación de las personas sobre la base de sus características, ya sean éstas “invariables” (como el sexo, la edad o la estatura) o “variables” (como los hábitos, las preferencias u otros aspectos del comportamiento).⁵⁰ En sentido estricto, se habla de uso del perfil racial cuando la raza o el origen étnico es el criterio que se tiene en cuenta para aplicar las leyes penales y de control migratorio. Por su raza o etnia, y no por su comportamiento, se sospecha que una persona no es nacional o ha cometido un delito.⁵¹ Se trata de la aplicación de la norma mediante selección arbitraria y, por ende, inconstitucional ya que el perfil racial tiene la capacidad para generar discriminación y socavar los derechos fundamentales.⁵² La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (*European Commission against Racism and Intolerance – ECRI*) define racial profiling como el uso por las fuerzas policiales, sin justificación objetiva y razonable, de criterios como la raza, el color, la lengua, la religión, la nacionalidad o el origen nacional o étnico para las actividades de control, vigilancia o investigación”.⁵³

En el ámbito del derecho internacional, el Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia de Naciones Unidas, señala que el uso de perfiles raciales por los agentes del orden sigue siendo un problema persistente y generalizado que repercute negativamente en la relación entre la policía y la comunidad y en el disfrute de los derechos de las personas afectadas.⁵⁴ En este ámbito, cabe destacar el asunto *Rosalind Williams Lecraft v. Spain*.⁵⁵ El agente de policía español exigió a Rosalind Williams que se identificase y ante la pregunta de por qué solo se dirigía a ella, le contestó: “Porque es usted negra”.

En 2001, el Tribunal Constitucional español consideró que no era inconstitucional la utilización del criterio racial en las actuaciones policiales en materia de extranjería.⁵⁶ En 2009, las Naciones Unidas se pronunciaba por

⁵⁰ Véase: Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, “Por una actuación policial más eficaz. Guía para entender y evitar la elaboración de perfiles étnicos discriminatorios”, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2010, p. 8.

⁵¹ M. Risse y R. Zeckhauser, “Racial Profiling”, *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 32, nº. 2, Wiley, Spring 2004, pp. 135 – 137.

⁵² Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Cit., p. 5.

⁵³ Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia –ECRI, “Recomendación de política general n.º 11”, 29 de junio de 2007, apartado 1.

⁵⁴ Asamblea General de Naciones Unidas, “Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia”, (Mutuma Ruteere, visita a España del 21 al 28 de enero de 2013), Consejo de Derechos Humanos 23º período de sesiones, Ginebra, 6 de junio de 2013, párrafo 51, p. 14.

⁵⁵ Comité de Derechos Humanos de la ONU, asunto *Rosalind Williams Lecraft v Spain*, comunicación n.º 1493/2006, 27 de julio de 2009.

⁵⁶ STC 13/2001, de 29 de enero de 2001. Véase al respecto: F. Rey Martínez, “El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado social: diez problemas actuales”, en *Fundamentos:*

primera vez contra los controles policiales por criterios de raza/etnia. El Comité de Derechos Humanos de la ONU estimó que, aunque es legítimo efectuar controles de identidad con la finalidad de proteger la seguridad ciudadana, prevenir el delito o controlar la inmigración ilegal, cuando las autoridades efectúan dichos controles, las meras características físicas o étnicas de las personas objeto de los mismos:

(...) no deben ser tomadas en consideración como indicios de su posible situación ilegal en el país. Tampoco deben efectuarse de manera que sólo las personas con determinados rasgos físicos o étnicos sean señaladas. Lo contrario no sólo afectaría negativamente a la dignidad de las personas afectadas, sino que además contribuiría a la propagación de actitudes xenófobas entre la población en general y sería contradictorio con una política efectiva de lucha contra la discriminación racial.⁵⁷

Continuando con la definición de racial profiling, el Instituto Nacional de Justicia del Departamento de Justicia de los Estados Unidos (*National Institute of Justice - NIJ*) lo conceptúa como la aplicación de la ley a las personas que han cometido algún tipo de delito sobre la base de su raza, etnia, religión u origen nacional. Según el NIJ esta práctica viene afectando negativamente en las relaciones entre policía y ciudadanía. A pesar de la formación de la policía para evitar actos discriminatorios en el ejercicio de sus funciones, los agentes policiales todavía estarían basándose en estereotipos culturales acerca de las características físicas de una persona.

Respecto de su definición en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Relatoría sobre los Derechos de los Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) lo considera como una práctica del racismo que se adopta por supuestas razones de seguridad o protección pública y está motivada en estereotipos de raza, color, etnicidad, idioma, descendencia, religión, nacionalidad o lugar de nacimiento, o una combinación de estos factores, y no en sospechas objetivas.⁵⁸

American Civil Liberties Union - ACLU, en su Informe de 2007, explica que *racial profiling* o *clasificación racial* es una práctica que emplean las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley sustentándose en la raza, el origen étnico, la nacionalidad, la religión o el supuesto estatus migratorio.⁵⁹ Las autoridades investigan, paran, cachean, registran o emplean la fuerza contra los individuos basándose en sus características físicas más que en pruebas concretas de un comportamiento ilícito. ACLU explica que las personas de color son clasificadas mientras conducen, compran, rezan, esperan ofertas de trabajo en las aceras o viajan en aviones, trenes o autobuses. Aunque la *clasificación racial* se ha asociado más frecuentemente con los afroamericanos y los latinos, sigue teniendo efectos

Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional, n.º 8, Universidad de Oviedo, Gobierno del Principado de Asturias, 2014, pp. 305-306.

⁵⁷ Comité de Derechos Humanos de la ONU, asunto *Rosalind Williams Lecraft v Spain*. Cit., apartado 7.2

⁵⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Cuestionario sobre la Situación de las Personas Afrodescendientes en las Américas*. Relatoría sobre los Derechos de los Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial, OAS, 2011, p. 50.

⁵⁹ American Civil Liberties Union (ACLU), "Race & Ethnicity in America: Turning a Blind Eye to Injustice", Report, New York, December 10, 2007, p. 15.

devastadores sobre los asiáticos, los indios americanos y, cada vez más tras el 11 de septiembre, las personas de origen árabe, musulmán y sudasiático”.⁶⁰ Así, la clasificación racial se proyecta también a manifestaciones vinculadas a la libertad religiosa, la identidad cultural, libertad de movimiento, etcétera. Además, se proyecta en la presunción de su situación de extranjería.

El Informe de Amnistía Internacional traduce racial profiling al español como *perfilamiento racial o étnico*. Especifica que esta forma de discriminación ocurre cuando la policía incluye criterios tales como el color de la piel, lenguaje, religión, nacionalidad, origen étnico, en la identificación de personas a las que busca interrogar o arrestar. Aunque el uso de dichos criterios por las actividades de cumplimiento de la ley no es siempre discriminatorio, sí lo es cuando no hay justificación objetiva o razonable.⁶¹

1 Perfil racial: El estado de la cuestión

Una de las manifestaciones de la histórica discriminación racial tiene que ver con los prejuicios raciales en las actuaciones policiales a la hora de aplicar la ley. Este problema viene preocupando a la sociedad estadounidense. A propósito del reciente caso Ferguson, en Missouri,⁶² un amplio sector del Derecho viene criticando estos prejuicios, por ejemplo, el Colegio de Abogados de los Estados Unidos manifestó la necesidad de abordar las cuestiones de la discriminación racial en el ámbito policial, el sistema de justicia y la violencia contra las minorías.⁶³ Además, su crítica se enfoca en la ineficacia de la Constitución.⁶⁴

La aplicación de la ley por parte de las fuerzas y cuerpos de la seguridad del Estado afecta no solo a la población negra de nacionalidad estadounidense sino también a otras minorías como la inmigración latina. De los casos judiciales sobre la aplicación de las leyes en base a criterios raciales, cabe destacar uno, reciente, relativo al tema que nos ocupa: la inmigración latina en los Estados Unidos. Se trata de *Ortega Melendres y otros v. Arpaio*.⁶⁵ El Sheriff del condado de Maricopa (Arizona), Joe Arpaio, es demandado por discriminación racial contra personas latinas. En este caso se probó que la oficina de Arpaio aplicaba la legislación de control migratorio según criterios étnico/raciales. La defensa de *Ortega Melendres y otros* denunció a Arpaio por realizar controles de tráfico a los conductores y pasajeros según sus rasgos latinos. Sostenía que dichas prácticas eran discriminatorias por razón de raza y, por ende, violaban la Cláusula de Igual Protección de la Decimocuarta Enmienda, el Título IV de la Ley de Derechos Civiles de 1964 y la Constitución de Arizona. Además que, al realizar detenciones prolongadas violaba la Enmienda Cuarta. Mediante este caso se

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Amnistía Internacional, “En Terreno Hostil: Violaciones de los derechos humanos al implementar las leyes inmigratorias en el Suroeste de Estados Unidos”, 2012, p. 38.

⁶² “What Happened in Ferguson?”, *The New York Times*, 25 November 2014.

⁶³ Manifestaciones a propósito del caso relativo a la muerte del joven negro Michael Brown en Ferguson, Missouri, en agosto de 2014. Véase: Pamela Meanes, President of the National Bar Association, National Bar Association, “Statement on Michael Brown Ruling”, 25 de noviembre de 2014.

⁶⁴ J. Nichols, “The Constitutional Crisis in Ferguson, Missouri”, *The Nation*, 14 de Agosto de 2014.

⁶⁵ *Melendres v. Arpaio*, 2013 WL 2297173 (D. Ariz. May 24, 2013).

constata que racial profiling afecta no solo a los extranjeros indocumentados sino también a los inmigrantes (extranjeros con permiso de estancia o residencia) pues Manuel Ortega Melendres fue detenido a pesar de contar con su visado en vigor. El fallo, de 2013, concluyó que la ascendencia latina no es un factor de sospecha razonable o un criterio para considerar que una persona se encuentra en los Estados Unidos sin autorización legal. Se trata de una decisión judicial estatal (Arizona). Como veremos a continuación, a nivel federal (nacional) la interpretación constitucional estaría marcada por el criterio racial.

III. Ciudadanía, perfil racial y justicia constitucional

La justicia constitucional ha ido sentando las pautas relativas a los derechos de los inmigrantes e indocumentados en los Estados Unidos. Y ha ido sentándolas con decisiones que avalarían el uso del perfil racial.

Al respecto, cabe mencionar dos casos paradigmáticos que dejaron huella en el trato a las personas de etnia o raza no-europea y que siguen estando presentes en los debates sobre los derechos constitucionales de los "otros". De *Dred Scott* a *Korematsu* la categoría de ciudadanía fue cuestionada e incluso la *nacionalidad* resultó ser un concepto débil cuando se trataba de otra raza o etnia. En la historia del constitucionalismo estadounidense, a la pregunta de si los negros conformaban el concepto constitucional expresado en *We the people*, la respuesta fue que los negros no fueron contratantes del pacto. En efecto, en 1857, en la decisión *Dred Scott v. Sandford*⁶⁶ la Corte Suprema razonó que *The People* no estaba conformado por los negros y por tanto estos no se podrían integrar al pueblo o nación. Eran no ciudadanos. La idea de raza impregnaba al concepto de *ciudadano*. Posteriormente raza afectaría tanto el significado de *integración a la nación* como el de *lealtad al Estado*.

La eficacia de la ciudadanía exigía poseer rasgos occidentales para demostrar lealtad a la nación. En el caso *Korematsu* de 1944⁶⁷ la Corte sostuvo que muchos de los ciudadanos de origen no occidental podrían no ser leales a los Estados Unidos, por ende, se les consideraba como ciudadanos no integrados a la nación. El contexto de la decisión *Korematsu* giraba en torno a la Segunda Guerra Mundial siendo los criterios de *seguridad del Estado, orden público, rasgos físicos y origen* de las personas los que primaban antes que los derechos de las mismas. La frontera entre ciudadanía y no ciudadanía parecía estar presidida por el factor racial.

Veamos ahora algunos casos de la justicia constitucional donde prima el criterio racial en el sistema de control migratorio. A nivel nacional, el Tribunal Supremo de 1975 en *United States v. Brignoni-Ponce*,⁶⁸ consideró que para efectuar el control migratorio relacionado con la entrada al territorio de los Estados Unidos el "aspecto mexicano" constituía un factor relevante.⁶⁹ La justicia

⁶⁶ Sobre este caso y su relación con los noncitizen, véase: H. Motomura, "A Tradition of Redlining Citizenship", *The New York Times*, 17 de agosto de 2010.

⁶⁷ *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

⁶⁸ *United States v. Brignoni-Ponce*, 422 U.S. 873 (1975).

⁶⁹ K. R. Johnson, "How Racial Profiling in America Became the 'Law of the Land': United States v. Brignoni-Ponce and Whren v. United States and the Need for Rebellious Lawyering", *Georgetown Law Journal*, June 22, 2009, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1424183> (Consulta: 10/04/2015).

constitucional avalaba así el criterio apoyado en la raza a la hora de aplicar las leyes migratorias afectando a los mexicanos con nacionalidad estadounidense. No está demás referir que, a nivel estatal, la Corte Suprema de Arizona en 1982, en el caso *State v. Graciano*⁷⁰ consideró que la aplicación de las leyes de inmigración implica, a menudo, una consideración de factores étnicos.⁷¹

A partir de los años noventa la jurisprudencia constitucional estadounidense empieza a limitar con mayor rigidez la protección de los derechos constitucionales a la jurisdicción territorial de los Estados Unidos y a los nacionales. Uno de los casos que iniciaría esta interpretación constitucional es *United States v. Verdugo-Urquidez*.⁷² El Tribunal señala que los extranjeros (*aliens*) no pueden ser titulares de los derechos de la Enmienda Cuarta puesto que la titularidad de los mismos estaba limitada expresamente a los ciudadanos de los Estados Unidos (*expressly limited to "the people" of the United States*). Con este caso se restringe el contenido de la carta de derechos a los miembros del pacto social: los ciudadanos. Fiss resalta el contexto político de la sentencia *United States v. Verdugo-Urquidez*. Sostiene que la justicia constitucional limitaba el alcance de los derechos y garantías en el contexto de otra guerra –la llamada guerra contra las drogas– y declaró que la Cuarta Enmienda no limitaba en modo alguno las acciones de los agentes de los Estados Unidos sobre los no ciudadanos.⁷³ Si bien, dice Fiss, las personas de otras nacionalidades pueden no ser parte de la comunidad política (*We the people*), cabe tener en cuenta que los miembros de esta comunidad pueden definir los estándares de conducta que esperan de sus funcionarios públicos para el respeto de los derechos.⁷⁴

Un caso reciente que conviene referir es *Arizona v. United States* de 2012.⁷⁵ El 23 abril de 2010 la Asamblea Legislativa de Arizona aprueba la Ley SB1070 (*Support our Law Enforcement and safe Neighborhoods Act*).⁷⁶ El estado de Arizona legisló en materia de inmigración no obstante que la doctrina constitucional reserva esta materia a las leyes federales. Entre las cláusulas de la citada Ley, impugnadas por vulnerar derechos constitucionales, cabe señalar la relacionada con la materia de nuestro estudio: La Sección 2 (B) conocida como la cláusula "*show me your papers*" afecta a todas las personas extranjeras con o sin autorización de residencia (turistas, nacionales con rasgos no blancos) puesto que permite a la policía de Arizona pedir documentación para acreditar la situación migratoria. En la impugnación se sostenía que esta cláusula reforzaría el perfil racial, una práctica que viene siendo habitual en dicha región y que se focaliza en el colectivo latino. En *Arizona v. United States* el Tribunal Supremo concluyó que esta cláusula es constitucional.

⁷⁰ 134 Ariz. 35 (1982), 653 P.2d 683, *State of Arizona, Appellee, v. Hector Alberto Armenta Graciano, Appellant*. No. 5542-PR. Supreme Court of Arizona, Banc. September 29, 1982.

⁷¹ Véase: G. J. Chin, y K. R. Johnson, "Profiling's enabler: High court ruling underpins Arizona immigration law", *The Washington Post*, Tuesday, 13 de julio de 2010.

⁷² 494 U.S. 259 (1990).

⁷³ O. Fiss, "Encarcelamiento sin Juicio", en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 17, Iustel, Madrid, 2011, pp. 18-22.

⁷⁴ *Ibid.*, pp. 16-19.

⁷⁵ 567 U.S. (2012).

⁷⁶ Arizona Senate Bill 1070.

La conexión nacionalidad/ciudadanía e inmigración con las ideas racializadas pueden dotarle aval constitucional a la vulneración de los derechos íntimamente conectados a la dignidad tanto de las personas ciudadanas como no ciudadanas. Entre las razones que pretenden fundamentar las transgresiones de los derechos más básicos de la persona humana destacan las relacionadas al orden público.

1 Inmigración y orden público

Tal como hemos visto en las referidas sentencias del Tribunal Supremo, se suele asociar la inmigración y los rasgos raciales/étnicos al contexto de las guerras y, por ende, a la idea de *orden público*. A partir de los atentados del 11 de septiembre de 2001 se exacerbó la idea que la inmigración internacional desestabilizaba el *orden público* y la *seguridad nacional*. Tal es así que “la inmigración estuvo en el centro de las primeras propuestas de iniciativa de guerra contra el terrorismo”.⁷⁷ Cabe recordar que el Servicio de Inmigración y Naturalización (*Immigration and Naturalization Service - INS*) fue la agencia del Departamento de Justicia que, antes de 2003, se encargó de la inmigración legal e ilegal y naturalización. Desde 2003, los asuntos en materia de inmigración dependen de tres agencias incorporadas, todas ellas, en el Departamento de Seguridad Nacional (*Department of Homeland Security - DHS*).

Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos resulta preocupante que muchos Estados aborden la migración más como un tema de seguridad nacional que de derechos humanos y a los migrantes en situación irregular más desde una perspectiva de criminalización que de sujetos de derechos.⁷⁸ Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la “falta administrativa” de la indocumentación viene siendo “criminalizada” agravando aún más los problemas sociales de que padecen los extranjeros.⁷⁹

El concepto de *orden público* no está delimitado en la doctrina constitucional. Y es precisamente en un ámbito con lagunas doctrinales y jurídicas donde racial profiling es aplicado bajo la figura de la “securitización”.⁸⁰ No obstante ello, este concepto no tendría que significar la violación de los derechos estrechamente conectados a la dignidad. En el control de las migraciones mediante el perfil

⁷⁷ L. Pegoraro y S. Pennicino, “Seguridad y libertad. Hacia la búsqueda de un difícil equilibrio: los derechos de los extranjeros”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 6, Segundo Semestre, Universidad Rey Juan Carlos, 2005, p. 27.

⁷⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Observaciones a la Opinión Consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos Niños, niñas y adolescentes migrantes* (Artículos 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, I, II, VI, VII, VIII, XXV y XXVII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura), 17 de febrero de 2012, Washington, D.C., pp. 4 -5.

⁷⁹ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A n.º 18, párr. 119, 17 de septiembre de 2003, pp. 6-7.

⁸⁰ J. C. Montalvo Abiol, “Concepto de orden público en las democracias contemporáneas”, en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 22, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 2010, pp. 198-200. Véase también: G. M. Santos Villarreal y P. Ávila Loya, “¿La ley SB1070, inicio del endurecimiento de la política estadounidense?”, en *Servicios de Investigación y Análisis, Subdirección de Política Exterior*, LXI Legislatura, Cámara de Diputados, México D.F., junio de 2010, p. 7.

racial se asocia al argumento de los extranjeros como amenaza para la seguridad del Estado. El perfil racial es un problema que afectaba principalmente a los afroamericanos y también a la población latina (ciudadanos y no ciudadanos). Después del 11 de septiembre, la aplicación de racial profiling se ha ampliado a ciudadanos e inmigrantes de origen asiático, árabe y de religión musulmana.⁸¹ Enfoquémonos ahora en el colectivo latino.

IV. Inmigración Latina en los Estados Unidos

El colectivo denominado *Latino* o *Hispano* constituye una parte importante de la inmigración (extranjeros regulares e indocumentados) en los Estados Unidos. En esta sociedad donde el criterio racial/étnico es importante cabe preguntarse quiénes integran este colectivo.

Prewitt sostiene que los fundadores de los Estados Unidos crearon una clasificación racial de carácter jerárquico con fines políticos sobre la base de la premisa de la supremacía blanca. Así, desde 1790, la sociedad estadounidense cuenta con un sistema censal en el que la raza es factor importante.⁸² A partir de 1790, cada diez años mediante el censo se viene ordenando y analizando a la población estadounidense en distintos grupos raciales.⁸³ Desde 2000, la Oficina de Administración y Presupuesto, (*Office of Management and Budget - OMB*), ha establecido que las agencias federales usen estos dos criterios como sinónimos: "Hispano o latino".⁸⁴

En 1980 se introdujo por primera vez la categoría de "hispano" en el sistema censal nacional. Los encuestados podían indicar su raza y si tenían origen hispano o español o no. En la palabra "hispano" se incluyeron cuatro subcategorías: mexicano, mexicano americano o chicano; puertorriqueño; cubano; y "otro origen español/hispano".⁸⁵ Como se ha explicado, el término "latino" fue utilizado en el cuestionario del censo por primera vez en el año 2000.⁸⁶ Así, "latino" se añadió a la categoría "español/hispano".

Se considera el origen "hispano o latino" como la herencia cultural, nacionalidad, linaje o país de nacimiento de la persona o de los padres o ancestros de esta persona antes de su llegada a los Estados Unidos. Las personas que identifican su origen como hispano, latino o español pueden ser de cualquier raza.⁸⁷ La definición de "Hispano o Latino" usada en el Censo de 2010 se refiere

⁸¹ L. Chaffin, "Racial Profiling: National Legislation Policy Analysis," *SPNA Review*, Vol. 1: Iss. 1, Article 2, 2005, disponible en: <http://scholarworks.gvsu.edu/spnareview/vol1/iss1/2> (Consulta: 01/05/2014)

⁸² Véase: K. Prewitt, "Fix the Census' Archaic Racial Categories", *The New York Times*, 21 de agosto de 2013. Del mismo autor vase también: *What Is Your Race?: The Census and Our Flawed Efforts to Classify Americans*, Princeton University Press, 2013.

⁸³ K. Prewitt, "Fix the Census' Archaic Racial Categories", Cit.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ C. E. Rodriguez, *Changing Race: Latinos, the Census, and the History of Ethnicity in the United States*, NYU Press, 2000, pp. 129-130.

⁸⁶ U.S., *Census 2000 Briefs and Special Reports*, July 2001, p. 1. Para la Oficina del Censo pueden ser sinónimos. *Ibidem*.

⁸⁷ United Status Census Bureau, "The Hispanic Population: 2010. Census Briefs", U.S. Department of Commerce Economics and Statistics Administration, May 2011, p. 2, disponible en: <http://www.census.gov/prod/cen2010/briefs/c2010br-04.pdf>. (Consulta: 01/05/2014).

a una persona cubana, mexicana, puertorriqueña, centro o sudamericana, o bien, de otro origen o cultura española, independientemente de la raza.⁸⁸ En la década 2000 - 2010 la población hispana o latina en los Estados Unidos creció hasta 50,5 millones de personas, lo cual representa el 16,3 % de la población total del país. Aproximadamente el 64,9 % del total de personas latinas es de origen mexicano y constituye el colectivo más numeroso de la población latina.⁸⁹ El censo de 2010 estima que de esta población latina unos 11 millones son personas indocumentadas. Los latinos, negros y asiáticos constituyen un porcentaje cada vez mayor de la población nacional. Pero los blancos siguen siendo mayoría.

En este trabajo utilizamos los términos *hispano* y *latino* para referirnos al colectivo *latino* (sin dejar de tener en cuenta que estos términos se relacionan con diversas identidades).⁹⁰

Como términos más usados en los Estados Unidos sobre el estatus de una persona extranjera (*alien*), en general, se utiliza “inmigrante” cuando se trata de una persona con permiso de residencia. Las personas con permiso temporal son “no-inmigrantes” y sin permiso de estancia o residencia son “inmigrantes indocumentados”.⁹¹ La mayoría de la inmigración latina indocumentada está representada, especialmente, por personas originarias de México y, además, de El Salvador y Guatemala.⁹²

Según la Ley de Inmigración y Nacionalidad (*Immigration and Nationality Act - INA*), es extranjera cualquier persona que no sea ciudadana o no sea nacional. Diferentes categorías de extranjeros (*aliens*) ha previsto la Ley: residentes y no residentes (*resident and nonresident*), inmigrantes y no inmigrantes (*immigrant and nonimmigrant*), asilados y refugiados (*asylee and refugee*), documentados e indocumentados (*undocumented* ["ilegales"]).⁹³

1 Racial Profiling: la comunidad Latina la más afectada

El Informe sobre racial profiling de la Universidad de Berkeley de 2009 señala que la comunidad hispana es una de las más afectadas por la aplicación del perfil racial por parte de la policía encargada del control migratorio.⁹⁴ Es más factible que las personas que hablan español o que parecen ser latinos sean sometidas a mayores interrogatorios y hostigamiento “simplemente por motivos de raza y

⁸⁸ *Ibidem*

⁸⁹ Véase: Pew Hispanic Center, “Census 2010: 50 Million Latinos. Hispanics Account for More Than Half of Nation’s Growth in Past Decade”, Washington, D.C., March 24, 2011, disponible en: <http://www.pewhispanic.org/files/reports/140.pdf> (Consulta: 01/05/2014).

⁹⁰ Para un estudio más amplio sobre las nociones *latino* e *hispano* véase las investigaciones de: I. Stavans, *The Hispanic Condition. The Power of a People*, HarperCollins, 2001 y R. Delgado y J. Stefancic (Edit.), *The Latino/a Condition: A Critical Reader*, NYU Press, 2010.

⁹¹ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03, Cit., pp. 17 y ss.

⁹² Amnistía Internacional, Op. Cit., p. 11.

⁹³ Legal encyclopedia, Legal Information Institute at Cornell Law School, Ithaca, New York, disponible en: <http://www.law.cornell.edu/wex/alien> (Consulta: 01/05/2014).

⁹⁴ Véase: T. Gardner y A. Kohli, “The C.A.P. Effect: Racial Profiling in the ICE Criminal Alien Program”, Chief Justice Earl Warren Institute on Race, Ethnicity and Diversity (Warren Institute), UC Berkeley School of Law (Berkeley Law), 2009, disponible en: http://www.law.berkeley.edu/files/policybrief_irving_FINAL.pdf (Consulta: 10/10/2014).

características étnicas".⁹⁵ Al respecto, Romero señala que la aplicación de las leyes de inmigración de forma racializada no solo pone en riesgo a los *mexicano-americanos* (ciudadanos) de tez más oscura, sino amenaza a los miembros de la comunidad que son de habla bilingüe, tienen amigos o miembros de su familia que son inmigrantes, o quienes participan en ciertas prácticas culturales.⁹⁶

En el Informe de Amnistía Internacional (investigación desarrollada en 2010 y 2011)⁹⁷ sobre la inmigración latina en los Estados Unidos se verifica que aquellas personas que son percibidas como de *origen latino* son las más afectadas por las medidas de control de inmigración fundadas en el perfil racial.⁹⁸ En 2010, el 97% de los inmigrantes que fueron deportados son latinos.⁹⁹

V. El constitucionalismo ciego al color

El perfil racial, como una de las manifestaciones de la discriminación racial estructural e institucional,¹⁰⁰ sería una de las consecuencias de la ceguera constitucional que no percibe a la raza como uno de los elementos que van a influir en las relaciones desiguales de poder en la sociedad. Los postulados del constitucionalismo ciego al color se asientan en la igualdad formal, por tanto, a pesar de ser la raza un asunto objetivo se le considera como un asunto apolítico. Gotanda señala que ignorar la raza, como hace el constitucionalismo ciego al color, significa desfigurar la historia.¹⁰¹

En el caso *Plessy v. Ferguson*¹⁰² de 1896 se retrató el pensamiento de la ceguera constitucional. Harlan, en su voto particular, sostuvo que las Enmiendas habían eliminado la división racial del pueblo y que la Constitución era ciega al color, y no conoce ni tolera clasificaciones o categorías entre los ciudadanos.¹⁰³ Refiriéndose a los derechos civiles aseveró que todos los ciudadanos son iguales ante la ley sin tomar en cuenta su circunstancia o color. Este constitucionalismo se centraba especialmente en la cláusula de igual protección de la Decimocuarta

⁹⁵ Véase: D. Gilman, "El choque de Arizona con los derechos humanos: la Ley SB 1070", en *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 7, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2011, pp. 89 y 90.

⁹⁶ M. Romero, "Racial Profiling and Immigration Law Enforcement: Rounding Up of usual suspects in the Latino Community", *Critical Sociology*, V. 32 n.º 2, 2006, p. 451.

⁹⁷ Amnistía Internacional, Op. Cit., p. 35.

⁹⁸ *Ibíd.*, pp. 35-76.

⁹⁹ Véase: M. H. Lopez; A. Gonzalez-Barrera and S. Motel, "As Deportations Rise to Record Levels, Most Latinos Oppose Obama's Policy. President's Approval Rating Drops, but He Leads 2012 Rivals", *Pew Research Center*, Hispanic Trends, diciembre de 2011, disponible en: <http://www.pewhispanic.org/files/2011/12/Deportations-and-Latinos.pdf> (Consulta: 10/11/2014).

¹⁰⁰ S. Better, *Institutional Racism: A Primer on Theory and Strategies for Social Change*, Rowman & Littlefield, Maryland, 2008, p. 11.

¹⁰¹ N. Gotanda, "Una crítica a "nuestra Constitución es ciega al color"", en M. García Villegas; I. C. Jaramillo Sierra y E. Restrepo Saldarriaga (compiladores), *Crítica Jurídica*, Universidad Nacional de Colombia, Universidad de los Andes, Bogotá, 2007, pp. 74-76.

¹⁰² *Plessy v Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

¹⁰³ "Our constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens. In respect of civil rights, all citizens are equal before the law". Véase el voto particular discrepante del Juez Harlan en: Legal Information Institute, Cornell University Law School Search Cornell, *Plessy v. Ferguson* (1896).

Enmienda la cual al contener el principio de igualdad se relaciona con todos los derechos y se proyecta a todo el ordenamiento jurídico.

En *Plessy v. Ferguson* el Tribunal no vio que las leyes que segregaban el servicio del ferrocarril, escuelas y la vivienda estaban intrínsecamente relacionadas entre sí y estaban vinculadas con un sistema jurídico y social que perpetuaba el estigma de inferioridad basado en la raza.¹⁰⁴ Dicha sentencia representa a la interpretación originalista de la norma suprema que avala la ceguera constitucional. La interpretación originalista es aquella que se plantea en el punto de vista del momento originario constituyente. Santifica el original *understanding* que irradia legitimidad al rememorar la identidad de Estados Unidos como nación.¹⁰⁵ Los constitucionalistas originalistas tienden a enfocarse en las escrituras y pronunciamientos de los constituyentes del siglo XVIII.¹⁰⁶ Se centran en el pensamiento dieciochesco sin tomar en cuenta las Enmiendas de la Reconstrucción. Greene considera que la Enmienda Decimocuarta es invisible para la narrativa originalista. Jueces, académicos y ciudadanos que escriben o hablan desde la tradición originalista ignoran el significado histórico de la citada Enmienda.¹⁰⁷ El originalismo en la práctica no es sólo un método de interpretación, sino que constituye una reivindicación normativa de una identidad americana que deja de lado la Era de la Reconstrucción¹⁰⁸ e ignora el trabajo político de los defensores de los excluidos del contrato. Los excluidos de la Constitución.

Frente al constitucionalismo de la ceguera está la posición progresista que sostiene que la Corte enfrenta actualmente un conjunto de problemas mucho más complejos. El concepto de la "Constitución es ciega al color" es inadecuado para manejar el país actual, racialmente estratificado, culturalmente diverso y económicamente dividido.¹⁰⁹ Según Gotanda la Corte debe desarrollar nuevas perspectivas sobre la raza y la cultura, o corre el riesgo de perder legitimidad.¹¹⁰ La pugna interpretativa entre originalistas y progresistas en el constitucionalismo estadounidense no estaría dando respuesta a la desigualdad generada por la discriminación racial. Con el paso del tiempo la sociedad estadounidense no está estratificada sólo por el binarismo blanco/negro, también existe lo que Gotanda denomina raza como cultura que no se visibiliza en el color de la piel sino en las prácticas culturales y los orígenes étnicos que no se observan a simple vista.¹¹¹

No obstante todo ello, no se puede dejar de mencionar la labor del *Tribunal Warren* que intentó superar la ceguera constitucional. Labor reflejada en sentencias resultante del activismo judicial de interpretación progresista. Al

¹⁰⁴ N. Gotanda, Op. Cit., p. 78.

¹⁰⁵ E. Alonso García, Prólogo, en M. Beltrán, *Originalismo e Interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Civitas, Madrid, 1989, p. 14.

¹⁰⁶ J. Greene, "El originalismo de la Enmienda Decimocuarta", en *Isonomía*, n.º 38, Instituto Tecnológico Autónomo - ITAM, México, abril, 2013, p. 146.

¹⁰⁷ *Ibid.*, pp. 145-146.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 147.

¹⁰⁹ Neil Gotanda, Op. Cit., p. 96.

¹¹⁰ *Ibidem.*

¹¹¹ *Ibid.*, pp. 79-83.

respecto, Gabbidon señala que prácticamente “los avances mayores en cuanto a los derechos de los afroamericanos han venido a través del sistema judicial”.¹¹² Estos avances son lentos y muchas veces los retrocesos son preocupantes, como pasa con el auge de racial profiling. Esta situación reflejaría el defecto histórico del contrato: que los no blancos no fueron parte del contrato social, no fueron sujeto de derechos y, en cualquier caso, han sido objeto de políticas de asimilación. En el contrato social y en la subjetividad de los no blancos se enfocan las teorías críticas al Constitucionalismo ciego al color.

1 Teorías Críticas al Constitucionalismo Ciego al Color

Los estudios de la Crítica Jurídica vienen rebatiendo los postulados del Constitucionalismo ciego al color porque no toma en serio los prejuicios raciales. En este trabajo se destacan dos de los estudios críticos: La Teoría Crítica de la Raza o Teoría Crítica Racial (*Critical Race Theory - CRT*) y LatCrit (*Latina and Latino Critical Theory - LatCrit*).

1.1 Teoría Crítica de la Raza

La Teoría Crítica de la Raza (*Critical Race Theory - CRT*) se originó a finales de 1980 en la academia jurídica de los Estados Unidos en respuesta a la persistencia de la discriminación racial y de las relaciones de subordinación mucho después de la conquista de los Derechos Civiles de la década de 1960.¹¹³ Recoge las aportaciones de los *Critical Legal Studies - CLS*. Los estudios de la Teoría crítica racial se centran en las relaciones raciales dentro de los Estados Unidos, analizando la cuestión racial en su historia así como su repercusión en la política y en el ordenamiento jurídico. Su análisis, de carácter interdisciplinar, toma en cuenta la interseccionalidad y el antiesencialismo. Se trata de una corriente que está en desarrollo.¹¹⁴

La Teoría crítica racial examina los factores sociales, económicos y políticos que afectan al orden constitucional y que perpetúan las relaciones de dominación/subordinación fundados en la raza. Pone en el centro del debate y politiza las experiencias de opresión racial que tienen las personas “de color” en los Estados Unidos. Muestra las insuficiencias de la política del Estado liberal frente a la discriminación racial con el fin de crear una conciencia crítica frente a la persistente subordinación de los colectivos en base a su raza/etnia. Un punto de inflexión en el ámbito constitucional sería la militancia progresista del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, reflejada en sus decisiones a partir de la sentencia *Brown v. Board of Education*¹¹⁵ y las demás decisiones del *Tribunal Warren*. Con ellas se iniciaría el desarrollo de un constitucionalismo crítico enfocado en la problemática histórica de la discriminación racial.

¹¹² S. L. Gabbidon, “Racial Profiling by Store Clerks and Security Personnel in Retail Establishments. An Exploration of “Shopping While Black”, *Journal of Contemporary Criminal Justice*, vol. 19, n.º 3, August 2003, p. 362.

¹¹³ F. Valdes, “Coming Up: New Foundations in LatCrit Theory, Community, and Praxis”, *California Western Law Review*, Vol 48, n.º 2, 2011, pp. 512-513.

¹¹⁴ *Ibíd.*, p. 515.

¹¹⁵ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

La Teoría Crítica de la Raza considera que, al ser el Derecho un producto histórico, se debe tomar en cuenta la realidad social para entender que en las estructuras del sistema jurídico-político existen prejuicios raciales. Por tanto, el Derecho puede convertirse en un instrumento para perpetuar desigualdades como aquella basada en prejuicios raciales. Aplicando la perspectiva de la Teoría Crítica de Raza a la inmigración, Johnson sostiene que “las exclusiones que se hallan en las leyes de inmigración efectúan y refuerzan la subordinación racial en los Estados Unidos”.¹¹⁶ La Teoría crítica racial tiene dos puntos de análisis importantes: El primero es saber cómo un régimen de la supremacía blanca ha podido imponerse y mantenerse en los Estados Unidos y cuál ha sido el rol de conceptos jurídicos tales como Estado de Derecho, ciudadanía e igualdad en la preservación de dicho régimen de dominación; el segundo punto consiste en modificar la relación existente entre el régimen de subordinación racial y los fundamentos jurídicos que lo soportan.¹¹⁷ Se trata de una teoría que analiza las estructuras de las relaciones de poder desiguales construidas en jerarquías étnicas/raciales para desafiarlas y cambiarlas.

Desde el punto de vista epistemológico los críticos raciales contestan el orden establecido y persiguen la construcción de una forma de conocimiento que refleje las perspectivas de los sectores subordinados de la sociedad.¹¹⁸ Esta forma de conocimiento ofrece una versión subversiva y subalterna. La Teoría crítica racial comparte este objetivo epistemológico con otras corrientes críticas –como el feminismo jurídico (*Feminist Theory*) - que proponen una “metodología oposicional” y que rechaza las pretensiones de neutralidad y objetividad de la academia tradicional.¹¹⁹ Precisamente, a partir de dicha interdisciplinariedad se estarían desarrollando importantes reformulaciones al contrato social que inciden en las bases constitucionales edificadas desde inicios de la modernidad. Las críticas a la teoría del contrato apuntan a los más importantes pilares del mismo: el contrato en sí (el contrato original) y el sujeto de los derechos (el/los contratantes).

La corriente crítica racial pone su atención en el derecho y, en concreto, en el derecho constitucional. Critica los postulados de un amplio sector de la doctrina constitucional que se adscribe al constitucionalismo ciego al color y, por ende, critica la jurisprudencia constitucional en materia racial.¹²⁰ Su crítica se articula en torno a la crítica al racismo sobre el cual se funda el constitucionalismo liberal,

¹¹⁶ K. Johnson, “Race and the Immigration Laws: The Need for Critical Inquiry”, F. Valdez, Jerome McCristal Culp, and Angela P. Harris (Ed.), *Crossroads, Directions, and a New Critical Race Theory*, Temple University Press, pp. 187-98. Citado por: M. Romero, Op. Cit., p. 451.

¹¹⁷ M. García Villegas; I.C. Jaramillo Sierra y E. Restrepo Saldarriaga (compiladores), Op. Cit., p. 25.

¹¹⁸ R. Grosfoguel, “Los dilemas de los estudios étnicos estadounidenses: multiculturalismo identitario, colonización disciplinaria y epistemologías decoloniales”, en *Universitas Humanística*, n.º 63, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2007, pp. 38-41. Véase además: E. Chukwudi Eze, “El color de la razón: La idea de “raza” en la antropología de Kant”, en W. Mignolo (compilador), *Capitalismo y geopolítica del conocimiento. El eurocentrismo y la filosofía de la liberación en el debate intelectual contemporáneo*, Ediciones del Signo, Buenos Aires, 2001, pp. 238-244.

¹¹⁹ M. García Villegas; I.C. Jaramillo Sierra y E. Restrepo Saldarriaga (compiladores), Op. Cit., pp. 25-26.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 26.

la aproximación al papel que la jurisprudencia constitucional ha desempeñado en la preservación del régimen de la supremacía blanca y la crítica de la noción de raza que se deriva de esa jurisprudencia.¹²¹ Para ello utiliza datos estadísticos que corroboran que el racismo no ha sido eliminado en la sociedad estadounidense. Sostiene que el racismo es sistémico y que está fuertemente arraigado en el tejido social estadounidense.¹²² Defienden la presencia del Estado en la sociedad, es decir, que los poderes públicos realicen acciones para modificar y remover las causas que subordinan a las minorías raciales ante el grupo de los blancos. Su defensa se articula con la exigencia de la igualdad material o sustancial.

1.1.1 La crítica al contrato social

Uno de los representantes de la crítica al contrato social es Charles Mills quien denomina, metafóricamente, “contrato de dominación” al contrato original celebrado por los colonos ingleses sacralizado por el constitucionalismo originario. Reconocer que se trató originalmente de un pacto de la dominación¹²³ de los hombres no blancos y de las mujeres, propiciaría poner en el centro del debate las injusticias de la opresión. Para Mills, estas relaciones de dominación constituyen el centro del problema en la teoría del contrato.¹²⁴

Según la Teoría crítica racial la idea del contrato resume el nacimiento de una modernidad europea que desafió las estructuras sociopolíticas absolutistas y patriarcales sobre el fundamento de una equidad moral de los hombres blancos. Lo que no refleja ese contrato es el lado oscuro de la modernidad europea: la imposición de aquellas estructuras absolutistas sobre los no-europeos considerados inferiores.¹²⁵ Dado que los hombres no blancos no fueron incluidos en la concepción de “contratantes”, es decir, de titulares originarios del pacto, ello hace que dicho pacto sea un contrato *profundamente blanco*.¹²⁶

Mills afirma que este hecho no puede ser corregido nominalmente. Lo que marca al contrato actual con sus cláusulas de igualdad formal es que los no-blancos son sencillamente asimilados a la población blanca.¹²⁷ Denuncia que el contrato racial apela a argumentos universalistas para negar el ejercicio pleno de los derechos a los que han sido excluidos del contrato por el racismo, haciendo invisible su presencia con el manto de la homogeneización, negando a cada uno

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² *Ibid.*, p. 27.

¹²³ Véase: C. Mills y C. Pateman, “Contract and Domination: A Collaborative Debate on Social Contract Theory”, *The Robert Penn Warren Center for the Humanities*, Universidad de Vanderbilt, 23 September, 2005, disponible en: http://www.vanderbilt.edu/rpw_center/Letters/ls06h.htm (Consulta: 10/01/2014).

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ C. W. Mills, “Contract of Breach: Repairing the Racial Contract”, C. Pateman and C. Mills, *Contract and Domination*, Ch. 4, Polity Press, 2007, p. 112.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ *Ibidem*. Véase también: C. W. Mills, “The domination contract”, en *Meritum, Revista de Direito da Universidade FUMEC*, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte, V. 8, n° 2, jul./dez., 2013, pp. 72-76.

su singularidad y la pluralidad humana que es parte de la democracia.¹²⁸ Es absurdo que el Derecho y el lenguaje político utilicen un aparato conceptual neutral a la raza, un universalismo ciego al color y la idea de igualdad formal.¹²⁹ Reforzar la igualdad formal mediante el constitucionalismo ciego al color con la retórica neutral de la Constitución implicaría mantener la discriminación racial. Para Crenshaw, una de las representantes de la Teoría crítica racial que se centra en el derecho constitucional, introducir al oprimido en el sistema de igualdad formal propicia la preservación del orden dominante.¹³⁰ Conviene destacar que Mills insiste que, dado que la agresión racial es y ha sido central desde el momento histórico en que se llevó a cabo el contrato, no hay que considerarla una agresión marginal. Hay que centrar el debate en la injusticia racial.

1.2 Teoría Latcrit

En los años más recientes, de la Teoría Crítica racial ha derivado una corriente cuyo propósito consiste en analizar la situación de las y los latinos frente al derecho estadounidense y, en particular, frente a la vulneración de la cláusula de Igual Protección de la Decimocuarta Enmienda. Analiza la eficacia de la igualdad y prohibición de discriminación racial en referencia al colectivo latino. Se trata de *Latina and Latino Critical Theory – LatCrit*.

LatCrit busca que el colectivo latino pase de ser actor marginal e invisible a convertirse en protagonista de la teoría jurídica ya que las personas latinas están subordinadas al “modelo americano”.¹³¹ Para ello, examina la justicia constitucional focalizada en la cuestión racial pero relacionada con lo latino apartándose de la dicotomía blanco/negro. La Teoría Crítica Latina, heredera de la Teoría Crítica de la Raza y la Teoría Feminista, entre otras, nació en los Estados Unidos. Como movimiento intelectual, se caracteriza por su ética anti-subordinación y anti-esencialista.¹³²

LatCrit critica la tendencia de sesgar la historia en aras de contar de forma lineal las luchas por la erradicación de la discriminación racial puesto que la historia parece centrarse en lo blanco y negro. Perea afirma que en la historia constitucional estadounidense contada por la academia se ha omitido por completo las luchas mexicano-estadounidenses para la eliminación de la segregación racial presentándose así una historia lineal de la lucha por los derechos civiles de las personas negras.¹³³ El citado autor sostiene que esta omisión distorsiona la historia y contribuye a la marginación de los pueblos no-

¹²⁸ R. Fischmann, “Los matices de la (des)igualdad”, en *Boletín Género, Raza y Etnia*, Edición 13, octubre de 2010, UNIFEM-Brasil, Brasilia, p. 3.

¹²⁹ C. W. Mills, “Contract of Breach: Repairing the Racial Contract”, Op. Cit., pp. 107-108.

¹³⁰ K. W. Crenshaw, “Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law”, *German Law Journal*, n.º 12, 2011, pp. 280-282.

¹³¹ B. E. Hernández Truyol, “Fronteras (en)gendradas: normatividades latinas, y un paradigma LatCrit”, en M. García Villegas; I.C. Jaramillo Sierra y E. Restrepo Saldarriaga (compiladores), Op. Cit., p. 129.

¹³² “Trasfondo de la Revista”, *Revista Clave. Revista de estudios críticos del Derecho*, Universidad Interamericana de Puerto Rico Facultad de Derecho, tomo 8, 2012, p. 1.

¹³³ J. F. Perea, “The Black/White Binary Paradigm of Race: The Normal Science of American Racial Thought”, *California Law Review*, 85.5, 1997, p. 127.

negros de color.¹³⁴ Por ejemplo, en los materiales de enseñanza, como el *Casebook*, en materia constitucional no se hace referencia al caso *Mendez et. al v. Westminster School District of Orange County, et al*¹³⁵ que es considerado el antecedente de *Brown v. Board of Education*. En 1947, la Corte de apelaciones del noveno circuito de California rompió con la segregación racial en las escuelas públicas de Orange County en el Estado de California. Sostuvo que la segregación racial de los estudiantes de origen mexicano era inconstitucional. Este razonamiento fue utilizado, siete años después, en el caso *Brown v. Board of Education*.¹³⁶

LatCrit da a conocer la existencia del colectivo latino en el marco constitucional estadounidense. Al respecto, cabe citar algunos ejemplos de la casuística donde se puede reflejar la su presencia y la superación del binarismo blanco/negro. Y, en consecuencia, que la raza es una categoría constante en la construcción de un derecho no inclusivo.

En el caso *Hernández v. Texas*,¹³⁷ el Tribunal Supremo concluyó que el demandante había satisfecho la carga de la prueba en su demanda por discriminación racial al establecer que las personas de ascendencia mexicana eran una clase diferente de los “blancos”. Esta interpretación establecería que las personas de ancestro mexicano eran percibidas como no blancas a pesar de ser clasificadas como blancas.¹³⁸ Posteriormente, en los casos *Saint Francis College v. al-Khazraji*¹³⁹ y *Shaare Tefila Congregation v. Cobb*,¹⁴⁰ el Tribunal reiteró esta interpretación al fallar que tanto árabes como judíos podían tener protección constitucional sobre la base de la idea de raza. Entonces raza se relacionaría con la idea de lo “otro” relativo a categorías étnicas, origen nacional y condiciones culturales. A partir de estos casos, se intenta hacer referencia a otros colectivos étnico-raciales y se deja de lado la idea que la sociedad estadounidense está compuesta solamente por blancos y negros. Se apela a la diversidad humana. Una diversidad que es colocada en el centro del derecho antidiscriminatorio por LatCrit.

En efecto, esta Teoría va más allá del referido binarismo racial, poniendo en el debate jurídico-político a los demás colectivos no blancos infravalorados como el latino. Entre las críticas de LatCrit destacan las que hace a los estereotipos relacionados con la extranjería ilegal que afectan a las personas de rasgos u origen latino. Es decir, que los rasgos físicos de las personas y su manifestación cultural serían suficientes para sospechar que se trata de individuos no ciudadanos. Considera que la *reclusión* de las personas de origen o rasgos latinoamericanos al ámbito del colectivo inmigrante, incluso al de los indocumentados, es una expresión del pensamiento excluyente de la ideología nativista. Hernández Truyol sostiene que esta animadversión nativista basada en la extranjería dirigida contra todas las personas latinas, con independencia de su ciudadanía,

¹³⁴ *Ibíd.*, pp. 133-135.

¹³⁵ 64 F. Supp. 544 (S.D. Cal. 1946), *aff'd*, 161 F.2d 774 (9th Cir. 1947).

¹³⁶ F. P. Aguirre, “Mendez v. Westminster School District: How It Affected Brown v. Board of Education”, *Journal of Hispanic Higher Education*, Vol. 4, n.º 4, October 2005, pp. 322 y ss.

¹³⁷ 347 U.S. 475 (1954).

¹³⁸ B. E. Hernández Truyol, *Op. Cit.*, p. 133.

¹³⁹ 481 U.S. 604 (1987).

¹⁴⁰ 481 U.S. 615 (1987).

se hace evidente en las redadas en Texas.¹⁴¹ Un ejemplo de ello es que la mayoría de las personas que son detenidas, registradas y/o deportadas son consideradas de “aspecto mexicano”.

Los prejuicios contra lo latino o hispano suele apuntar a los nombres de las personas y al acento del inglés. Al respecto, Matsuda considera que la discriminación en el acento juega un papel importante en la cultura de la dominación. Defiende la tolerancia lingüística que es uno de los factores dirigidos a romper con las relaciones de subordinación de colectivos desfavorecidos.¹⁴²

Hernández Truyol sostiene que prevalece la noción esencialista de lo “americano”, excluyendo a los “otros” que parecen extranjeros o hablan como tales, creando así un tipo de “extranjeros” dentro de la misma ciudadanía. Este ideal “americano” excluye a muchos, en especial al colectivo latino que no puede fusionarse en el “melting pot” debido a las consecuencias que implica su membresía desde la perspectiva del color de la piel y carácter latino.¹⁴³ LatCrit está fuertemente arraigada a los postulados de la Teoría Crítica Jurídica, es decir, de la teoría jurídica *outsider*.¹⁴⁴

La extranjería e inmigración vienen planteándoles problemas al constitucionalismo y a la Constitución. La eficacia de esta última se ve cuestionada cuando no es capaz de garantizar los derechos constitucionales íntimamente conectados a la dignidad. Ello ocurre por la flexibilidad del concepto ciudadanía y nacionalidad; una flexibilidad que al estar conectada con la idea de raza pone en duda el estatus de ciudadanía o niega el acceso a la misma. Podríamos señalar que al ser la ciudadanía y la nacionalidad dos categorías maleables, la impronta excluyente que llevan en su genealogía aflora admitiendo nuevas formas de discriminación racial. Por su carácter dúctil, el concepto de ciudadanía tiende a convertir a quienes no lo son en *parias*.¹⁴⁵ Las leyes de extranjería o inmigración apelan a discriminaciones históricas como la racial, generando discapacidades a los excluidos. La mayor parte de los no ciudadanos, al no tener derechos políticos ni económicos, se convierten en grupos sin capacidades, en discapacitados tanto sociales como políticos.¹⁴⁶

En el siglo XXI lo político se sirve del racismo para estructura su discurso que afecta a colectivos que no son responsables de su origen nacional, étnico, religioso, etcétera. Los prejuicios van a nutrir el discurso y los programas de gobierno de los partidos políticos en el denominado juego democrático atacando

¹⁴¹ B. E. Hernández Truyol, Op. Cit., p. 135.

¹⁴² M. J. Matsuda, “Voices of America: Accent, Antidiscrimination Law, and a Jurisprudence for the Last Reconstruction”, *The Yale Law Journal*, Vol. 100, n.º 5, Centennial Issue, 1991, pp. 1329-1407.

¹⁴³ B. E. Hernández Truyol, Op. Cit., p. 147.

¹⁴⁴ E. M. Iglesias y F. Valdés, “Quinto LatCrit: Institucionalización de un futuro posterior a la subordinación”, en M. García Villegas; I.C. Jaramillo Sierra y E. Restrepo Saldarriaga (compiladores), Op. Cit., p. 158.

¹⁴⁵ O. Fiss, “The Immigrant as Pariah”, *Boston Review*, October/November 1998, disponible en: <http://bostonreview.net/archives/BR23.5/Fiss.html> (Consulta: 21/03/2015). Fiss señala que se podría reconocer la distinción entre ciudadanos y no ciudadanos en el ámbito político pero sin convertir a éstos en parias.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

al colectivo inmigrante. El ataque al más débil estaría mermando el carácter garantista de las actuales constituciones.

Conclusiones

El estudio de racial profiling motiva a estudiar la discriminación racial contra los inmigrantes desde una perspectiva histórico-constitucional. Tal como se ha explicado, en los orígenes del constitucionalismo y, en concreto, desde los inicios del constitucionalismo liberal, el factor racial ha venido delimitando el pacto social, sus cláusulas y los contratantes. De ahí que las críticas al constitucionalismo dominante –el constitucionalismo ciego al color– continúen vigentes. De ellas hemos destacado la Teoría Crítica Racial y LatCrit. Ambas estudian la justicia constitucional referida a la discriminación racial.

Los avances de dichas teorías van más allá de la dicotomía racial blanco/negro en lo que a la discriminación racial se refieren y ponen en el debate constitucional a otros colectivos infravalorados como el latino. El perfil racial es un fenómeno preocupante que sirve a las teorías críticas raciales para intentar cuestionar un constitucionalismo que no es inclusivo.

La aplicación de la ley sobre la base de la raza o etnia para realizar averiguaciones respecto de si una persona es inmigrante o indocumentada, pone en entredicho la concepción de una constitución garantista. La aplicación de la norma relativa a la identificación de las personas en el control migratorio debería sustentarse en el comportamiento de la persona y no en su raza o etnia. En la medida que el perfil racial vulnera el principio de la individualización de las conductas tipificadas, no es constitucional. Su práctica habitual viene reflejando una de las manifestaciones más preocupantes de la discriminación racial estructural.

El perfil racial vulnera derechos básicos de las personas tal como lo ha señalado el Comité contra la discriminación racial de la ONU. Esta práctica pone en evidencia la ineficacia de los derechos constitucionales de las personas que por su raza/etnia, aun siendo ciudadanas, ven desprotegidos sus derechos. Esta situación ha generado que se inste al Congreso de los Estados Unidos, sin éxito hasta la fecha, para que apruebe la Ley para la Eliminación de la Clasificación Racial (*End Racial Profiling Act -ERPA*) de 2005.¹⁴⁷ Este Proyecto de Ley busca prohibir que la policía actúe en base a prejuicios raciales. Propiciaría la realización de acciones para erradicar la discriminación racial que impregna la formación y el trabajo de los agentes policiales federales y estatales.¹⁴⁸

Además de esta iniciativa legislativa conviene resaltar las medidas judiciales aplicadas por el juzgado de Maricopa en el caso *Ortega Melendres y otros v. Arpaio*. El juez dictaminó medidas a ser aplicadas a largo plazo (tres años) para prevenir las prácticas de perfil racial por parte de Arpaio y los agentes de su oficina (*Maricopa County Sheriff's Office - MCSO*). Designó un monitor independiente y un Consejo Consultivo de la comunidad para supervisar el cumplimiento de la orden. Este Consejo se reunirá tres veces al año. Estas medidas buscan, también, fomentar la confianza de la ciudadanía frente a MCSO, el diálogo con el monitor

¹⁴⁷ American Civil Liberties Union (ACLU), Op. Cit., p. 19.

¹⁴⁸ S.989 - End Racial Profiling Act of 2001. 107th Congress (2001-2002).

y con los líderes de las comunidades latinas del Condado para recoger las preocupaciones de la comunidad acerca de las prácticas de MCSO que puedan violar las disposiciones de la orden judicial. El Consejo transmitirá las preocupaciones de la comunidad al monitor para su investigación y/o acción. El monitor coordinará las reuniones del Consejo Consultivo de la Comunidad.

En la campaña electoral de 2016 en los Estados Unidos, el representante de los Republicanos, candidato a la Presidencia de los Estados Unidos Donald Trump utilizó el discurso racializado contra la inmigración. Ello se plasmó en su Programa de Gobierno.¹⁴⁹ De su Programa, en materia de inmigración, cabe destacar, entre otras propuestas, la construcción del muro en la frontera sur; suspender la emisión de visas en países donde no existen investigaciones adecuadas de las personas que lo solicitan; e implantar un sistema biométrico de visado que controle eficazmente las entradas y salidas del territorio estadounidense.¹⁵⁰ Tras las elecciones, resultando Trump electo Presidente de los Estados Unidos, éste nominó para el cargo de Fiscal General (Attorney General) a Jeff Sessions, Representante de Alabama, quien en 2006 pronunció un discurso en el Senado en el que consideraba a un grupo de inmigrantes latinos como inútil para la sociedad estadounidense.¹⁵¹ Así, durante las sesiones de debate sobre la reforma migratoria en la segunda legislatura del presidente George W. Bush, su punto de vista excluyente se dirigió a los inmigrantes de la República Dominicana. Señalaba que los que proceden de dicho país no tenían habilidad alguna que pudiera beneficiar a la sociedad estadounidense.¹⁵² Sessions defiende la construcción del muro en la frontera con México y se opone a otorgar visados, incluso a trabajadores extranjeros destacados en el ámbito de la ciencia, las matemáticas y la alta tecnología.¹⁵³

En el sistema interamericano de protección de derechos humanos, en 2013, se aprobó la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, la cual establece como uno de los deberes de los Estados la realización de acciones para eliminar las prácticas fundadas en racial profiling. Tomando en cuenta la vigencia y fuerza normativa de la Constitución así como la normativa internacional, las causas de la práctica constante de racial profiling no tendrían que ver con la ausencia de las garantías normativas de los derechos a nivel interno, ni con la falta de protección en el ámbito internacional; sino que racial profiling parece tener su causa en la discriminación racial estructural que hunde sus raíces en los orígenes del contrato. El derecho al ser una construcción social, necesita de cambios en sus cimientos. ¿Los cambios en las estructuras de una sociedad dividida por la raza requieren, fundamentalmente, del alcance de la igualdad en clave social?

¹⁴⁹ Ver: Donald Trump's Contract with the American Voter, Immigration, <https://www.donaldjtrump.com/policies/immigration/>

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ "Donald Trump's Attorney General Nominee Wrote Off Nearly All Immigrants From An Entire Country", *TheHuffingtonPost.com, Inc*, 19 November, 2016

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ "Acusado de racismo y opuesto a cualquier tipo de inmigración: así es Jeff Sessions, el ultraconservador elegido para ser fiscal general de EE.UU. por Donald Trump", *BBC Mundo*, 18 noviembre 2016.

¿Requieren de las acciones de los poderes públicos para erradicar los prejuicios raciales que impregnan el derecho? Las Teorías Críticas parecen tener la palabra con sus nuevas formulaciones. Nuevas formulaciones dirigidas, tal vez, hacia la construcción de “otro constitucionalismo”.

Bibliografía

- AGUIRRE, Frederick P, “Mendez v. Westminster School District: How It Affected Brown v. Board of Education”, *Journal of Hispanic Higher Education*, Vol. 4, n° 4, October 2005.
- ALONSO GARCÍA, Enrique, “Prólogo”, en Beltrán, Miguel, *Originalismo e Interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Madrid, Civitas, 1989.
- BALIBAR, Etienne, “Universalismo, racismo y sexismo, tensiones ideológicas del capitalismo”, en Wallerstein, Immanuel y Balibar, Etienne, *Raza, Nación y Clase*, IEPALA, Madrid, 1999.
- BETTER, Shirley, *Institutional Racism: A Primer on Theory and Strategies for Social Change*, Maryland, Rowman & Littlefield, 2008.
- BRAZIEL, Jana Evans, "History of Migration and Immigration Laws in the United States", University of Massachusetts Amherst. Department of English and Comparative Literature, Spring 2000. Disponible en: <http://www.umass.edu/complit/aclanet/USMigrat.html>
- CHAFFIN, Latasha, "Racial Profiling: National Legislation Policy Analysis", *SPNA Review*, Vol. 1: Iss. 1, Article 2, 2005. Disponible en: <http://scholarworks.gvsu.edu/spnareview/vol1/iss1/2>
- CHUKWUDI EZE, Emmanuel, “El color de la razón: La idea de "raza" en la antropología de Kant”, en Mignolo, Walter (compilador), *Capitalismo y geopolítica del conocimiento. El eurocentrismo y la filosofía de la liberación en el debate intelectual contemporáneo*, Ediciones del Signo, Buenos Aires, 2001.
- CRENSHAW, Kimberlé W., “Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law”, *German Law Journal*, n° 12, 2011.
- DELGADO, Richard, “The Imperial Scholar: Reflections on a Review of Civil Rights Literature”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 132, 1984.
- DELGADO, Richard y Stefancic, Jean (Edit.), *The Latino/a Condition: A Critical Reader*, NYU Press, 2010.
- FISCHMANN, Roseli, “Los matices de la (des)igualdad”, en *Boletín Género, Raza y Etnia*, Edición 13, octubre de 2010, UNIFEM Brasil, Brasilia.
- FISS, Owen, “Encarcelamiento sin Juicio”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n° 17, Madrid, Iustel, 2011.
- FISS, Owen, “The Immigrant as Pariah”, *Boston Review*, October/November 1998. Disponible en: <http://bostonreview.net/archives/BR23.5/Fiss.html>
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio; Jaramillo Sierra, Isabel Cristina y Restrepo Saldarriaga, Esteban (compiladores), *Crítica Jurídica*, Universidad Nacional de Colombia, Universidad de los Andes, Bogotá, 2007.
- GARAY MONTAÑEZ, Nilda, “La revolución haitiana en los inicios del constitucionalismo: La cuestión de la raza y el sujeto jurídico y político”,

- en *Historia Constitucional*, n° 15, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Universidad de Oviedo, 2014.
- GABBIDON, Shaun L., "Racial Profiling by Store Clerks and Security Personnel in Retail Establishments. An Exploration of "Shopping While Black"", *Journal of Contemporary Criminal Justice*, vol. 19, n° 3, August 2003.
- GARDNER, Trevor y KOHLI, Aarti, "The C.A.P. Effect: Racial Profiling in the ICE Criminal Alien Program", Chief Justice Earl Warren Institute on Race, Ethnicity and Diversity (Warren Institute), UC Berkeley School of Law (Berkeley Law), 2009.
- GEULEN, Christian, *Breve historia del racismo*, Madrid, Alianza, 2007.
- GILMAN, Denise, "El choque de Arizona con los derechos humanos: la Ley SB 1070", en *Anuario de Derechos Humanos*, n° 7, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2011.
- GOTANDA, Neil, "Una crítica a "nuestra Constitución es ciega al color"", en M. García Villegas, Jaramillo Sierra y Restrepo Saldarriaga (compiladores), *Crítica Jurídica*, Universidad Nacional de Colombia, Universidad de los Andes, Bogotá, 2007.
- GREENE, Jamal, "El originalismo de la Enmienda Decimocuarta", en *Isonomía*, n° 38, Instituto Tecnológico Autónomo - ITAM, México, abril, 2013.
- GROSGOUEL, Ramón, "Los dilemas de los estudios étnicos estadounidenses: multiculturalismo identitario, colonización disciplinaria y epistemologías decoloniales", en *Universitas Humanística*, n° 63, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2007.
- HARRIS, Cheryl I., "Whiteness as Property", *Harvard Law Review*, Vol. 106, n° 8, p. 1707, 1993; UCLA School of Law Research Paper No. 06-35. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=927850>
- HASTINGS, Adrián, *La construcción de las nacionalidades*, Cambridge University Press, Madrid, 2000.
- HERNÁNDEZ TRUYOL, Berta Esperanza, "Fronteras (en)gendradas: normatividades latinas, y un paradigma LatCrit", en García Villegas, Jaramillo Sierra, y Restrepo Saldarriaga (compiladores), *Crítica Jurídica*, Universidad Nacional de Colombia, Universidad de los Andes, Bogotá, 2007.
- HIGHAM, John, *Strangers in the land: patterns of American nativism, 1860-1925*, Scholarly Publishing Office, University of Michigan Library, 2002.
- HOCHSCHILD, Jennifer L. y Powell, Brian M., "Racial Reorganization and the United States Census 1850-1930: Mulattoes, Half-Breeds, Mixed Parentage, Hindoos, and the Mexican Race", *Studies in American Political Development*, Cambridge, 2008.
- HOUGHTON, N. D., "The Legal Status of Indian Suffrage in the United States", 19, *California Law Review*, 1931.
- HUNT, Lynn, *La invención de los derechos humanos*, Tusquets, Barcelona, 2009.
- IGLESIAS, Elizabeth M. y Valdés, Francisco, "Quinto LatCrit: Institucionalización de un futuro posterior a la subordinación", en García Villegas, Jaramillo Sierra, y Restrepo Saldarriaga (compiladores), *Crítica*

**Discriminación e inmigración en los Estados Unidos de América.
Análisis del perfil racial desde la perspectiva constitucional**

- Jurídica*, Universidad Nacional de Colombia, Universidad de los Andes, Bogotá, 2007.
- JOHNSON, Kevin R., "How Racial Profiling in America Became the 'Law of the Land': United States v. Brignoni-Ponce and Whren v. United States and the Need for Rebellious Lawyering", *Georgetown Law Journal*, June 22, 2009. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1424183>
- KUZNICKI, Jason, "Never a Neutral State: American Race Relations and Government Power", *The Cato journal*, Vol. 29, Issue 3, Fall 2009.
- LAVEN, David, "Italy", Baycroft, Timothy y Hewitson, Mark (Edit.), *What Is a Nation? Europe 1789-1914*, Oxford University Press, 2006.
- LOPEZ, Mark Hugo; Gonzalez-Barrera, Ana and Motel, Seth, "As Deportations Rise to Record Levels, Most Latinos Oppose Obama's Policy. President's Approval Rating Drops, but He Leads 2012 Rivals", *Pew Research Center*, Hispanic Trends, diciembre de 2011. Disponible en: <http://www.pewhispanic.org/files/2011/12/Deportations-and-Latinos.pdf>
- MATSUDA, Mari J., "Voices of America: Accent, Antidiscrimination Law, and a Jurisprudence for the Last Reconstruction", *The Yale Law Journal*, Vol. 100, n° 5, Centennial Issue, Mar., 1991.
- MILLS, Charles W., "The domination contract", *Meritum*, Revista de Direito da Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte, V. 8, n° 2, jul./dez., 2013.
- MILLS, Charles Wade, "Contract of Breach: Repairing the Racial Contract", Carole Pateman and Charles Mills, *Contract and Domination*, Ch. 4, Polity Press, 2007.
- MILLS, Charles Wade y Pateman, Carole, "Contract and Domination: A Collaborative Debate on Social Contract Theory", *The Robert Penn Warren Center for the Humanities*, Universidad de Vanderbilt, 23 September, 2005. Disponible en: http://www.vanderbilt.edu/rpw_center/Letters/ls06h.htm
- MONTALVO ABIOL, Juan Carlos, "Concepto de orden público en las democracias contemporáneas", *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n° 22, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 2010.
- MOTOMURA, Hiroshi, "Who Belongs?: Immigration Outside the Law and the Idea of Americans in Waiting", (April 2, 2012). 2 UC Irvine Law Review (2012); UCLA School of Law Research Paper n° 12-09.
- NGAI, Mae M., "The Architecture of Race in American Immigration Law: A Reexamination of the Immigration Act of 1924", *The Journal of American History*, Vol. 86, n° 1 (Jun., 1999), Organization of American Historians.
- PEGORARO, Lucio y Pennicino, Sara, "Seguridad y libertad. Hacia la búsqueda de un difícil equilibrio: los derechos de los extranjeros", en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n° 6, Segundo Semestre, Universidad Rey Juan Carlos, 2005.
- PEREA, Juan F., "The Black/White Binary Paradigm of Race: The Normal Science of American Racial Thought", *California Law Review*, 85.5, 1997.

- PREWITT, Kenneth, "What Is Your Race?: The Census and Our Flawed Efforts to Classify Americans", *Princeton University Press*, 2013.
- RATHOD, Jayesh, "Immigrant Labor and the Occupational Safety & Health Regime; Part I: A New Vision for Workplace Regulation", *New York University Review of Law & Social Change*, Vol. 33, nº 4, 2009.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, "El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado social: diez problemas actuales", en *Fundamentos: Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, nº 8, Universidad de Oviedo, Gobierno del Principado de Asturias, 2014.
- RICHARDS, David A. J., *Foundations of American Constitutionalism*, New York, Oxford University Press, 1989.
- RISSE, Mathias y ZECKHAUSER, Richard, "Racial Profiling", *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 32, nº 2, Wiley, Spring, 2004.
- RODRIGUEZ, Clara E., *Changing Race: Latinos, the Census, and the History of Ethnicity in the United States*, NYU Press, 2000
- ROMERO, Mary, "Racial Profiling and Immigration Law Enforcement: Rounding Up of usual suspects in the Latino Community", *Critical Sociology*, V. 32, nº 2, 2006.
- SANTOS VILLARREAL, Gabriel y ÁVILA LOYA, Patricia, "¿La ley SB1070, inicio del endurecimiento de la política estadounidense?", en *Servicios de Investigación y Análisis, Subdirección de Política Exterior*, LXI Legislatura, Cámara de Diputados, México D.F., junio de 2010.
- SHAWHAN, Mark, "'By Virtue of Being Born Here': Birthright Citizenship and the Civil Rights Act of 1866", *Harvard Latino Law Review*, Vol. 15, 2012.
- STAVANS, Illan, *The Hispanic Condition. The Power of a People*, HarperCollins, 2001.
- VALDÉS, Francisco, "Coming Up: New Foundations in LatCrit Theory, Community, and Praxis", *California Western Law Review*, Vol. 48, nº 2, 2011.
- VAN DIJK, Teun, "Racismo y discurso en América Latina: una introducción", en Van Dijk, Teun (coord.), *Racismo y discurso en América Latina*, Barcelona, Gedisa, 2007.
- VAN VOSSOLE, Jonas, "Framing PIGS to clean their own stable", Presented at the 7th ECPR General Conference, Ghent University, Bordeaux, France, 2014. Disponible en: <https://biblio.ugent.be/record/4215403>