

SEÑALES CONTRADICTORIAS: ENTENDER LA REFORMA DE LA INMIGRACIÓN MEDIANTE LA EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN SOBRE INMIGRACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Jill E. Family*

Sumario

- I. Introducción
- II. La Evolución de la legislación sobre inmigración de los Estados Unidos de América (EE.UU.)
 - A. El sistema de selección
 - B. El sistema de resolución
 1. La resolución administrativa
 2. La resolución judicial
 - C. La teoría legal
- III. Debates actuales sobre la reforma de la inmigración relacionados con la evolución de la legislación sobre inmigración de los EE.UU.
 - A. La reforma del sistema de selección
 - B. La reforma de la revisión
 1. La reforma de la resolución administrativa
 2. La reforma de la revisión judicial
- IV. Conclusión

* Jill E. Family, profesora titular de derecho y directora asociada del Law & Government Institute, Widener University School of Law, 3800 Vartan Way, P.O. Box 69382, Harrisburg, Pensilvania 17106, EE.UU., jefamily@widener.edu.

La autora da las gracias a Lenni Benson, Elizabeth Casimiro y Juliet Moringiello. Megan Zimmerman me prestó una ayuda excelente durante la investigación.

Artículo recibido el 17.12.2009. Evaluación ciega: 12.01.2010. Fecha de aceptación de la versión final: 14.01.2010.

I. Introducción

El debate actual de la legislación sobre inmigración de los Estados Unidos es la fase más reciente de una larga evolución.¹ La historia de los Estados Unidos está fuertemente entrelazada con su historia de la inmigración. Al fin y al cabo, los inmigrantes² colonizaron el territorio que llegaría a ser los Estados Unidos, país que ha continuado con la tradición de la inmigración. Muchos norteamericanos son conscientes de sus orígenes inmigrantes. Conocen las historias de emigración de sus padres, abuelos y bisabuelos; conocen la historia de su familia, como y por qué aquel primer miembro de la familia se marchó de casa para establecerse en los Estados Unidos. La evolución de la legislación sobre inmigración en los Estados Unidos refleja una historia de acogida en la cual los inmigrantes han sido invitados. Esta historia de acogida perdura hoy en día. Los Estados Unidos admitieron cerca de un millón de inmigrantes permanentes legales durante el año fiscal de 2008,³ y en el 2006 los nacidos en el extranjero representaban un 12,5% de la población de los Estados Unidos.⁴

Pero, en otras ocasiones, la historia de la legislación sobre inmigración y los Estados Unidos han sido menos acogedores y se han centrado más bien en un control estricto de la inmigración. A lo largo de la historia, los Estados Unidos han promulgado leyes de inmigración que controlan estrictamente el número y el tipo de inmigrantes que son bien recibidos. Es decir, que la historia de la legislación sobre inmigración y de los Estados Unidos transmiten señales contradictorias. Hay una lectura, simbolizada por la estatua de la Libertad, de país acogedor. Pero al mismo tiempo, hay una lectura de control estricto.⁵ La lectura de control se ha visto influida por un temor hacia lo que se perciben como características negativas de los inmigrantes y efectos negativos de la inmigración en los Estados Unidos.⁶

¹ Para más información sobre la historia de la política de inmigración de los EE.UU., véase Daniel J. Tichenor, *Dividing Lines: The Politics of Immigration Control*, Princeton University Press, 2002.

² Este ensayo utiliza el término «inmigrante» en su sentido coloquial, a no ser que se especifique otra cosa.

³ Departamento de Seguridad Interna de los EE.UU., Residentes Permanentes Legales en los EE.UU.: 2008 en 1 (disponible en <<http://www.dhs.gov/files/statistics/publications/yearbook.shtm>>).

⁴ Pew Hispanic Center, *Statistical Portrait of the Foreign-Born Population in the United States, 2006*, <<http://pewhispanic.org/files/factsheets/foreignborn2006/Table-1.pdf>>.

⁵ Este ensayo no analiza porque existe esta lectura contradictoria ni trata la cuestión de la integración de los inmigrantes en la sociedad de los Estados Unidos. Más bien se centra en reconocer la evidencia de la lectura contradictoria en la evolución de la legislación sobre inmigración de los EE.UU. y en reflexionar como esta lectura contradictoria ilustra el debate actual sobre la reforma de la inmigración.

⁶ En 1889, el Tribunal Supremo de los EE.UU. describió las circunstancias que desembocaron en la Ley de exclusión de los chinos, un ejemplo de legislación de control de la inmigración: «Las diferencias de raza contribuían en gran medida a las dificultades de la situación. A pesar de las disposiciones favorables de los nuevos artículos del tratado de 1868, mediante las cuales todos los privilegios, inmunidades y exenciones se ampliaban a los ciudadanos de la China residentes en los Estados Unidos que habían obtenido el estatus de ciudadanos o súbditos de la nación más favorecida, seguían siendo extranjeros en el país, residían aislados del resto, y seguían las costumbres y las tradiciones de su propio país. Parecía imposible que pudieran integrarse con los nuestros, o hacer algún cambio en sus hábitos o modos de vida. Cuando empezaron a crecer en número cada año, los habitantes de la costa vieron, o creyeron ver, en la facilidad de la inmigración y en los millones de habitantes de la China, donde la población ejerce presión sobre los medios de subsistencia, un gran peligro de que en un futuro próximo aquella porción de nuestro país se viera invadida por ellos, a no ser que se adoptaran medidas inmediatas para restringir la inmigración. Aquella gente, por lo tanto, pidió seriamente una legislación protectora.» Chae Chan Ping contra los Estados Unidos (Caso de exclusión de los chinos), 130 U.S. 581, pág. 595 (1889).

Este ensayo sitúa el debate actual sobre la reforma de la inmigración en el contexto de esta evolución contradictoria de la legislación sobre inmigración en los EE.UU. La lectura contradictoria se extiende a los debates políticos actuales. En la parte II, el ensayo ilustra la evolución contradictoria de la legislación sobre inmigración de los EE.UU. en tres áreas clave: el sistema de selección; el sistema de resolución; y la teoría legal en que se basa la regulación federal de la inmigración. En la parte III, el ensayo pone de manifiesto que la lectura contradictoria aparece en los debates actuales sobre el futuro del sistema de selección de la inmigración y el futuro del sistema de resolución sobre inmigración.

II. La evolución de la legislación sobre inmigración de los EE.UU.

La legislación sobre inmigración de los Estados Unidos ha evolucionado en tres áreas clave: el sistema destinado a seleccionar los extranjeros que pueden entrar y quedarse en los Estados Unidos, el sistema destinado a resolver sobre la aplicación del sistema de selección a un individuo en particular y la teoría legal en que se basa la autoridad federal para regular la inmigración. En determinados momentos, la evolución de estas tres áreas ha sido positiva; la evolución evidencia un movimiento hacia un sistema de selección no discriminatorio, un sistema de resolución más formal y una teoría legal un poco más moderna. Sin embargo, este movimiento proviene de unos orígenes con un sistema de selección demasiado racista, un sistema de resolución que fusionaba los roles de juez y fiscal y una teoría legal impregnada de nociones de derecho del siglo XIX. Pero el movimiento en la legislación sobre inmigración de los EE.UU. no siempre ha sido un camino constante hacia adelante. En determinados momentos, la regresión es evidente.

A. El sistema de selección

En el momento de redactar este artículo, la legislación sobre inmigración de los EE.UU. se basaba en una ley parlamentaria promulgada en 1952, la Ley sobre la inmigración y la nacionalidad (INA, por sus siglas en inglés).⁷ Desde entonces se han aprobado numerosas enmiendas importantes a la INA, pero la estructura básica de la legislación sobre inmigración de los EE.UU. sigue tal como la creó el Congreso en 1952.

Esta estructura básica está formada por un sistema de selección, con disposiciones adicionales que rigen la naturalización.⁸ Algunas disposiciones del sistema de selección fijan los límites del sistema de selección y otros rigen su aplicación.⁹ Las disposiciones de aplicación rigen a los individuos que se presentan en la frontera buscando la entrada legal, pero que no tienen derecho, según el sistema de selección, los que se encuentran en el país que no han entrado mediante el sistema de selección legal, y los que pueden haber cometido un acto que invalida su

⁷ Ley sobre la inmigración y la nacionalidad de 1952, Pub. L. n.º. 82-414, 66 Stat. 163.

⁸ 8 U.S.C. §§ 1101 y ss. (2009).

⁹ Véase, p. ej., 8 U.S.C. §§ 1151-1160, 1182, 1227. La estructura de aplicación frena a los que buscan la entrada legal. Estos individuos están sometidos a un test de admisibilidad. La estructura de aplicación también frena el comportamiento de los no ciudadanos que ya han entrado en los Estados Unidos legalmente. Estos individuos están sometidos a un test de deportabilidad.

selección legal previa. En virtud de la INA, todas estas circunstancias pueden llevar a la expulsión de un extranjero.¹⁰

El sistema de selección supone que aquél que quiere entrar a los Estados Unidos pretende permanecer permanentemente y tiene que cumplir los estrictos requisitos de entrada de un residente permanente legal (titular de la *tarjeta verde*).¹¹ Sin embargo, un individuo que sólo pretende entrar temporalmente tiene la oportunidad de demostrar que pertenece a una de las categorías legales establecidas (fijadas por el Congreso) de entrada temporal.¹² En virtud de la Ley, una persona que pretende permanecer permanentemente es un *inmigrante*, mientras que uno que entra temporalmente es un *no inmigrante*.¹³ Existen diferentes categorías de entrada permanente y temporal.

La entrada permanente se basa principalmente en la familia que tiene derecho o en una relación laboral.¹⁴ El sistema de selección para una entrada permanente está restringido por unos límites numéricos anuales globales, junto con unos límites por categoría y generalmente aplicables por país.¹⁵ Por ejemplo, si un individuo solicita la residencia permanente como cónyuge de un residente permanente legal, el solicitante tiene que pertenecer a una cuota global anual, la cual se aplica a la categoría de cónyuges de residentes permanentes legales y que, además, puede estar sujeta a una cuota por país¹⁶ aplicable al país de origen del cónyuge. No obstante, algunas categorías de entrada permanente están exentas de los requisitos de cuotas, como por ejemplo los cónyuges de ciudadanos de los Estados Unidos.¹⁷

Las principales categorías de no inmigrantes hacen referencia al trabajo temporal, al turismo y a los estudios.¹⁸ Cada categoría de entrada de no inmigrantes puede tener sus propias cuotas. Por ejemplo, el número de trabajadores temporales H-1 B tiene un límite anual.¹⁹

Desde 1952, la INA ha evolucionado para convertirse en más y menos acogedora al mismo tiempo. El Congreso ha introducido diversas modificaciones al sistema de selección que reflejan la lectura de acogida. Estas modificaciones incluyen la eliminación del sistema de cuotas por origen nacional, la eliminación de restricciones descaradamente racistas a la inmigración asiática y un incremento en los volúmenes de inmigración legal.²⁰ Pero también hay evidencias de un deseo de control más estricto. El Congreso ha ampliado las categorías de actividades

¹⁰ En virtud de la terminología legal, una persona que es inadmisibile o deportable, está sometida a la expulsión de los Estados Unidos. Aunque hoy en día el término *deportación* persiste, la terminología legal hace referencia a la expulsión.

¹¹ 8 U.S.C. § 1101(a)(15).

¹² 8 U.S.C. § 1101(a)(15)(A)-(V).

¹³ 8 U.S.C. § 1101(a)(15). Por lo tanto, el término «inmigrante» en el contexto de la Ley se refiere sólo a los residentes permanentes legales y no a todos los extranjeros.

¹⁴ 8 U.S.C. § 1153(a)-(b). Hay otras maneras de obtener un estatus permanente legal. Véase., p. ej., 8 U.S.C. § 1158 (que establece un procedimiento para solicitar el estatus de refugiado, que puede derivar en un estatus permanente legal); 8 U.S.C. § 1153(c) (que establece un programa de lotería de diversificación que distribuye estatus permanentes legales).

¹⁵ 8 U.S.C. § 1151, 1152.

¹⁶ El Congreso ha eximido el 75 % de esta categoría de inmigración basada en la familia de la limitación por país. 8 U.S.C. § 1152(a)(4).

¹⁷ 8 U.S.C. § 1151(b). Estas exenciones explican porque el número total de inmigrantes permanentes legales admitidos por año puede superar la cuota anual.

¹⁸ 8 U.S.C. § 1101(a)(15)(B), 8 U.S.C. § 1101(a)(15)(F), 8 U.S.C. § 1101(a)(15)(H).

¹⁹ 8 U.S.C. § 1184(g)(1)(A).

²⁰ Este ensayo analiza algunos ejemplos de la lectura contradictoria de acogida y de control estricto. Existen otros ejemplos, pero este ensayo no pretende analizarlos todos.

que provocan la expulsión, y ha puesto más trabas a la revisión judicial de las acciones relativas a la inmigración del poder ejecutivo. Esta limitación del papel de los tribunales federales independientes requiere atención según la tradición de separación de poderes de los Estados Unidos. Además, en respuesta a los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, actualmente las leyes sobre inmigración se administran con gran prudencia y recelo.

El sistema de selección de la INA promulgado continuó la tradición de las cuotas de orígenes nacionales.²¹ El Congreso promulgó por primera vez estas cuotas de inmigrantes anuales en 1921 y las hizo permanentes en 1924.²² La cuota anual de una nacionalidad concreta se basaba en el número de individuos de aquella nacionalidad que residían en los Estados Unidos desde 1890.²³ La justificación para aplicar estas cuotas de orígenes nacionales era mantener una diversidad específica de nacionalidades en los Estados Unidos.²⁴ Con el establecimiento de estas cuotas de orígenes nacionales, el Congreso expresaba su preferencia por un determinado tipo de inmigrante, el del norte de Europa. Hubo presiones en el interior del país para restringir nuevos tipos de inmigrantes (los del este y el sur de Europa) y el Congreso respondió con el sistema de cuotas de orígenes nacionales. Estas presiones a favor de las restricciones afirmaban que la inferioridad biológica y racial de los europeos orientales y sureños exigía cuotas para preservar las características anglosajonas de los Estados Unidos.²⁵ Las cuotas de orígenes nacionales limitaban rigurosamente el número de inmigrantes del este y el sur de Europa, porque estas nacionalidades no formaban una parte importante de la población de los EE.UU. en 1890.²⁶

En 1965, el Congreso eliminó las cuotas de orígenes nacionales, así como todas las otras cuotas que distinguían razas o regiones geográficas concretas.²⁷ La Ley de 1965 sustituía el sistema de orígenes nacionales por una cuota numérica anual global y una cuota idéntica por país, independientemente del país de emisión.²⁸ Sin embargo, esta Ley de 1965 también contenía elementos de control. Aplicaba nuevas cuotas a la inmigración del hemisferio occidental, México incluido.²⁹

Existe un precedente a las cuotas de orígenes nacionales para limitar el tipo de acogida de inmigrantes a los Estados Unidos. Ya en el siglo XIX, los Estados Unidos promulgaron leyes destinadas a evitar la inmigración en los Estados Unidos desde Asia. Por ejemplo, la Ley de exclusión de los chinos de 1882 eliminaba la futura inmigración de trabajadores chinos, y en 1888 esta prohibición se extendió a prohibir incluso la reentrada de residentes chinos previamente legales que habían abandonado temporalmente los Estados Unidos.³⁰ Como explicó el Tribunal Supremo de los EE.UU., los que proponían estas restricciones consideraban que los chinos eran incapaces de

²¹ Ley sobre la inmigración y la nacionalidad de 1952, Pub. L. n.º. 82-414, § 201, 66 Stat. 163.

²² Tichenor, *Dividing Lines*, pág. 143-146.

²³ Tichenor, *Dividing Lines*, pág. 145.

²⁴ Tichenor, *Dividing Lines*, pág. 143-146; Mae M. Ngai, *Impossible Subjects: Illegal Aliens and the Making of Modern America*, Princeton University Press, 2004, pág. 21-23.

²⁵ Tichenor, *Dividing Lines*, pág. 143-144. Había otras motivaciones aparte de la raza, como el temor económico y los problemas de seguridad nacional. Tichenor, *Dividing Lines*, pág. 146-149.

²⁶ Tichenor, *Dividing Lines*, pág. 143-144, 146-149.

²⁷ Ley sobre la inmigración de 1965, Pub. L. n.º. 89-236, 79 Stat. 911. Véase también Ngai, *Impossible Subjects*, pág. 227; Gabriel J. Chin, *The Civil Rights Revolution Comes to Immigration Law: A New Look at the Immigration and Nationality Act of 1965*, 75 N.C. L. Rev. 273 (1996).

²⁸ Ley sobre la inmigración de 1965, Pub. L. n.º. 89-236, §§ 2, 3, 79 Stat. 911.

²⁹ Ley sobre la inmigración de 1965, §§ 2, 3. La INA de 1952 había excluido a los inmigrantes del hemisferio occidental del sistema de cuotas de orígenes nacionales. Tichenor, *Dividing Lines*, pág. 146. Para más análisis sobre el desarrollo de las cuotas del hemisferio occidental a la Ley sobre inmigración de 1965, véase Ngai, *Impossible Subjects*, pág. 254-258.

³⁰ Chae Chan Ping contra los Estados Unidos (Caso de exclusión de los chinos), 130 U.S. 581, pág. 582 (1889).

integrarse y temían que los Estados Unidos acabaran «invadidos» por inmigrantes chinos.³¹ En 1924, el Congreso prohibió efectivamente cualquier inmigración asiática.³² En un gesto amable, el Congreso eliminó la prohibición a la inmigración asiática cuando promulgó la INA en 1952.³³ Pero al mismo tiempo, ejerció un control al restringir el número de asiáticos a sólo un número simbólico de cuotas.³⁴

Como ya se ha descrito más arriba, las enmiendas de 1965 a la INA aplicaban cuotas mundiales a la inmigración y eliminaban las restricciones basadas en la raza o el país.³⁵ Dos ejemplos importantes de apertura de las cuotas mundiales después de 1965 reflejan mejor la lectura de acogida. El primero es que el Congreso estableció un programa de legalización en 1986. Para los extranjeros que residían ilegalmente en los Estados Unidos, este programa constituía una manera de legalizar su estatus.³⁶ Eso constituyó una relajación única de las cuotas anuales. El segundo es que en 1990, el Congreso decidió quitar presión a las cuotas anuales y promulgó una legislación que, entre otras cosas, aumentaba permanentemente los límites numéricos mundiales.³⁷ Los Estados Unidos ahora permiten la admisión de entre 416.000 y 675.000 inmigrantes permanentes fuera de cuota exentos cada año.³⁸

Aunque estas iniciativas de expansión son coherentes con la lectura de acogida, al mismo tiempo también demuestran un deseo de control. El Congreso estableció el programa de legalización de 1986 conjuntamente con sanciones contra los empleados que aplicaban prácticas de contratación contrarias a la legislación sobre inmigración.³⁹ La Ley de 1990 limitaba el acceso de los inmigrantes a los tribunales para impugnar la aplicación del sistema de selección a un individuo concreto.⁴⁰ Aunque la Ley de 1990 aumentaba los límites numéricos mundiales, las cuotas resultantes se deben considerar en el contexto de una población norteamericana de 308 millones.⁴¹ Finalmente, el hecho de poder acceder a las oportunidades legales de inmigración que ofrecen estas iniciativas requiere saber moverse en unos procesos de aplicación confusos que permiten al Gobierno ejercer un control basado en el procedimiento.⁴²

³¹ Chae Chan Ping contra los Estados Unidos (Caso de exclusión de los chinos), pág. 595.

³² Tichenor, *Dividing Lines*, pág. 145; Ngai, *Impossible Subjects*, pág. 37; Chin, *The Civil Rights Revolution*, pág. 281-287.

³³ La Ley también eliminaba la prohibición a la naturalización de los asiáticos. Chin, *The Civil Rights Revolution*, pág. 282-287.

³⁴ Ley sobre la inmigración y la nacionalidad de 1952, Pub. L. n.º. 82-414, § 202(b), 66 Stat. 163.

³⁵ La eliminación de este tipo de restricciones no elimina el papel de la raza en las políticas de inmigración. Una política en apariencia neutral podría tener un impacto dispar, por ejemplo. De todos modos, la implementación de una política aparentemente neutral constituye un avance esperanzador.

³⁶ Ley sobre la reforma y el control de la inmigración de 1986, Pub. L. n.º. 99-603, § 201, 100 Stat. 3359.

³⁷ Ley sobre la inmigración de 1990, Pub. L. n.º. 101-649, § 101, 104 Stat. 4978.

³⁸ Departamento de Seguridad Interna de los EE.UU., Residentes Permanentes Legales en los EE.UU., 2008, pág. 1 (disponible en <<http://www.dhs.gov/files/statistics/publications/yearbook.shtm>>). Existe un cálculo complicado para llegar a la cifra exacta, pág. 6. Esta cifra excluye las categorías exentas de cuotas, como los cónyuges de ciudadanos de los Estados Unidos, véase pág. 2. En el año fiscal 2008, los Estados Unidos admitieron cerca de un millón de inmigrantes permanentes, incluyendo los exentos de cuotas, véase pág. 1.

³⁹ Ley sobre la reforma y el control de la inmigración de 1986, Pub. L. n.º. 99-603, § 101, 100 Stat. 3359.

⁴⁰ Ley sobre la inmigración de 1990, Pub. L. n.º. 101-649, § 502, 104 Stat. 4978.

⁴¹ Estas cifras también se tienen que considerar en el contexto de los requisitos impuestos para conseguir un número cuotas. Por ejemplo, algunas categorías basadas en el trabajo requieren un certificado laboral del Departamento de Trabajo de los EE.UU. Este certificado está diseñado para controlar la inmigración y proteger a los trabajadores norteamericanos, si bien su efectividad es debatible. Véase Lenni B. Benson, *The Myth of the Alien Labor Certification*, Cross-Border Human Resources, Labor and Employment Issues (Andrew P. Morris & Samuel Estreicher ed.), 2005.

⁴² Lenni B. Benson, *Breaking Bureaucratic Borders: A Necessary Step Toward Immigration Law Reform*, 54 *Administrative L. Rev.* 203 (2002) (describe las fronteras del proceso de resoluciones sobre inmigración).

Aparte de las cuestiones de control de estas iniciativas de acogida, se observan otras manifestaciones recientes de la lectura de control. En 1996, el Congreso enmendó la INA para ejercer todavía más control a través de la Ley de la reforma de la inmigración ilegal y de responsabilidad de los inmigrantes (IIRIRA, por sus siglas en inglés), aprobada por el Congreso en 1996. Además, las enmiendas a la administración del sistema de selección que se produjeron después del 11 de septiembre de 2001, son una muestra de un control estricto.

Las enmiendas a la INA aprobadas por el Congreso en 1996 a través de la IIRIRA hacen más inflexible e implacable el sistema de selección.⁴³ Por ejemplo, la legislación de 1996 ampliaba la definición legal de «delito con agravantes».⁴⁴ Es un término específico de la inmigración. El Congreso definió este término en la INA e incluyó una lista de delitos.⁴⁵ Es decir, que el Congreso determina qué delitos se consideran delitos con agravantes a efectos de la inmigración. En 1996, el Congreso añadió delitos a la lista de los que están identificados legalmente como delitos con agravantes.⁴⁶ Estos delitos no necesariamente son con agravantes o graves.⁴⁷ Si se considera que un extranjero es culpable de un delito con agravantes, tal como lo define la INA, este individuo puede ser expulsado de los Estados Unidos y no tendrá derecho a la mayor parte de las formas de evitar de la expulsión.⁴⁸

La legislación de 1996 también complicaba bastante el hecho de poder impugnar la aplicación del poder ejecutivo, a través de la decisión judicial individualizada, del sistema de selección y sus mecanismos de aplicación correspondientes.⁴⁹ Mediante esta legislación, el Congreso decretaba limitaciones considerables a la revisión judicial.⁵⁰ Algunas de estas restricciones importantes son una disposición que prohíbe la revisión de cuestiones de hecho en determinados casos y una restricción de la revisión de muchas decisiones administrativas discrecionales.⁵¹ Estas restricciones son contrarias a la tradicional separación de poderes de los EE.UU., donde la revisión judicial independiente de las acciones administrativas del poder ejecutivo actúa como control del poder ejecutivo. Dado que el Congreso no realiza una supervisión diaria de las actividades de los órganos ejecutivos, los tribunales federales son la única salida posible para llevar a cabo una revisión individualizada de una decisión de un órgano. Restringiendo el papel de los tribunales federales en la revisión de la administración del sistema de selección por el poder ejecutivo, el Congreso excluye a muchos inmigrantes del sistema de los tribunales federales, y por lo tanto de la tradicional revisión independiente.

La reacción después de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 también ilustra un deseo de ejercer un control estricto sobre el sistema de selección.⁵² Los ataques impulsaron un sentimiento profundo de prudencia y recelo hacia la política de inmigración de los EE.UU. Por ejemplo, aumentaron las detenciones de

⁴³ Ley sobre la reforma de la inmigración ilegal y de responsabilidad de los inmigrantes de 1996, Pub. L. n.º. 104-208, 110 Stat. 3009-546.

⁴⁴ Nancy Morawetz, *Rethinking Retroactive Deportation Laws and the Due Process Clause*, 73 N.Y.U. L. Rev. 97, pág. 113 (1998).

⁴⁵ 8 U.S.C. § 1101(a)(43).

⁴⁶ Morawetz, *Rethinking Retroactive Deportation Laws*, pág. 113.

⁴⁷ Por ejemplo, un delito de robo que comporta un periodo de encarcelamiento de un año o más, independientemente de una posible suspensión de la sentencia, es un delito con agravantes. 8 U.S.C. § 1101(a)(43)(G); 8 U.S.C. § 1101(a)(48)(B).

⁴⁸ 8 U.S.C. § 1227(a)(2)(A)(iii); 8 U.S.C. § 1229b(a)(3); 8 U.S.C. § 1229c(a)(1).

⁴⁹ Leni B. Benson, *The New World of Judicial Review of Removal Orders*, 12 Geo. Immigr. L. J., pág. 233 (1998).

⁵⁰ Jill E. Family, *Threats to the Future of the Immigration Class Action*, 27 Wash. U. J. L. & Pol'y 71, pág. 82-83 (2008).

⁵¹ 8 U.S.C. § 1252(a)(2); Family, *Threats to the Future of the Immigration Class Action*, pág. 82-83.

⁵² No es la primera vez que los Estados Unidos han establecido controles de inmigración en respuesta a una amenaza de la seguridad nacional. Véase Daniel Kanstroom, *Deportation Nation: Outsiders in American History*, Harvard University Press, 2007, pág. 49-55, 136-141, 145-155 y 186-213; David Cole, *Enemy Aliens*, 54 Stan. L. Rev. 953, pág. 989-994 (2002).

extranjeros, incluyendo las detenciones relacionadas con el terrorismo.⁵³ El Gobierno estableció el programa del Sistema de Registro de Entrada-Salida de la Seguridad Nacional (NSEERS, por sus siglas en inglés), que exigía a determinados no inmigrantes un registro especial con el Gobierno.⁵⁴ Los nuevos requisitos de información de los estudiantes extranjeros también se adoptaron como respuesta a los ataques.⁵⁵ Adicionalmente, la actitud de prudencia y recelo provocó que se recogieran más datos biométricos en la frontera.⁵⁶

La evolución del sistema de selección refleja una lectura contradictoria de acogida y de control estricto. Las cuotas de orígenes nacionales ya no existen y las prohibiciones a la inmigración asiática se han revocado. El Congreso ha aumentado las cuotas de inmigración y ha establecido un programa de legalización. No obstante, la evolución del sistema de selección también evidencia un deseo de controles más estrictos, especialmente con respecto a la aplicación del sistema de selección. La Ley de 1996 hizo más inflexible y severa la INA porque ampliaba los motivos de expulsión y limitaba la disponibilidad de una revisión judicial. Además, las políticas decretadas después del 11 de septiembre de 2001 han imbuido un sentimiento de prudencia y recelo. Así, en ciertos momentos, la legislación sobre inmigración en los EE.UU. se ha decantado por un sistema más acogedor, pero en otros decide consolidar controles más estrictos. De hecho, no es inusual que algunas partes de la legislación contengan características de acogida y de control al mismo tiempo. Esta evolución contradictoria del sistema de selección nos ayuda a entender el debate político actual sobre el sistema de selección, como se explica en la parte III.

B. El sistema de resolución

1. La resolución administrativa

La estructura de la resolución sobre inmigración ha evolucionado para convertirse en más formal y exigir una mayor separación de las funciones de aplicación y resolución, pero los jueces de inmigración no tienen independencia decisoria.⁵⁷ Es loable el desarrollo de un sistema más formal con más protecciones para aquellos inmigrantes que recurren, pero el sistema que se ha desarrollado todavía está subordinado a un funcionario encargado de la aplicación de la ley de designación política. Esta subordinación está vinculada a la falta de

⁵³ Susan M. Akram y Maritza Karmely, *Immigration and Constitutional Consequences of Post-9/11 Policies Involving Arabs and Muslims in the United States: ¿Is Alienage a Distinction Without a Difference?*, 38 U.C. Davis L. Rev. 609, pág. 620-632 (2005).

⁵⁴ *Registration and Monitoring of Certain Nonimmigrants*, 67 Reg. Fed. 52,584 (12 de agosto de 2002).

⁵⁵ *Visas: Documentation of Nonimmigrants Under the Immigration and Nationality Act, as Amended: Student and Exchange Visitor Information System (SEVIS)*, 68 Reg. Fed. 28,129 (23 de mayo de 2003).

⁵⁶ Departamento de Seguridad Nacional, *Enhancing Security Through Biometric Identification* (diciembre de 2008). (Disponible en <http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/usvisit/usvisit_edu_biometrics_brochure_english.pdf>.)

⁵⁷ Aquí adopto el planteamiento del profesor Stephen Legomsky respecto de un tipo de limitación sobre la independencia decisoria. El profesor Legomsky ha explorado «la amenaza de consecuencias personales para el juez» en el contexto de la resolución sobre inmigración. Stephen H. Legomsky, *Deportation and the War on Independence*, 91 Cornell L. Rev. 369, pág. 389 (2006). El profesor Legomsky describió: «Según esta limitación, se supone que es un caso en que la ley permite claramente que el juez decida, y ningún superior tiene la intención de dictar directamente el resultado del caso, pero hay amenazas generales, reales o percibidas, que las decisiones que desagradan a una autoridad ejecutiva podrían suponer un riesgo profesional para el juez.» El profesor Legomsky ha argumentado que la independencia decisoria es necesaria, como mínimo, en algún punto del sistema de resolución sobre inmigración para sostener el estado de derecho, pág. 386, 394-401 y 403.

independencia decisoria. La existencia de un sistema de resolución mejorado que carezca de independencia decisoria contribuye a la lectura contradictoria de la legislación sobre inmigración de los EE.UU.

Para entender hasta donde ha llegado la resolución sobre inmigración hace falta remontarse a los inicios informales, donde era común la mezcla de aplicación y resolución. Según la Ley de la inmigración de 1907, las responsabilidades laborales de un inspector ejecutivo de primera línea incluían hacer de investigador y de juez de apelación.⁵⁸ Además, en los primeros juicios de deportación, el inspector jefe solía presentar el caso de deportación al Gobierno, y éste decidía.⁵⁹

Partiendo de estos inicios, la resolución sobre inmigración ha adoptado diversas medidas para alejarse de la investigación. Esta mayor separación de funciones ha hecho que el sistema sea más formal, con actores que ejercen cargos más definidos. Posiblemente, este incremento también ha hecho que el sistema sea más justo, ya que los jueces no investigadores pueden tener un papel más objetivo.

La creación de la Junta de Apelaciones de Inmigración [la Junta] en 1940 representó un movimiento hacia un sistema más formal con una mayor separación de funciones.⁶⁰ En 1940, el Departamento de Justicia se hizo cargo de la supervisión de las leyes de inmigración del país, incluyendo la resolución. El Fiscal General, como jefe del Departamento de Justicia, creó la Junta de Apelaciones de Inmigración como herramienta de ayuda en la resolución de casos de inmigración.⁶¹ La Junta es un tribunal de revisión administrativa creado para oír las apelaciones de las decisiones administrativas iniciales. Los empleados son individuos con la única función de resolver casos.

Aunque la creación de la Junta fue un movimiento hacia una mayor separación de funciones, hoy todavía no tiene la independencia decisoria del fiscal general, el máximo funcionario del país encargado de la aplicación de la Ley y un funcionario de designación política.⁶² El fiscal general de los Estados Unidos creó la Junta mediante un reglamento federal.⁶³ No existe ninguna orden legal (del Congreso) que dé apoyo a la Junta. Ésta sigue existiendo hoy a discreción del Fiscal General, el cual, además, mantiene la capacidad de anular las decisiones de la Junta.⁶⁴ La supervisión de la aplicación de la Ley, en determinadas ocasiones, puede formar parte de los propósitos de un órgano de resolución objetivo.⁶⁵

Los primeros jueces también se beneficiaban de una mayor separación de funciones. Un juez de inmigración preside la vista inicial destinada a resolver si un determinado extranjero debe ser expulsado de los Estados Unidos.⁶⁶

⁵⁸ Pub. L. n.º. 59-97 § 25, 34 Stat. 898 (1907). Los niveles de apelación adicionales incluían una apelación al comisario del puerto de entrada, una apelación al comisario de Inmigración y finalmente una apelación al secretario de Comercio y Trabajo. Para una discusión sobre la historia de la adjudicación de inmigración administrativa, véase Michael J. Churgin, *Immigration Internal Decisionmaking: A View from History*, 78 Tex. L. Rev. 1633 (2000).

⁵⁹ Wong Yang Sung contra McGrath, 339 U.S. 33, pág. 45-46 (1950). Véase también Sidney B. Rawitz, *From Wong Yang Sung to Black Robes*, 17 Interp. Releases 453, pág. 454 (1988); Maurice A. Roberts, *Proposed: A Specialized Statutory Immigration Court*, 18 San Diego L. Rev. 1, pág. 7 (1980-1981).

⁶⁰ Maurice A. Roberts, *The Board of Immigration Appeals: A Critical Appraisal*, 15 San Diego L. Rev. 29, pág. 33-34 (1977-1978). La Junta de Apelaciones de Inmigración es el fruto de diversas representaciones de una junta de revisión consultiva que asistía al secretario de Trabajo, el cual era entonces responsable de supervisar las leyes de inmigración del país.

⁶¹ Maurice A. Roberts, *The Board of Immigration Appeals*, pág. 34.

⁶² Legomsky, *Deportation and the War on Independence*, pág. 371-385.

⁶³ 8 C.F.R. § 1003.1 (2009).

⁶⁴ 8 C.F.R. § 1003.1(h).

⁶⁵ Legomsky, *Deportation and the War on Independence*, pág. 376-77.

⁶⁶ 8 C.F.R. § 1003.10 (2009).

Los jueces de inmigración son los herederos de los inspectores jefe antes mencionados, pero ya no tienen que presentar el caso al Gobierno. Sin embargo, son empleados del fiscal general, y comparten una falta de independencia decisoria con los miembros de la Junta.⁶⁷

Aunque los miembros de la Junta y los jueces de inmigración dependen del Departamento de Justicia, tienen su propia entidad dentro del Departamento de Justicia. Aunque al fin y al cabo son responsables ante el fiscal general, esta entidad es una mejora respecto de una antigua estructura administrativa en la cual un supervisor inmediato, por debajo del nivel del fiscal general, supervisaba tanto la investigación como la resolución sobre inmigración. En 1983, el fiscal general creó la Oficina Ejecutiva de Revisión de la Inmigración [EOIR, por sus siglas en inglés] dentro del Departamento de Justicia.⁶⁸ El EOIR engloba la Junta de Apelaciones de Inmigración y los jueces de inmigración. Con la creación del EOIR, se separaron todavía más las funciones de resolución sobre inmigración de las de investigación, ya que eliminaba la supervisión de la adjudicación por parte de un funcionario de investigación, pero ambas funciones seguían en el mismo órgano de aplicación de la Ley, el Departamento de Justicia. Además, los miembros de la Junta de Apelaciones de Inmigración y los jueces de inmigración seguían dependiendo del fiscal general.

Hubo una mayor separación de funciones en el 2003, cuando la supervisión de las leyes de inmigración del país se trasladó al nuevo Departamento de Seguridad Nacional.⁶⁹ El EOIR permaneció en el Departamento de Justicia.⁷⁰ Por lo tanto, después del 2003, la resolución sobre inmigración ya no se encontraba en el mismo órgano que la investigación sobre inmigración. Sin embargo, los miembros de la Junta y los jueces de inmigración seguían dependiendo del fiscal general, el máximo funcionario encargado de la aplicación de la Ley.

Esta evolución pone de manifiesto que la separación de funciones se ha ido incrementando a lo largo de la historia de la resolución sobre inmigración. No obstante, esta evolución también pone de manifiesto que los jueces de inmigración siguen dependiendo de un funcionario encargado de la aplicación de la ley de designación política. Por lo tanto, incluso el sistema de resolución es contradictorio. A pesar de las mejoras, todavía se encuentra bajo el dominio de un funcionario encargado de la aplicación de la ley de designación política.

El vínculo entre la supervisión del fiscal general y la falta de independencia decisoria se ejemplariza mejor con dos controversias que se produjeron durante la Administración del presidente George W. Bush. La primera está protagonizada por el fiscal general John Ashcroft, que utilizaba su poder sobre las resoluciones en materia de inmigración para despedir a miembros de la Junta de Apelaciones de Inmigración. La segunda, por la Administración Bush, que utilizaba su poder sobre la contratación de jueces de inmigración para contratar a nuevos jueces basándose en la lealtad política en vez de en la cualificación profesional.

⁶⁷ *Authorities Delegated to the Director of the EOIR, and the Chief Immigration Judge*, 72 Reg. Fed. 53,673 (20 de septiembre de 2007) (explica que los jueces de inmigración son «fiscales del Departamento de Justicia nombrados por el fiscal general para realizar estos juicios, y sujetos a la dirección y el control del fiscal general»); Legomsky, *Deportation and the War on Independence*, pág. 372-375.

⁶⁸ *Organization of the Department of Justice Executive Office for Immigration Matters*, 52 Reg. Fed. 44971 (24 de noviembre de 1987).

⁶⁹ Ley de seguridad nacional de 2002, Pub. L. n.º. 107-296 § 101, título IV, 116 Stat. 2135.

⁷⁰ Ley de seguridad nacional de 2002, Pub. L. n.º. 107-296, título IV.

Hay indicios que en el 2003, el fiscal general Ashcroft despidió a los miembros de la Junta que tomaban decisiones más favorables hacia los extranjeros.⁷¹ El presidente de la Asociación Nacional de Jueces de Inmigración ha explicado que los jueces de inmigración consideraban que los despidos de la Junta tenían una motivación política y servían de advertencia a los jueces de inmigración.⁷² Este juez de inmigración tildó las acciones del fiscal general de «reducción de plantilla selectiva» y mencionó un «efecto intimidatorio» de los despidos.⁷³ Como empleados del fiscal general, los jueces de inmigración sentían una presión política en sus decisiones.

Este proceso de contratación politizado también ha puesto de manifiesto la fragilidad de la resolución sobre inmigración. La Oficina de Responsabilidad Profesional del Departamento de Justicia de los EE.UU. y el Inspector General del Departamento de Justicia de los EE.UU. emitieron un informe que detallaba la politización ilegal de la contratación de los cargos de juez de inmigración durante la Administración Bush.⁷⁴ Los jueces de inmigración ocupan cargos de funcionariado de carrera.⁷⁵ No son cargos puramente políticos.⁷⁶ El informe concluía que los miembros de la Administración Bush violaban las leyes del funcionariado y la política departamental por el hecho de seleccionar candidatos para los cargos de juez de inmigración basándose en vínculos políticos y recomendaciones en vez de cualificaciones profesionales.⁷⁷ En ciertas ocasiones, se habían hecho contrataciones sobre una base de recomendaciones políticas sin entrevistas ni una revisión por parte de los especialistas en resoluciones sobre inmigración del Departamento.⁷⁸ Además, los que eran seleccionados con experiencia en legislación sobre inmigración «eran fiscales u ocupaban otros cargos de aplicación de la inmigración» en vez de tener experiencia en la representación de los intereses de los extranjeros.⁷⁹ La contratación de jueces sobre la base de lealtades políticas transmitía un mensaje al resto de jueces que aquéllos que actuaran en sintonía con el fiscal general serían recompensados.

Mediante los despidos de la Junta y la contratación politizada, la Administración Bush puso de manifiesto la falta de independencia decisoria de los jueces de inmigración. Estas acciones evidencian el estado frágil y contradictorio de la resolución sobre inmigración, a pesar de sus avances respecto del inicio.

2. La revisión judicial

Los jueces de inmigración y la Junta conforman la resolución sobre inmigración a nivel administrativo. La evolución de la función de los tribunales federales constitucionalmente independientes según el artículo III⁸⁰ revela

⁷¹ Peter J. Levinson, *The Façade of Quasi-Judicial Independence in Immigration Appellate Adjudications*, 9 *Bender's Immigr. Bull.* 1154 (1 de octubre de 2004); Legomsky, *Deportation and the War on Independence*, pág. 376.

⁷² Dana Leigh Marks, *An Urgent Priority: Why Congress Should Establish an Article I Immigration Court*, 13 *Bender's Immigr. Bull.* 3, pág. 11 (1 de enero de 2008).

⁷³ Dana Leigh Marks, *An Urgent Priority*, pág. 11 y 14.

⁷⁴ Departamento de Justicia de los EE.UU., *An Investigation of Allegations of Politicized Hiring by Monica Goodling and other Staff in the Office of the Attorney General* (28 de julio de 2008).

⁷⁵ Departamento de Justicia de los EE.UU., *An Investigation of Allegations of Politicized Hiring*, pág. 70.

⁷⁶ Departamento de Justicia de los EE.UU., *An Investigation of Allegations of Politicized Hiring*, pág. 11-15.

⁷⁷ Departamento de Justicia de los EE.UU., *An Investigation of Allegations of Politicized Hiring*, pág. 115.

⁷⁸ Departamento de Justicia de los EE.UU., *An Investigation of Allegations of Politicized Hiring*, pág. 75, 81-82, 88-90 y 105.

⁷⁹ Amy Goldstein y Dan Eggen, *Immigration Judges Often Picked Based on GOP Ties*, *Wash. Post*, 11 de junio de 2007, en A1.

⁸⁰ Const. EE.UU., art. III.

una retrogradación a través de un deseo del Congreso de restringir el acceso de los inmigrantes a los tribunales de los EE.UU. Como ya se ha explicado antes, desde 1996 es más difícil conseguir una revisión en los tribunales federales de la decisión administrativa de expulsar a un individuo de los Estados Unidos. Mediante la exclusión de más decisiones de la revisión judicial, el Congreso aumentaba el poder del poder ejecutivo sobre las resoluciones en materia de inmigración. Actualmente, bajo determinadas circunstancias, el poder ejecutivo puede resolver casos de inmigración sabiendo que no hay revisión judicial independiente.⁸¹

Esta falta de control judicial llama todavía más la atención sobre el estado del proceso de las resoluciones administrativas.⁸² Aunque el sistema ha evolucionado, es más formal y promueve una mayor separación de funciones, todavía deja a los jueces al capricho del máximo funcionario del país encargado de la aplicación de la Ley, mientras aleja muchas de sus decisiones de la revisión judicial independiente. Esta evolución contradictoria se caracteriza por una mayor formalización acompañada de una falta de independencia decisoria y una revisión judicial restringida. El hecho de entender la historia contradictoria de la resolución sobre inmigración aclara el debate actual sobre el futuro del sistema de resolución, como se comenta en la parte III.

C. La teoría legal

Simultáneamente a la evolución de los sistemas de selección y resolución sobre inmigración, hay una progresión de la teoría legal que sustenta la autoridad federal para regular la inmigración. Esta evolución también es contradictoria, ya que en determinadas ocasiones la teoría ha avanzado para reflejar nociones más modernas de derecho, pero, en otras, ésta parece firmemente arraigada a sus orígenes en el siglo XIX. Además, la teoría legal se explica como otra manifestación de control sobre la inmigración.

Los poderes de las tres ramas del Gobierno federal (legislativo, ejecutivo y judicial)⁸³ se limitan a lo que describe la Constitución.⁸⁴ En los Estados Unidos, la regulación de la inmigración es principalmente un asunto federal.⁸⁵ Por lo tanto, el Gobierno federal tiene que inferir de la Constitución su poder sobre la inmigración.

No obstante, la Constitución no otorga explícitamente al Gobierno federal el poder para regular la inmigración. El poder federal se infiere de diferentes disposiciones que se mencionan explícitamente en la Constitución. Pero ésta sí que otorga al Gobierno federal el poder para controlar la naturalización, los asuntos exteriores, el comercio con naciones extranjeras y el poder de declarar la guerra.⁸⁶ A partir del otorgamiento explícito de estos poderes y a partir de las nociones de soberanía se deduce una teoría de poder implícito sobre la

⁸¹ Una perspectiva todavía más amplia sobre la resolución en materia de inmigración revela las múltiples maneras que tiene el Gobierno para desviar a los extranjeros de la resolución sobre inmigración, incluyendo la revisión judicial y administrativa. Jill E. Family, *A Broader View of the Immigration Adjudication Problem*, 23 *Geo. Immigr. L.J.* 595 (2009).

⁸² Como argumenta el profesor Legomsky, las restricciones sobre la revisión judicial, en combinación con la falta de independencia decisoria al nivel administrativo, significa que no hay independencia decisoria en ninguna fase de la resolución sobre inmigración en un tipo determinado de casos. Legomsky, *Deportation and the Wa ron Independence*, pág. 384-385.

⁸³ Const. EE.UU., art. I, II y III.

⁸⁴ Const. EE.UU., enmienda X.

⁸⁵ Recientemente, sin embargo, algunos gobiernos estatales y locales han tratado de tener un papel más importante en la aplicación de la inmigración. Véase Juliet P. Stumpf, *States of Confusion: The Rise of State and Local Power over Immigration*, 86 *N.C. L. Rev.* 1557 (2008).

⁸⁶ Const. EE.UU., art. I, §8, y art. II, §2.

inmigración. Como explicó el Tribunal Supremo de los EE.UU. en 1889: «La jurisdicción sobre su propio territorio [...] es un hecho de cada nación independiente. Forma parte de su independencia. Si no pudiera excluir extranjeros, en este sentido estaría sujeta al control de otro poder.»⁸⁷ Según este razonamiento, la regulación de la inmigración es un poder fundamental de una nación independiente y está estrechamente relacionado con las relaciones exteriores y el poder de guerra. Dado que todos son poderes soberanos y que la Constitución otorga estos poderes soberanos al Gobierno federal, la regulación federal sobre la inmigración es pertinente.

La regulación federal sobre la inmigración no sólo es pertinente, sino que el Tribunal Supremo de los EE.UU. ha clasificado el poder federal sobre la inmigración como virtualmente absoluto porque está muy estrechamente ligado a la noción fundamental de soberanía. Según el Tribunal, el Gobierno federal tiene plenos poderes sobre las políticas de inmigración, y sus políticas de inmigración son «concluyentes por encima del poder judicial».⁸⁸ Esta renuncia del papel de la revisión judicial por parte del Tribunal es muy importante, especialmente en un sistema de gobierno que valora altamente los controles sobre el poder y el equilibrio de poderes.

El Tribunal ha invocado la doctrina de plenos poderes para explicar su negativa a controlar incluso la política de inmigración más controvertida. Por ejemplo, rehúsa cuestionar *a posteriori* los otros dos poderes en casos que impliquen la detención indefinida y la evidencia de secreto.⁸⁹ En otras ocasiones, sin embargo, el Tribunal ha adoptado un papel más enérgico. Por ejemplo, sostiene que la Cláusula de Garantía Jurisdiccional de la Constitución es aplicable a los extranjeros en determinadas situaciones, por lo tanto proporciona protección procesal a los inmigrantes, especialmente a los que tienen juicios de expulsión.⁹⁰ Con el tiempo, también ha mostrado una cierta voluntad de querer revisar las políticas de inmigración.⁹¹ No obstante, en el momento de escribir este artículo, el Tribunal no había anulado sus decisiones a favor de los plenos poderes.

Por lo tanto, la fuerza de la doctrina de plenos poderes es contradictoria. Esta fuerza puede variar de un caso a otro. De hecho, los especialistas en inmigración hoy debaten si la doctrina de plenos poderes todavía es tan fuerte como antes, o si se está debilitando.⁹²

La situación de esta doctrina no sólo es contradictoria, sino que además, la misma doctrina difiere de la lectura de acogida. La doctrina de plenos poderes considera la relación entre los Estados Unidos y sus inmigrantes

⁸⁷ Chae Chan Ping contra los Estados Unidos (Caso de exclusión de los chinos), 130 U.S. 581, pág. 603-604 (1889).

⁸⁸ Chae Chan Ping contra los Estados Unidos (Caso de exclusión de los chinos), pág. 606.

⁸⁹ U.S. *ex rel.* Knauff contra Shaughnessy, 338 U.S. 537 (1950); Shaughnessy contra *ex rel.* Mezei, 345 U.S. 206 (1953).

⁹⁰ Yamataya contra Fisher, 189 U.S. 86 (1903); Kwong Hai Chew contra Colding, 344 U.S. 590 (1953); Landon contra Plasencia, 459 U.S. 21 (1982).

⁹¹ Fiallo contra Bell, 430 U.S. 787 (1977); Zadvydas contra Davis, 533 U.S. 678 (2001).

⁹² Stephen H. Legomsky, *Immigration and the Judiciary: Law and Politics in Britain and America*, Oxford University Press, 1987, pág. 177-222; T. Alexander Aleinikoff, *Detaining Plenary Power: The Meaning and Impact of Zadvydas v. Davis*, 16 Geo. Immigr. L.J. 365 (2002); Gabriel J. Chin, *Is There a Plenary Power Doctrine? A Tentative Apology and Prediction for Our Strange but Unexceptional Constitutional Immigration Law*, 14 Geo. Immigr. L.J. 257 (2000); Stephen H. Legomsky, *Immigration Law and the Principle of Plenary Congressional Power*, 1984 Sup. Ct. Rev. 255; Stephen H. Legomsky, *Ten More Years of Plenary Power: Immigration, Congress, and the Courts*, 22 Hastings Const. L.Q. 925 (1995); Hiroshi Motomura, *The Curious Evolution of Immigration Law: Procedural Surrogates for Substantive Constitutional Rights*, 92 Colum. L. Rev. 1625 (1992); Hiroshi Motomura, *Immigration Law after a Century of Plenary Power: Phantom Constitutional Norms and Statutory Interpretation*, 100 Yale L.J. 545 (1990); Peter H. Schuck, *The Transformation of Immigration Law*, 84 Colum. L. Rev. 1 (1984); Peter J. Spiro, *Explaining the End of Plenary Power*, 16 Geo. Immigr. L.J. 339 (2002); Margaret H. Taylor, *Detained Aliens Challenging Conditions of Confinement and the Porous Border of the Plenary Power Doctrine*, 22 Hastings Const. L.Q. 1087 (1995).

como una licencia o contrato.⁹³ El Tribunal Supremo explicó en 1889 que «cualquier licencia» otorgada por el Gobierno a un inmigrante para entrar en el país, es una licencia «obtenida por voluntad del Gobierno, revocable en cualquier momento, a su libre albedrío».⁹⁴ Utilizando una retórica contractual similar, según esta manera de pensar, la relación no es complicada: el Gobierno da una prestación (estatus de inmigración), entendiéndose que el beneficiario (el inmigrante) cumplirá las condiciones del Gobierno, o de lo contrario se producirá la expulsión.⁹⁵ Esta idea de la «inmigración como contrato»⁹⁶ tiene un atractivo superficial, pero si se examina con más detalle tiene carencias que revelan de qué manera la teoría legal contrasta con la lectura de acogida.⁹⁷

Una de las carencias inherentes a la idea de la inmigración como contrato o licencia, es que si existiera algo como un contrato de inmigración, según la doctrina de plenos poderes sería un acuerdo muy unilateral con una parte contratante (el Gobierno) que impone todas las condiciones.⁹⁸ Además, esta analogía de la inmigración como contrato simplemente no retrata con precisión la compleja trama que mantiene unidos los Estados Unidos y sus inmigrantes.⁹⁹ La idea plenipotenciaria de la inmigración como licencia o contrato simplifica excesivamente las realidades de la inmigración. Los inmigrantes establecen rápidamente raíces en sus nuevas comunidades y no es tan fácil expulsarlos. Los empresarios y las comunidades pueden acostumbrarse rápidamente a depender de ellos y las familias de inmigrantes pueden mezclarse rápidamente con ciudadanos de los EE.UU. mediante matrimonios y nacimientos.

Esta idea de la inmigración como contrato refleja una acogida fría. Cualquier acogida facilitada mediante el sistema de selección queda templada por una teoría legal que intenta neutralizar los tribunales federales como lugar donde los extranjeros pueden dirigir sus agravios sobre inmigración. Además, esta idea de la inmigración como contrato permite a los EE.UU. retener fuertemente el control sobre los inmigrantes. Les permite venir, pero sólo con unas condiciones unilaterales.

La reticencia a abandonar la doctrina de plenos poderes, especialmente la supervivencia de la noción del siglo XIX de la inmigración como contrato o licencia, es evidente en el debate actual sobre la reforma de la inmigración. Las conexiones con los debates actuales se discuten en la parte III.

III. Debates actuales sobre la reforma de la inmigración relacionados con la evolución de la legislación sobre inmigración de los EE.UU.

Identificar la lectura contradictoria de la inmigración en los EE.UU. en el desarrollo de las tres áreas antes descritas (el sistema de selección, el sistema de resolución y la teoría legal) ayuda a entender los contornos de los

⁹³ Véase Family, *Threats to the Future of the Immigration Class Action*, pág. 101-102.

⁹⁴ Chae Chan Ping contra los Estados Unidos (Caso de exclusión de los chinos), 130 U.S. 581, pág. 609 (1889).

⁹⁵ Hirsohi Motomura, *Americans in Waiting*, Oxford University Press, 2006, pág. 58.

⁹⁶ Hirsohi Motomura, *Americans in Waiting*, pág. 9.

⁹⁷ Hirsohi Motomura, *Americans in Waiting*, pág. 57-62.

⁹⁸ Hirsohi Motomura, *Americans in Waiting*, pág. 60.

⁹⁹ Hirsohi Motomura, *Americans in Waiting*, pág. 61.

debates actuales sobre la política de inmigración en los Estados Unidos. Este ensayo analiza de qué manera la lectura contradictoria se manifiesta en dos partes fundamentales del debate actual sobre la reforma de inmigración: 1) si, y cómo, el sistema de selección debería seguir evolucionando, y 2) si los jueces administrativos deberían ser más independientes. La tensión inherente a una historia contradictoria se manifiesta en puntos de vista opuestos.

A. La reforma del sistema de selección

Como ya se ha descrito antes, el sistema de selección que estableció el Congreso en 1952 todavía constituye el marco básico de la legislación sobre inmigración de los EE.UU. Este sistema establece categorías de entrada legal y restricciones numéricas en forma de cuotas, si bien estas cuotas ya no son de orígenes nacionales, y las prohibiciones a la inmigración asiática han desaparecido. Hay que recordar, sin embargo, que cuando el Congreso abolió las cuotas de orígenes nacionales mantuvo el concepto de límites anuales para el número de inmigrantes que podían entrar a los Estados Unidos. Asimismo, el Congreso estableció límites en el número de inmigrantes procedentes del hemisferio occidental.

No obstante, el sistema de selección de la INA no es el único mecanismo de inmigración que existe. Junto al sistema de selección oficial, hay una estructura de inmigración sumergida. Hay un gran número de población extranjera que vive en los Estados Unidos sin permiso del Gobierno. Son individuos cuya presencia en el país no es conforme al sistema de selección. Estos individuos entraron en los Estados Unidos sin permiso o bien entraron con permiso pero han violado las condiciones de su permiso de entrada. El debate sobre cómo tratar a esta población indocumentada es intenso y exaltado. Es fácil entenderlo visto desde el punto de vista de la lectura contradictoria de la legislación sobre inmigración de los EE.UU.

Se estima que la población indocumentada en los Estados Unidos es de unos doce millones.¹⁰⁰ La existencia de un gran número de población indocumentada genera dos cuestiones políticas relacionadas con la evolución del sistema de selección. La primera hace referencia a la respuesta política a este sistema de selección sumergido. La segunda se pregunta si la existencia de esta población es una señal que el sistema de selección necesita una reforma.

Complicar el debate sobre estas dos cuestiones es la actitud contradictoria hacia la inmigración que se ha prolongado a lo largo de la historia del sistema de selección. El sistema tiene características acogedoras que animan a los inmigrantes a venir, como lo ha hecho históricamente. Sin embargo, el sistema ejerce al mismo tiempo, e históricamente también, un control estricto sobre el número y el tipo de inmigrantes que pueden venir. Este conflicto interno (sí, queremos inmigrantes, pero al mismo tiempo no queremos muchos, ni queremos que estén mucho tiempo y ciertamente no queremos a *estos* inmigrantes), ha impregnado la historia del sistema de selección. Este mismo conflicto interno se encuentra ahora en el centro de los debates actuales sobre la política de inmigración.

Por ejemplo, este conflicto interno influye en los debates sobre lo que se tendría que hacer respecto de la existencia del sistema de selección sumergida y la población indocumentada que se deriva de él. Algunos han expresado el deseo de aplicar el instinto tópico de ejercer un control estricto sobre esta población. Aquellos que

¹⁰⁰ Jeffrey S. Passel, *Undocumented Immigration Now Trails Legal Inflow, Reversing Decade-Long Trend*, Pew Research Center (2 de octubre de 2008) (disponible en <<http://pewhispanic.org/reports/report.php?ReportID=94>>).

quieren un control estricto se oponen al programa de legalización que daría el estatus de inmigrante legal a los individuos indocumentados, y llaman peyorativamente a dicho programa «de amnistía».¹⁰¹ En cambio, estos restriccionistas han impulsado una aplicación estricta de las políticas que pretenden expulsar a los individuos indocumentados.¹⁰² Esta visión se centra en la parte limitadora del mensaje histórico a los inmigrantes: si vienes, ven con nuestras condiciones, y no tendremos ninguna obligación contigo. Esta visión se reconforta con la doctrina de plenos poderes, que enmarca la relación en el contexto de un contrato o licencia. Según esta visión, los Estados Unidos nunca han aceptado una relación con estos individuos indocumentados.¹⁰³ Por lo tanto, estos individuos no están autorizados a esperar otra cosa que un retorno forzado a su país de origen.

La visión opuesta se centra más en la faceta acogedora del conflicto interno. Esta visión ha reconocido los límites del sistema de selección para gestionar de manera realista la demanda de inmigración a los Estados Unidos; por lo tanto, reconoce que el sistema de selección ha contribuido a la existencia de un gran número de población indocumentada.¹⁰⁴ Esta posición confirma que los Estados Unidos han marcado las pautas para este tipo de inmigración a través del favorecimiento histórico de patrones de emigración que no están en sintonía con las oportunidades de inmigración legal que ofrece el sistema de selección.¹⁰⁵ Además, esta visión se siente incómoda con la idea de aplicar mano dura a la inmigración, especialmente con respecto a los esfuerzos dirigidos a los trabajadores inmigrantes.¹⁰⁶ Esta incomodidad reconoce que los Estados Unidos han transmitido señales contradictorias a los inmigrantes (venid, pero esperad, no tantos, y quizás *tú* no), y por lo tanto, desaprueba la actuación contra la parte acogedora del mensaje en esta última fase. La solución, entonces, sería encontrar una manera de legalizar a estos individuos; encontrar una manera de formalizar y favorecer su integración en los Estados Unidos. Desde esta perspectiva, la doctrina de plenos poderes parece anticuada y no puede abarcar la naturaleza de la relación entre los Estados Unidos y su población inmigrante.

Este debate interno también se manifiesta en la segunda cuestión relativa a la evolución del sistema de selección: ¿la existencia de esta población es una señal que el sistema de selección necesita una reforma? Los que favorecen el control estricto, creen que el sistema de selección tendría que ejercer controles todavía más estrictos

¹⁰¹ Véase, p. ej., Federation for American Immigration Reform, *Why Amnesty Isn't the Solution* (Agosto 2007) (disponible en <http://www.fairus.org/site/News2?page=NewsArticle&id=16701&security=1601&news_iv_ctrl=1007>). Otro grupo ha dedicado una sección de su web a «la amenaza de amnistía global». NumbersUSA, *Comprehensive Amnesty Threat* (disponible en <<http://www.numbersusa.com/content/hot-topics/comprehensive-amnesty-threat.html>>).

¹⁰² Véase, p. ej., Federation for American Immigration Reform, *How to Stop Illegal Immigration* (junio de 2003) (disponible en <http://www.fairus.org/site/PageServer?pagename=iic_immigrationissuecenters716c>); NumbersUSA, *Illegal Immigration* (disponible en <<http://www.numbersusa.com/content/issues/illegal-immigration.html>>) («Los Estados Unidos tienen una inmigración ilegal masiva porque los sucesivos congresos y presidentes han decidido que lo querían así. En una acción tras otra en la última década, se han negado a aprobar medidas que se sabe que son efectivas para reducir el flujo de inmigrantes ilegales, han decidido suprimir diferentes tipos de aplicación que eran efectivos, y han aprobado una serie de recompensas para aquellos que violan las leyes de inmigración.»)

¹⁰³ Según NumbersUSA, «los no ciudadanos entran en los Estados Unidos como invitados y tienen que obedecer las normas que rigen esta entrada». NumbersUSA, *10 Principles for Immigration Reform* (disponible en <<http://www.numbersusa.com/content/learn/numbersusa/10-principles-immigration-reform.html>>).

¹⁰⁴ Véase, p. ej., Benjamin Johnson, *Managing Immigration as a Resource*, Immigration Policy Center (junio de 2006) (disponible en <<http://www.immigrationpolicy.org/perspectives/managing-immigration-resource>>).

¹⁰⁵ Por ejemplo, los Estados Unidos han animado históricamente el flujo de trabajadores no calificados de México a los Estados Unidos. Ngai, *Impossible Subjects*, pág. 50-55, 64, 70-71 y 128-158.

¹⁰⁶ Véase, p. ej., Reform Immigration for America, *Principles of Immigration Reform* (disponible en <<http://reformimmigrationforamerica.org/blog/about/principles/>>).

mediante más esfuerzos de aplicación, no sólo para reducir el número de inmigrantes indocumentados, sino también para desanimar a la futura inmigración ilegal.¹⁰⁷ Estos restriccionistas han afirmado que el problema es una falta de aplicación del sistema de selección. La clave para la reforma de la inmigración, desde esta perspectiva, es ejercer un control más estricto mediante medidas de aplicación más amplias y mejores.¹⁰⁸ La realidad de la demanda no es importante, porque esta demanda se puede gestionar mediante controles de aplicación más estrictos.

Desde el punto de vista de la acogida, se ha observado un impulso para reformar el sistema hacia una mayor apertura que refleje la realidad de una mayor demanda de oportunidades para la inmigración.¹⁰⁹ Según el sistema de selección actual, hay un número muy pequeño de cuotas disponibles para trabajadores no cualificados, y las cuotas para las categorías basadas en la familia están tan excesivamente solicitadas que los familiares tienen que esperar años para la reagrupación.¹¹⁰ Si el sistema de selección evolucionara con el fin de permitir un mayor número de inmigrantes y una inmigración más flexible, entonces la oferta podría satisfacer mejor la demanda, y habría menos entradas ilegales a los Estados Unidos.

No obstante, incluso en la posición acogedora puede surgir el instinto de control. Algunos defensores de la reforma de inmigración acogedora afirman que un programa de trabajadores invitados es la manera de corregir la diferencia entre la oferta y la demanda. Un programa de trabajadores invitados abre las cuotas a la inmigración legal temporal, pero, como sugiere el nombre, la naturaleza de la inmigración sería limitada.¹¹¹ Los trabajadores invitados serían visitantes, con pocas oportunidades para integrarse plenamente en la sociedad.¹¹² Su periodo de estancia y propósito legal en los Estados Unidos estaría limitado y controlado.

El debate sobre el futuro del sistema de selección también incluye voces que reflejan los temores históricos, raciales, étnicos y culturales expresados hacia los inmigrantes. Este estímulo del control estricto persiste, como lo ejemplarizan los argumentos de Peter Brimelow y Samuel Huntington.¹¹³ Brimelow defiende poner la inmigración en tiempo muerto.¹¹⁴ Según él, los inmigrantes son una amenaza para la identidad, la cultura y la etnicidad nacionales americanas.¹¹⁵ Citando la inmigración moderna desde América Latina como desafío a la cultura angloprotestante, el profesor Huntington afirma similarmente que esta inmigración amenaza la identidad nacional

¹⁰⁷ De hecho, algunos han impulsado un sistema de selección todavía más estricto. Véase, p. ej., Federation for American Immigration Reform, *Why America Needs an Immigration Time-Out* (agosto de 2003) (disponible en <http://www.fairus.org/site/News2?page=NewsArticle&id=16331&security=1601&news_iv_ctrl=1006>).

¹⁰⁸ Véase, p. ej., Mark Krikorian, *On Immigration, Enforcement Works*, Center for Immigration Studies (agosto de 2008) (disponible en <<http://www.cis.org/node/729>>) (promoviendo el concepto de «autodeportación» o «desgaste a través de la aplicación»); Federation for American Immigration Reform, *How to Stop Illegal Immigration*.

¹⁰⁹ Véase, p. ej., Johnson, *Managing Immigration as a Resource*; National Immigration Forum, *Comprehensive Reform of Our Immigration Laws* (septiembre de 2008) (disponible en <<http://www.immigrationforum.org/research/reform>>).

¹¹⁰ Véase, p. ej., Johnson, *Managing Immigration as a Resource*; National Immigration Forum, *Comprehensive Reform of Our Immigration Laws* (septiembre de 2008) (disponible en <<http://www.immigrationforum.org/research/reform>>).

¹¹¹ Maya Jachimowicz, *Bush Proposes New Temporary Worker Program*, Migration Policy Institute (febrero de 2004) (disponible en <<http://www.migrationinformation.org/USFocus/display.cfm?ID=202>>).

¹¹² Véase Cristina M. Rodríguez, *Guest Workers and Integration: Toward a Theory of What Immigrants and Americans Owe One Another*, 2007 U. Chi. Legal. F. 219.

¹¹³ Peter Brimelow, *Alien Nation: Common Sense About America's Immigration Disaster*, Random House, 1995; Samuel P. Huntington, *Who Are We? The Challenges to America's National Identity*, Simon & Schuster, 2004.

¹¹⁴ Peter Brimelow, *Alien Nation*, pág. 262-263.

¹¹⁵ Peter Brimelow, *Alien Nation*, pág. 9, 10, 28, 36, 46-49, 56-57, 62-63, 90-91, 124, 129, 178-201, 232 y 264.

americana.¹¹⁶ Como parte de su afirmación, Huntington defiende que los inmigrantes modernos de la América Latina, concretamente de México, son diferentes de los anteriores grupos de inmigrantes y que no son tan deseables.¹¹⁷

Estas dos grandes cuestiones políticas del debate sobre la reforma de la inmigración centradas en el sistema de selección (qué se debería hacer con el sistema de selección sumergido y si el sistema de selección necesita una reforma), se entienden mejor a través de la evolución contradictoria de la legislación sobre inmigración de los Estados Unidos. Históricamente, los Estados Unidos han transmitido mensajes de acogida y de control estricto al mismo tiempo. Estos mensajes se reflejan en el debate sobre el futuro del sistema de selección.

B. La reforma de la resolución

1. La reforma de la resolución administrativa

Como ya se ha descrito más arriba, los esfuerzos de la Administración Bush por ejercer un mayor control político sobre la resolución sobre inmigración agravaron la naturaleza contradictoria. Las controversias sobre el despido y la contratación demostraron que aunque la resolución sobre inmigración se ha separado de la investigación, todavía depende de un funcionario encargado de la aplicación de la ley de designación política. Esta situación contradictoria es la base de otra cuestión de la reforma de la inmigración: si los jueces administrativos tendrían que ser más independientes.¹¹⁸

Los esfuerzos de la Administración Bush han ilustrado la falta de independencia decisoria de los jueces de inmigración. Simples empleados del fiscal general, el máximo funcionario del país encargado de la aplicación de la Ley, deciden sobre los casos de inmigración. El estatus de los jueces de inmigración es confuso, dado que hay mucho en juego en los juicios de inmigración. Como mínimo, la capacidad de un individuo para vivir y trabajar donde él decida. Como máximo, es una cuestión de vida o muerte (como en un caso de asilo, o de refugiado).

Sin embargo, su estatus no es tan confuso cuando se analiza mediante la evolución contradictoria de la legislación sobre inmigración. Los esfuerzos por ampliar la independencia de los jueces de inmigración pueden molestar a aquéllos que impulsan un control más estricto. Un sistema independiente se podría considerar como un avance en los derechos procesales de los extranjeros. Para un defensor de la teoría plenipotenciaria de la inmigración como contrato o licencia, los inmigrantes son admitidos mediante unas condiciones unilaterales y no negociables; por lo tanto, no hay que preocuparse por ningún derecho, a no ser que el Gobierno otorgue algún derecho como condición del contrato. Además, un sistema más independiente requeriría que el fiscal general abandonara el control a favor de un cuerpo de jueces más independiente. Los que todavía suscriben la idea plenipotenciaria de la inmigración como contrato o licencia consideran que un funcionario encargado de la aplicación de la ley de designación política es más responsable de la voluntad popular de hacer cumplir el contrato.

¹¹⁶ Huntington, *Who Are We?*, pág. xvi, 40-41, 61-62, 181 y 221-256.

¹¹⁷ Huntington, *Who Are We?*, pág. 18 y 221-256.

¹¹⁸ Véase, p. ej., Appleseed, *Assembly Line Injustice*, 35-36 (mayo 2009) (exigiendo una mayor independencia para los jueces de inmigración).

Además, un sistema de resolución formalizado que todavía permite un gran control político es en sí contradictorio. Por una parte, refleja los avances hacia los valores contemporáneos de la resolución mediante la creación de *jueces* de inmigración y la separación formal de las funciones de investigación y resolución. Por otra parte, el gran número de oportunidades para ejercer un control político sobre la resolución refleja un deseo de no dejar progresar mucho el sistema de resolución sobre inmigración. Dicho de otro modo, el sistema proporciona a los extranjeros jueces de inmigración que están formalmente separados de los investigadores de inmigración, pero mantiene un fiscal general, por si acaso. Eso es una evidencia de la actitud histórica del país no resuelta hacia la inmigración. La historia evidencia una lectura que incluye el deseo de inmigración, pero con controles estrictos.

2. La reforma de la revisión judicial

La actitud contradictoria del país hacia la inmigración también se refleja en un debate actual sobre la función de los tribunales federales a la hora de revisar las resoluciones administrativas sobre inmigración. Como ya se ha explicado en la parte II, el Congreso hizo retroceder el acceso a los tribunales federales en 1996. Como parte de los debates actuales sobre la reforma de la inmigración, ha habido propuestas para restringir todavía más la función de los tribunales federales.¹¹⁹ Estas restricciones propuestas reflejan un compromiso frío con la inmigración. Los Estados Unidos sí que ofrecen oportunidades a los inmigrantes, pero no están dispuestos a abrirles las puertas de los tribunales federales de par en par. También es bien patente la idea plenipotenciaria de la inmigración como contrato o licencia. La invitación a los inmigrantes sólo se extiende hasta aquí, y no incluye la oportunidad de participar plenamente en el sistema judicial, o permitir que los tribunales federales ejerzan un control enérgico sobre el sistema de resoluciones administrativas.

IV. Conclusión

Si observamos los debates actuales sobre la reforma de la inmigración desde la perspectiva de la evolución contradictoria de la legislación sobre inmigración de los EE.UU., descubrimos que estos debates están vinculados a una lectura continua y no resuelta sobre la inmigración a los Estados Unidos. Hay una lectura de acogida en la evolución del sistema de selección, pero al mismo tiempo, hay una historia de control estricto. La historia del sistema de resolución también es contradictoria, ya que éste ahora es más formal, pero carece de independencia decisoria, y se ha reducido la función de los tribunales federales. Además, la teoría legal que sustenta la regulación federal de la legislación sobre inmigración es contradictoria en sí misma y es la evidencia de un deseo de control estricto. Hasta que no se resuelvan estas contradicciones, la legislación sobre inmigración de los EE.UU. seguirá transmitiendo señales contradictorias, y el debate sobre la inmigración seguirá reflejando estas señales.

¹¹⁹ Jill E. Family, *Stripping Judicial Review During Immigration Reform: The Certificate of Reviewability*, 8 Nev. L. J. 499 (2008).