

CAPÍTULO 40

LA LEGISLACIÓN SOBRE LA INMIGRACIÓN EN LOS ESTADOS UNIDOS, LA POLÍTICA HACIA MÉXICO Y DOCTRINA CONSTITUCIONAL

James F. SMITH

INTRODUCCIÓN

Este artículo explora el papel de las tres ramas del gobierno federal de los Estados Unidos de América en la elaboración y evolución de las leyes de inmigración y la política migratoria de la nación. La primera parte examina la historia de la legislación sobre inmigración en los Estados Unidos. La segunda parte resume las disposiciones legislativas y la jurisprudencia en virtud de la Ley de Nacionalidad e Inmigración de 1952, según ésta fue enmendada. La tercera parte describe la política de inmigración de los Estados Unidos hacia México. La cuarta parte describe el papel de las cortes federales en la elaboración de las doctrinas constitucionales que han tratado de equilibrar las prerrogativas soberanas del gobierno nacional para formular la política de inmigración y las garantías individuales que protegen, tanto a los ciudadanos, como a los no ciudadanos.

PRIMERA PARTE

HISTORIA DE LA LEGISLACIÓN DE INMIGRACIÓN Y NATURALIZACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS

SUMARIO: I. *Los años de la fundación (1787-1870)*. II. *Admisiones selectivas (1870-1917)*. III. *Cuotas de origen nacional (1921-1965)*. IV. *La eliminación del sistema de cuotas y el desenvolvimiento de la ilegalidad del trabajador mexicano (1952, 1965-1976)*. 1. *La Ley de Inmigración y Nacionalidad de 1952 (La Ley de "Walter-McCarran")*. 2. *La Ley de Inmigración de 1965*. 3. *Legislación sobre la inmigración (1970-1976)*. 4. *La Ley de Refugiados de 1980*.

I. LOS AÑOS DE LA FUNDACIÓN (1787-1870)

Durante el primer siglo después de la ratificación de la Constitución, los estadounidenses consideraron la inmigración como una bienvenida fuente de fuerza y riqueza nacionales.¹ La inmigración no estaba reglamentada, salvo algunas excepciones. La primera legislación de inmigración de la nación, la Ley de Extranjeros y Sedición de 1798, le dio poder al presidente para deportar a los extranjeros que consideraba “un peligro a la paz y a la seguridad de los Estados Unidos”. La Ley también requería que se registraran todos los extranjeros.² Esta perdió su vigencia en dos años sin haber sido siquiera usada. La Ley de Enemigos de 1798,³ relativa a los extranjeros y sus amigos, permitió la deportación de todos los extranjeros varones de catorce o más años de edad que fueran originarios, súbditos o ciudadanos de cualquier país que estuviera en guerra con los Estados Unidos.⁴ El presidente Tomás Jefferson criticó estas medidas por la falta del debido proceso de ley.

Durante los primeros tres trimestres del siglo XVIII, el Congreso resistió todo intento de regular la inmigración. Entre los años 1830 a 1840, una gran oleada de católicos rurales pobres encabezó las demandas de un “control de calidad” en cuanto a los inmigrantes a fin de que se excluyera a los criminales, a los indigentes y a los lunáticos. Este periodo presenció el surgimiento de grupos organizados de “nativistas” que favorecían políticas de inmigración restrictivas. Estos grupos, los cuales en la década de 1830 incluían la orden secreta del “star Spangled Banner” (el título del himno nacional estadounidense) y el partido político *Knownothing* (los que no saben nada), tuvieron una continua influencia en los Estados Unidos.⁵ No obstante, el consenso dominante favorecía la política de inmigración abierta. El Congreso continuó

¹ La Declaración de Independencia misma limita las restricciones sobre la inmigración como una de las causas de la Revolución. Hutchinson, Edward P., *Legislative History of American Immigration Policy 1798-1965*, Univ. of Penn. Press. (1981), p. 48 (citando a Abraham Lincoln, quien apoyó la inmigración en un discurso al Congreso en 1863); Thomas Jefferson veía a los Estados Unidos como un asilo para los oprimidos de la humanidad, 11 *Annals of Congress* 16 (1801). El presidente Tyler extendió una invitación a las personas de otros países a venir y a establecerse en los Estados Unidos, *Congressional Globe* 28 Congress 1st Session, p. 9 (1843).

² Stat. 570 (1798).

³ 50 U. S. C. A. §§ 21-23 (United States Code Annotated, West Publishing Co., St. Paul., Minn.).

⁴ 1 Stat. 577 (1798), Lawrence H. Fuchs and Susan B. Forbes, Select Commission on Immigration and Refuge Policy and the National Interest SCIRP, 92, 93, 161-216, reimpresso en *Immigration Process and Policy* de Thomas Alexander Alienikoff y David A. Martin, West Publishing Co., St. Paul Minn. 1986, pp. 38-59.

⁵ Fuchs and Forbes, SCIRP, *op. cit.* Véase también a Wayne Cornelius, “America in the Era of Limits: Nativists Reaction to the ‘New’ Immigration.” *United States-Mexican Studies*, Univ. of California at San Diego (1982).

con su práctica de dejar que los estados regularan en forma individual la inmigración.⁶

II. ADMISIONES SELECTIVAS (1870-1917)

La adquisición por los Estados Unidos de territorios anteriormente mexicanos y el descubrimiento del oro en California trajeron una gran oleada de inmigrantes europeos y chinos. La carrera para desarrollar el Oeste y construir el ferrocarril transcontinental exigió el suministro rápido de mano de obra barata. Los trabajadores mexicanos y chinos suplieron dicha necesidad. Los *culis* firmaban contratos de trabajo a cambio de ser transportados a los Estados Unidos. El Congreso inicialmente objetó a esos contratos, considerándolos una forma de comercio de esclavos.⁷

La Ley de Inmigración de 1875⁸ prohibió los contratos de trabajo para inmigrantes basados en el fraude o el engaño y declaró un delito el celebrar contratos para suplir mano de obra china. La medida también dispuso que los condenados de delitos y las prostitutas eran clases excluibles de extranjeros. La exclusión de los trabajadores chinos llevó a una escasez de mano de obra en el Oeste y a un aumento en el reclutamiento de trabajadores mexicanos.⁹ En 1880, los Estados Unidos negociaron un tratado con China, permitiendo que éste regulase o suspendiese temporalmente la inmigración china.¹⁰

La Ley de Exclusión China de 1882 fue el primer esfuerzo comprensivo de la nación por restringir la inmigración. El Congreso respondía a la depresión de la época culpando (a manera de chivo expiatorio) a los chinos como la fuente de desempleo y demás dislocaciones económicas. El clamor y las quejas en contra de los chinos incluían los sentimientos xenofóbicos de que ellos no podían adoptar “nuestras costumbres” y asimilarse y de que “habían traído” consigo la prostitución. También se temía que la creciente inmigración china pudiera disminuir la colonización de blancos en el Oeste.¹¹ La Ley prohibió la inmigración de trabajadores chinos durante diez años; previó la deportación de los inmigrantes chinos ilegales y vedó a los chinos la ciudadanía estadounidense.¹² Estas restricciones racistas fueron extendidas más tarde a los asiáticos, los originarios de la India y otros.¹³

⁶ Hutchinson, *op. cit.*, p. 46.

⁷ Hutchinson, *op. cit.*, p. 42. Véase también The Coolie Act of 1862, 12 Stat. 340.

⁸ 18 Stat. 477 (1875).

⁹ Cárdenas, Gilberto, “United States Immigration Policy Toward México: An Historical Perspective.” 2 *Chicano L. Rev.* 66, 69 (1975).

¹⁰ Hutchinson, *op. cit.*, pp. 76-77.

¹¹ *Id.*, pp. 59, 71 y 87.

¹² 22 Stat. 58 (1882).

¹³ La Ley de Inmigración de 1917, 39 Stat. 874 (1917).

La Ley instituyó un impuesto personal a todos los inmigrantes (excepto a los canadienses y a los mexicanos¹⁴) para costear la regulación de la inmigración y el cuidado de los inmigrantes. Se estableció la exclusión de todo condenado, lunático, idiota u otra persona que se pudiera convertir en una carga a la sociedad. Los extranjeros excluidos tenían que ser devueltos a su país de origen y los inmigrantes condenados podían ser deportados aun antes de que descendieran del barco.¹⁵

Esta nueva política de designar a los "extranjeros deportables" fue ampliada hasta incluir a extranjeros empleados bajo contratos de trabajo (1885),¹⁶ los indigentes, los polígamos, los dementes y los enfermos (1891),¹⁷ los anarquistas o subversivos (1903),¹⁸ los incapacitados (1907), los polizontes, los analfabetos mayores de dieciseis años, los alcohólicos y los sicópatas (1917),¹⁹ las personas no aptas para hacerse ciudadanos (la mayor parte de los asiáticos) y los no inmigrantes sin documentos adecuados (1924),²⁰ los drogadictos, los que cometen delitos sexuales inmorales, los trabajadores que no están en demanda en los Estados Unidos, aquellos previamente deportados por cualquier razón y aquellas personas que ayudan a los extranjeros ilegales (1952).²¹

La elaboración, en 1917,²² del examen de alfabetización fue una importante victoria para aquellos grupos que favorecían una política más restrictiva. Esta reglamentación controvertible habría excluido a gran parte de los inmigrantes de todas las naciones entre el siglo XIX. En 1970, después del fracaso de los restriccionistas de implantar el examen de alfabetización, el congreso estableció la Comisión Dellingham para estudiar el impacto de la inmigración en los Estados Unidos. La Comisión recomendó firmemente el examen de alfabetización para excluir del país a las personas inferiores de otras tierras.²³ La medida se aprobó en 1917 después de cuatro vetos presidenciales.²⁴ Sin embargo,

¹⁴ 23 Stat. 58 (1884) and 34 Stat. 898 (1907).

¹⁵ *Id.*

¹⁶ Alien Contract Labor Act, Act of February 26, 1885, Ch. 164, 23 Sta. 332 (1885).

¹⁷ La Ley del 3 de marzo, 1891 (26 Stat. 1084).

Ch. 164, 23 Sta. 332; Act of February 23, 1887, ch. 20, 24 Stat. 414.

¹⁸ Ley de March 3, 1903, Ch. 1012, § 2, 32 Stat. 1219; Ley de Inmigración de 1917, Ch. 29, § 19, 39 Stat. 889; Ley de Anarquismo de 1918, Ch. 186, § 1, 40 Stat. 1012; Ley del 5 de junio de 1920, Ch. 251, § 1, 41 Stat. 1008. Estas leyes se codifican en 8 U. S. C. A. §§ 1182 (a) 27-29, 1251 (a) 15-16. Véase también W. Preston, Jr., *Aliens and Dissenters Federal Suppression of Radicals, 1903-1933e*, at 4 (1963).

¹⁹ La Ley del 5 de febrero de 1917 (39 Stat. 874).

²⁰ La Ley del 26 de mayo de 1924 (43 Stat. 153).

²¹ La Ley del 27 de junio de 1952 (66 Stat. 163).

²² La Ley de 1917 codificó la lista de los extranjeros a ser excluidos y prohibió la mayor parte de la inmigración de Asia.

²³ Fuchs and Forbes, *SCRIP*, *op. cit.*

²⁴ El presidente Cleveland (1896), el presidente Taft (1913) y el presidente Wilson (1914 y 1917).

fracasó en cuanto al control de la inmigración en la forma en que sus proponentes querían, porque los aspirantes a inmigrantes simplemente aprendían a leer y a escribir.²⁵

III. CUOTAS DE ORIGEN NACIONAL (1921-1965)

La inquietud del Congreso en cuanto a la inmigración se pronunció aun después de la Primera Guerra Mundial. Se temía que millones de refugiados europeos inmigrarían a los Estados Unidos y se establecerían en las zonas urbanas enfrentándose al desempleo y a la escasez de vivienda.²⁶ Como una alternativa a la prohibición total de la inmigración,²⁷ el Congreso decretó la primera ley estableciendo cuotas.²⁸ La Ley limitó la inmigración a una cuota del tres por ciento, basándose en la nacionalidad de los extranjeros que vivían en los Estados Unidos en 1910. Los inmigrantes del hemisferio occidental fueron excluidos de esta regla,²⁹ a pesar de las inquietudes de que se crearían fábricas de “ciudadanos”.³⁰

La cuota aplicada en la legislación de 1921 favorecía en forma desproporcionada a los inmigrantes más recientes. La Ley de Origen Nacional de 1924 (“Johnson-Reed”) adoptó un sistema de cuotas que fue diseñado para preservar la composición noreuropea y británica de la población. Sus fórmulas raciales se basaban en el origen nacional de la población de los Estados Unidos en 1890. La Ley de 1924 disminuyó significativamente la porción de la cuota de los europeos del Sur y del Este (44% a 12%).³¹ El número total de inmigrantes del hemisferio oriental fue limitado a 150,000. El hemisferio occidental continuó quedando exento. Sin embargo, de 1928 en adelante se introdujeron proyectos de ley en el Congreso para eliminar esa exención.³²

De haber prevaecido el enfoque de los nativistas hacia la inmigrante la declaración profética de Abraham Lincoln hubiera quedado plasmada de

²⁵ Fuchs and Forbes, *SCRIP*, *op. cit.*

²⁶ Véase *The Immigration and Naturalization Systems of the United States*, United States Congress, 81st Congress 2nd Session, Senae Report 1515 (1950).

²⁷ H. R. 14461 66th Congress (1920).

²⁸ 42 Stat. 5 (1921) extendido dos años por el 42 Stat. 540.

²⁹ La preocupación extrema del Congreso con la inmigración de refugios europeos es la mejor explicación al porqué de la extención del hemisferio occidental. La Primera Guerra Mundial no saqueó al hemisferio occidental; por lo tanto, el Congreso no temía un alud de inmigrantes de este hemisferio. Además, la inmigración de Europa constituía casi un 80% de la inmigración total entre los años de 1911 a 1920. Por consiguiente, al Congreso le preocupaba menos la inmigración no europea.

³⁰ 60 Congressional Record 3443 (February 17, 1921).

³¹ 43 Stat. 153 (1924).

³² R. H. 10995, H. R. 6465, H. R. 15079, véase Hutchinson en 209. Los cultivadores de remolacha bloquean la aprobación de un proyecto de ley en 1928.

la siguiente manera: “Todos los hombres son creados iguales, excepto los negros, los extranjeros y los católicos.”

IV. LA ELIMINACIÓN DEL SISTEMA DE CUOTAS Y EL DESENVOLVIMIENTO DE LA ILEGALIDAD DEL TRABAJADOR MEXICANO (1952, 1965-1976)

1. *La Ley de Inmigración y Nacionalidad de 1952 (La Ley de “Walter McCarran”)*

Durante la Segunda Guerra Mundial el Congreso abolió de la legislación de 1882 las exclusiones chinas que era un continuo insulto a su aliado, China.³³ Sin embargo, en 1952, la Ley McCarran-Walter, la cual codificaba y revisaba las leyes de inmigración de los Estados Unidos (posteriormente, la Ley de Inmigración y Nacionalidad, mejor conocida por sus siglas en inglés “INA”), preservó el sistema del origen nacional.³⁴ Esto provocó el veto del presidente Truman, el cual fue anulado más adelante. La Ley afirmó las estipulaciones de exclusión e hizo que el proceso de naturalización fuera más riguroso.³⁵ También eliminó toda exclusión basada en la raza y estableció el sistema de preferencia, favoreciendo a algunos familiares de los ciudadanos de los residentes permanentes y a los trabajadores altamente capacitados.

En 1952, el Congreso aprobó la llamada “Wetback Act” (la ley sobre espaldas mojadas) para desalentar la inmigración ilegal de México.³⁶ La ley permitía a la patrulla fronteriza entrar en propiedades privadas dentro de las veinticinco millas de la frontera.³⁷

2. *La Ley de inmigración de 1965*

El movimiento en favor de los derechos civiles en los Estados Unidos de los años sesenta influyó grandemente en el primer gran cambio ocurrido en su política de inmigración desde la Ley de Origen Nacional de 1924. El presidente John F. Kennedy escribió un libro, *A Nation of Immigrants* (Una nación de inmigrantes), en el cual denunciaba el sistema de cuotas por origen nacional. Después del asesinato de Kennedy, el presidente Johnson apoyó vigorosamente esta reforma.³⁸ La Ley de Inmigración de 1965 se ostentó como un ordena-

³³ 60 Stat. 1353 (1943).

³⁴ 66 Stat. 163 (1952).

³⁵ “Directions for U. S. Immigration Policy”, 44 *Univ. of Pitt. L. Rev.* 433, 434 (1983).

³⁶ La Ley del 20 de marzo de 1952, capítulo 108, 66 Stat. 26 (1952), 8 U. S. C. A. § 1324 (a).

³⁷ 60 Stat. 865 (1952) y véanse las notas 100-101 y 145 a 149 y el texto que las acompaña.

³⁸ Hutchinson, *op. cit.*, p. 435.

miento ajeno a las cuotas racistas y uno que estaba encaminado hacia un sistema de inmigración menos discriminatorio.³⁹ La Ley abolió el sistema de cuotas basado en el origen nacional y las disposiciones en cuanto a restricciones de inmigración procedentes del triángulo asiático-pacífico de la Ley de 1952 y las reemplazó con un límite por país respecto a cada país fuera del hemisferio occidental. La inmigración del hemisferio oriental fue limitada a 160,000 con un límite por país de 20,000.

El precio (en el regateo político) de la abolición del sistema de origen nacional fue el primer límite a la inmigración en el hemisferio occidental (un límite anual de 120,000).⁴⁰ Esto puso fin a la última política de inmigración del “buen vecino”⁴¹ o de puertas abiertas de parte de los Estados Unidos. Aunque la administración de Johnson se opuso a la limitación en el hemisferio occidental, un investigador escribió que:

sólo se puede inferir que la [...] [limitación] [...] era para asegurarle a aquellas personas con inquietudes sobre la posibilidad de una gran inmigración procedente de Latinoamérica o a los temerosos de un mal efecto en el mercado laboral o para proveer un *quid pro quo* para los miembros con influencia en el Congreso o a grupos con intereses particulares, para que ellos, a su vez, apoyaran el proyecto de ley.⁴²

Los futuros inmigrantes del hemisferio occidental, sin tener parientes cercanos que fueran ciudadanos de los Estados Unidos o residentes legales permanentes, tendrían que demostrar su aptitud como trabajadores capacitados, los que estaban entonces en demanda.

3. Legislación sobre la inmigración (1970-76)

Ya para 1970, el final del programa Bracero,⁴³ la imposición de las cuotas y los requisitos de la certificación de trabajo en el hemisferio occidental, hicieron que la política de inmigración de los Estados Unidos cambiara de una de puertas abiertas a una más restrictiva. En 1976, los países del hemisferio occidental, incluyendo a México, fueron sujetos a un límite de 20,000 personas por país.⁴⁴ Mientras que por encima la legislación parecía neutral, tenía un efecto perjudicial único en México, que era el único país que había excedido

³⁹ 79 Stat. 911 (1965).

⁴⁰ Fuchs and Forbes, SCRIP, *op. cit.*

⁴¹ Una frase popularizada por el presidente Franklin Delano Roosevelt, la que usaba para describir las relaciones amistosas entre los Estados Unidos y Latinoamérica.

⁴² Hutchinson, *op. cit.*, p. 378.

⁴³ Véanse las notas 140 a 145 y el texto que las acompaña.

⁴⁴ Act of Oct. 20, 1976, P. L. 94-571, 90 Stat. 2703.

ese límite durante los últimos años.⁴⁵ El Congreso también vio que la inmigración ilegal era tan alta que el límite de 35,000 propuesto para México todavía sería insuficiente.⁴⁶

Inevitablemente, "la inmigración ilegal" procedente de México se convirtió en una cuestión política. El Congreso había ilegalizado al trabajador mexicano y ahora tenía que lidiar con el "problema".⁴⁷ Para 1971 se empezó a considerar la necesidad de legislar para controlar el problema del "extranjero ilegal". Los representantes de la comunidad chicana, o sea, mexicano-estadounidense, argumentaban que las leyes de inmigración, de los Estados Unidos se habían moldeado demasiado a la "imagen del Este", la de los inmigrantes llegados en buques desde Europa, que hacía olvidar los lazos especiales históricos, geográficos, sociales y económicos que existen entre los Estados Unidos y México. Ciertamente, los mercados económicos integrados y de mano de obra habían existido antes de la creación de la frontera internacional y continuaron durante más de un siglo bajo la política de las puertas abiertas.⁴⁸ Sin embargo, el Congreso ha rechazado una y otra vez los esfuerzos por establecer una cuota preferencial para México, mostrando su renuencia a imponer cuotas basadas en la nación de origen.⁴⁹

4. *La Ley de Refugiados de 1980*

A través de toda su historia, los Estados Unidos han tratado a los refugiados simplemente como otra categoría de inmigrantes sujeta a los criterios y cuotas aplicables de admisión. Por ejemplo, en 1939 el Congreso derrotó un proyecto de ley para rescatar a 20,000 niños de la Alemania nazi, dando como razón el que ello excedería la cuota alemana. Después de la Segunda Guerra Mundial, el Congreso fue más generoso y aprobó la Ley de Asistencia a los Refugiados de 1948, conforme a la cual fueron admitidas 214,000 personas. Sin embargo,

⁴⁵ "The Rodino Bill' an Example of Prejudice Toward Mexican Immigration to the United States", 2 *Chicano L. Rev.* 40, 46 (1975). Más tarde este formulario tendría el mismo efecto perjudicial hacia todos los países, los cuales han excedido sus cuotas como China, las Islas Filipinas, India, Corea, Hong Kong y la República Dominicana.

⁴⁶ 94 th Congress, 2nd Session, House Report 94-1553, p. 9 (1975).

⁴⁷ El INS reportó que había deportado a 30,000 mexicanos en 1961, 108,000 en 1967, después del final del programa Bracero, y 450,000 en 1979. *INS Annual Reports*, 1961, 1967 y 1979. El comisionado de la INS, Raymond F. Farrell, atribuyó el alza en la inmigración ilegal directamente al final de programa Bracero y a la imposición de las cuotas del hemisferio occidental. 92nd Congress, 1st Session, Hearings before Subcommittee Number 1 of the Committee of the Judiciary, House of Representatives, Part. 1, p. 19 (1971).

⁴⁸ Hutchinson, *op. cit.*, pp. 216 y 269-70.

⁴⁹ Los presidentes Gerald Ford y Jimmy Carter dieron su apoyo para el establecimiento de una cuota especial para México pero no se llegó a tomar ninguna acción para hacer de esto una realidad. Fuchs and Forbes, *SCRIP*.

LEGISLACIÓN, POLÍTICA Y DOCTRINA SOBRE INMIGRACIÓN 677

los Estados Unidos se negaron a unirse a la Convención Relacionada al Estado de los Refugiados de la Asamblea de las Naciones Unidas de 1951 que trató con la situación de los refugiados.⁵⁰

En 1956 y 1957 se establecieron medidas para considerar en la categoría de refugiados a aquellas personas que escapaban de algunos países comunistas de Europa Occidental y del Medio Oriente. Sin embargo, estas disposiciones quedaron sujetas a las cuotas del país de los refugiados. A través de las décadas de los años sesenta y setenta, el medio principal de admisión de refugiados era a través de la entrada condicional que consentía el SIN (Servicio de Inmigración y Naturalización). Se elaboró la Ley de Refugiados de 1980 para quedar conforme al Protocolo de Refugiados de 1968, que surgió después de la Convención de Refugiados de la asamblea de 1951, y para desarrollar un mecanismo continuo para la admisión de refugiados en el extranjero y la adjudicación de las solicitudes de asilo político en los Estados Unidos.

Immigration and Control Act of 1986 (en adelante "IRCA" o "Simpson-Rodino")⁵¹

SEGUNDA PARTE

UN RESUMEN DE LAS DISPOSICIONES LEGISLATIVAS Y LA JURISPRUDENCIA EN VIRTUD DE LA LEY DE INMIGRACIÓN Y NACIONALIDAD DE 1952, SEGÚN FUE ENMENDADA (INA)

SUMARO: I. *Residentes permanentes legales, residentes temporales y no inmigrantes*. II. *La Ley de Control y Reformas de la Inmigración de 1986*. III. *Ciudadanía*.

En 1952 el Congreso codificó la Ley de Inmigración y Naturalización como la ley de Inmigración y Nacionalidad de 1952.⁵² Esa codificación aún está vigente, aunque se ha enmendado extensamente: en 1965,⁵³ 1970,⁵⁴ 1976,⁵⁵ 1980,⁵⁶ y 1986, por IRCA⁵⁷ y por la IMFA.⁵⁸ Esta parte resume las disposi-

⁵⁰ 189 U. N. T. S. 137.

⁵¹ La RCA se discute en la segunda parte que sigue.

⁵² La Ley del 27 de junio de 1952, P. L. 82-414, 66 Stat. 163, 8 U. S. C. A. 1101 et seq.

⁵³ La Ley del 3 de octubre de 1965 (79 Stat. 911).

⁵⁴ La Ley del 7 de abril de 1970, P. L. 91-225, 48 Stat. 116.

⁵⁵ La Ley del 20 de octubre de 1976, P. L. 94-571, 90 Stat. 2703.

⁵⁶ La Ley de Refugiados de 1980, decretada el 17 de marzo de 1980, P. L. 96-212, 94 Stat. 107.

⁵⁷ La Ley de 6 de noviembre de 1986, P. L. 99-603, 100 Stat. 3359.

⁵⁸ La Ley de matrimonio fraudulento en la inmigración, de 1986, del 6 de noviembre de 1986, P. L. No. 99-639, 100 Stat. 3537.

ciones de la INA en vigor a partir de 1990 y la jurisprudencia sobre su significado. La Ley incluye el criterio jurídico básico para adquirir o perder la calidad de ciudadano, residente permanente legal, residente temporal e inmigrante o no inmigrante temporal. También expone las reglas y procedimientos para la exclusión y deportación de los extranjeros, la naturalización y la expatriación de los ciudadanos.

I. RESIDENTES PERMANENTES LEGALES, RESIDENTES TEMPORALES Y NO INMIGRANTES

La INA, como muchas codificaciones, empieza definiendo ciertos términos técnicos usados en la Ley. Por ejemplo, un "extranjero" es "toda persona que no es un ciudadano o nacional de los Estados Unidos".⁵⁹ La INA establece que a los extranjeros que son "inmigrantes", se les pueden conceder visas de inmigrantes y "pueden ser legalmente admitidos a la residencia permanente",⁶⁰ si es que califican como "pariente inmediato"⁶¹ fuera de la cuota, o bajo la cuota de 20,000 por país, es decir del sistema de preferencia.⁶² Los "no inmigrantes" son extranjeros que califican para una de las catorce clasificaciones⁶³ de visas de "no inmigrantes"⁶⁴ para una estadía temporal sujeta a las condiciones de esa visa en particular.

⁵⁹ INA § 101 (a) (3), 8 U. S. C. A. § 1101 (a) (3).

⁶⁰ INA § 101 (a) (20), 8 U. S. C. A. § 1101 (a) (20).

⁶¹ "Los parientes inmediatos" son "los hijos, los cónyuges y los padres de un ciudadano de los Estados Unidos", pero "en el caso de los padres, tales ciudadanos deben tener por lo menos 21 años de edad." (INA § 201 (b), 8 U. S. C. A. § 1151 (b)).

⁶² Los extranjeros que deseen la residencia permanente, que no sean "parientes inmediatos", deben calificar bajo una de seis categorías de preferencia como: 1) "hijos solteros de ciudadanos"; 2) "cónyuges, hijos solteros de un extranjero legal admitido para residencia permanente"; 3) "miembros de las profesiones" con "habilidad excepcional en las ciencias o en las artes [...] cuyos servicios procura un patrono [...]"; 4) "hijos casados de un ciudadano"; 5) "hermanos de un ciudadano"; 6) los inmigrantes "capaces de proporcionar la mano de obra específica, diestra o no diestra pero no de naturaleza temporal o de temporada, para la cual haya una escasez de personas empleables que estén dispuestas a trabajar en los Estados Unidos" (INA § 203 a) (1) - (6), 8 U. S. C. A. § 1153 (a) (1) - (6)).

⁶³ Estas clasificaciones se exponen en la INA § 101 (a) (15), 8 U. S. C. A. § 1101 (a) (15) como sigue: a) diplomático; b) turista de placer o de negocios; c) tránsito; d) tripulante; e) inversionista o comerciante extranjero; f) estudiante; g) organización gubernamental; h) empleo o capacitación temporal; i) medios noticiosos; j) visitantes de intercambio; k) comprometidos; l) traslado dentro de una empresa; m) estudiante vocacional o de idiomas o n) los padres o los hijos de inmigrantes especiales que se define en la INA § 101 (a) (27), 8 U. S. C. A. § 1101 (a) (27).

⁶⁴ INA § 101 (a) (26), 8 U. S. C. A. § 1101 (a) (26).

Todas las visas están sujetas a calificaciones y restricciones. La INA requiere prueba de parentesco si ésta se exige.⁶⁵ Las visas de inmigrantes basadas en un matrimonio están sujetas a restricciones para así evitar un matrimonio fraudulento.⁶⁶ Si la visa de residencia permanente está basada en una oferta de empleo, por lo general se requiere entonces un certificado de trabajo.⁶⁷

La INA dispone que el Departamento de Estado y la INS deben suponer que a cada extranjero que solicite inmigrar se le considere “inmigrante” hasta que pueda establecer a satisfacción del agente consular, cuando solicita la visa, y al agente de inmigración cuando solicita admisión, que tiene derecho a una visa de no inmigrante conforme a la sección 101 (a) (15).⁶⁸ Como consecuencia, los agentes que hacen cumplir las leyes de inmigración suponen que los extranjeros que desean entrar, desean hacerlo en forma permanente, a menos o hasta que el extranjero establezca, no sólo su aptitud para obtener una visa de no inmigrante, sino el hecho de que lo unen fuertes lazos a su país y que cuenta con los recursos económicos para sostenerse.

El Congreso ha delegado su poder de reglamentar la inmigración al procurador federal, un funcionario de la rama ejecutiva. El procurador federal, a su vez, ha delegado su autoridad de hacer cumplir la ley de administrar las disposiciones de la INA, al comisionado y a otros funcionarios (comisionados regionales y directores de distrito⁶⁹) del Servicio de Inmigración y Naturalización

⁶⁵ Para la INA, la definición de “cónyuge”, “marido”, “soltero”, “padre” o “madre” se encuentra en INA § 101 (a) (35), (39), (b) (1) 7 (2), 8 U. S. C. A. § 1101 (A) (35), (39), (b) (1) y (2).

⁶⁶ Bajo la ley de matrimonios fraudulentos en la inmigración de 1986, los esposos extranjeros no pueden “ajustar o cambiar su situación” “con base en un matrimonio que empezó en el periodo [...] en el cual los procedimientos administrativos o judiciales estén en trámite para determinar los derechos del extranjero de permanecer en los Estados Unidos” INA § 245 (e) (1) y (2), 8 U. S. C. A. § 1255 (e) (1) y (2) “hasta que el extranjero haya residido fuera de los Estados Unidos por un periodo de dos años empezando después del matrimonio” INA § 204 (h), 8 U. S. C. A. § 1154 (h). Además, tales visas se otorgan inicialmente como “condicionales” hasta que pasa un periodo de dos años sin que el matrimonio se haya “anulado o terminado” (INA § 216 (a) y (b), 8 U. S. C. A. § 1186 (a) y (b)).

⁶⁷ Los extranjeros deben demostrar sus calificaciones y la escasez de tales trabajadores para el salario ofrecido y las condiciones de trabajo (INI § § 203 (a) (3) y (6) y 212 (a) (14), 8 U. S. C. A. § 1182 (a) (14)). El Departamento del Trabajo otorga los certificados de trabajo (20 C. F. R. Part. 656). (Code of Federal Regulations).

⁶⁸ La INA § 214 (b), 8 U. S. C. A. § 1184 (b). La decisión de los agentes del Departamento de Estado de otorgar visas es preliminar y puede ser vetada por los agentes del SIN en el puerto de entrada (INA § 104, 105, 8 U. S. C. A. § 1104 1105).

⁶⁹ Los Directores de Distrito tienen la autoridad dentro de sus distritos de conceder beneficios de inmigración e iniciar las audiencias de exclusión y deportación para los extranjeros.

(SIN por sus siglas en español).⁷⁰

Todos los inmigrantes (permanentes o temporales) están sujetos a la exclusión por cualquiera de las 33 disposiciones.⁷¹ Un extranjero que no es excluible puede ser admitido después de adquirir la visa fuera del país y después de ser “inspeccionado” en el puerto de entrada. Si la persona no es admitida, puede solicitar una audiencia de exclusión que se llevará a cabo ante un juez administrativo (en lo sucesivo, “juez de inmigración”).⁷² En determinadas circunstancias, los extranjeros que pueden ser excluidos, pueden ser admitidos si el SIN decide renunciar o hacer a un lado la causal en la que basó su exclusión.⁷³

Un extranjero también puede obtener su admisión legal a los Estados Unidos por la expedición de una visa o al ser “colocado en libertad bajo palabra”, lo cual significa técnicamente que todavía no ha entrado al país legalmente y puede ser objeto de exclusión más adelante.⁷⁴ Todo extranjero que entra con una visa, así como aquellos que entran “sin ser inspeccionados” están sujetos a la deportación y hay diecinueve causales diferentes para la deporta-

⁷⁰ INA § 103 (a) y (b), U.S.C.A. § 1103 (a) y (b); 8 C.F.R. §§ 2.1, 103.1. El procurador federal estableció una Oficina Ejecutiva de Revisión de la Inmigración (EOIR), la cual incluye las cortes administrativas de apelación para las audiencias de deportación y exclusión (28 C.F.R. § 0.19 (a) y 8 C.F.R. § 3.0, según fue enmendada por 48 FR (Federal Register) 8038, 8056 (25 de febrero de 1983). Como se dijo anteriormente, los departamentos de Estado y del Trabajo son también responsables de hacer cumplir ciertas disposiciones de la Ley.

⁷¹ INA § 212 (a), 8 U.S.C.A. § 1182 (a). Estas razones o personas excluibles son: 1) retraso mental; 2), 3) y 4) demencia, personalidad psicopática, desvíos sexuales o defectos mentales; 5) adictos a drogas o alcohólicos crónicos; 6) enfermedades contagiosas peligrosas; 7) defectos físicos que puedan afectar la habilidad del extranjero de sostenerse; 8) pobres, mendigos o vagabundos; 9) y 10) extranjeros culpables de, o que admiten haber cometido crímenes que implican “vileza moral” u ofensas en las que el término en la cárcel fuera de cinco años o más; 11) polígamos; 12) y 13) prostitutas o aquellas personas que llegan a desempeñar algún acto sexual inmoral; 14) aquellas personas que llegan para obtener un empleo sin mostrar aptitudes y la ausencia de un efecto adverso en las condiciones de empleo nacionales; 15) aquellas personas que “tienen la posibilidad de convertirse en una carga para la sociedad”; 16) los extranjeros que hayan sido excluidos menos de un año anteriormente; 17) los extranjeros que hayan sido deportados dentro de los últimos cinco años; 18) polizontes; 19) los extranjeros que producen visas fraudulentas; 20) y 21) los extranjeros sin documentos válidos de viajero; 22) aquellos que no son elegibles para la ciudadanía o que evitaron o evadieron el servicio militar; 23) los traficantes de drogas; 25) los analfabetos mayores de dieciséis años; 27), 28) y 29) las personas que ponen en peligro la seguridad nacional; los anarquistas, subversivos o comunistas; 31) aquellas personas que han ayudado a entrar a extranjeros ilegales, y 33) aquellas personas que han tenido parte en la persecución de otros.

⁷² INA § § 325.

⁷³ INA § 212 c) (residentes que regresan que tienen un “domicilio ilegal, mantenido por siete años”; g) tuberculosis o enfermedad mental, h) condenas criminales, prostitución o posesión de marihuana o i) entrada fraudulenta.

⁷⁴ INA § 212 (d) (5), 8 U.S.C.A. § 1182 (d) (5).

ción.⁷⁵ Con pocas excepciones, no existe un periodo de caducidad para la deportación. Quienes han sido residentes permanentes durante muchos años, pueden ser deportados debido a actividades que ocurrieron varios años atrás. Mientras que seis de las diecinueve causales de la deportación tratan de actividades subversivas, sólo 33 personas fueron deportadas por estas razones entre 1961 y 1981.⁷⁶ La gran mayoría fueron deportadas por entrar sin ser inspeccionadas o con documentos incorrectos, y en seguida por no haber mantenido la calidad de no inmigrante o por condenas de algún delito.⁷⁷

Las audiencias de deportación se celebran frente a jueces de inmigración, donde el extranjero goza de ciertos derechos legales incluyendo la instrucción de los cargos en contra de él, el derecho a ser representado por un abogado (pagado por sí mismo), y la oportunidad razonable de examinar las pruebas en su contra.⁷⁸ La gran mayoría de los extranjeros que salen de los Estados Unidos no son deportados sino que aceptan una "salida voluntaria" al admitir su deportabilidad.⁷⁹ Una "salida voluntaria" le ahorra al gobierno el costo de una audiencia de deportación y le ahorra al extranjero el riesgo de ser enjuiciado por un delito grave y que lo encarcelen por entrar sin el permiso del SIN dentro de los cinco años después de "la deportación".⁸⁰

⁷⁵ INA § 241 (a), 8 U.S.C.A. § 1251 (a) dispone la deportación bajo lo siguiente: 1) la entrada mientras se le puede excluir; 2) entrada sin inspección; 3) sufre de "enfermedad mental, defectos o deficiencias" dentro de los cinco años de haber entrado; 4) condenado de un delito de "vileza moral" dentro de los cinco años de haber entrado o de los dos de tales delitos o de un delito agravado (el homicidio, de ser traficante de drogas o armas) en cualquier periodo después de haber entrado; 5), 6), 7), 15), 16) y 17) ciertas violaciones de las leyes sobre actividades subversivas o el pertenecer a grupos comunistas o anarquistas o de sabotaje; 8) convertirse en una "carga pública" dentro de los cinco años de haber entrado; 9) no cumplir con las condiciones del estado del inmigrante; 11) es un adicto a drogas narcóticas o ha sido condenado de ofensas que implican sustancias narcóticas; 12) actividades de prostitución; 13) prestar ayuda para la admisión ilegal de un extranjero; 14) ser condenado de determinadas violaciones relacionadas con armas de fuego; o 19) haber participado con el gobierno nazi en la persecución de otras personas.

⁷⁶ Sin embargo, se deportaron 1,495 personas por estas razones entre 1908 y 1960 y muchas de ellas habían sido residentes por mucho tiempo (véase la siguiente nota).

⁷⁷ Véase: Departamento de Justicia de los Estados Unidos, Servicio de Naturalización e Inmigración, el *Anuario Estadístico de 1981 del Servicio de Naturalización e Inmigración*, tabla 44, p. 101, reimpresso en Alienikoff and Martin, *op. cit.*, p. 374.

⁷⁸ INA § 242 (b), 8 U.S.C.A. § 1252 (b).

⁷⁹ INA § § 242 (b), 244 (e), 8 U.S.C.A. § § 1252 (b), 1254 (e). En 1982, por ejemplo, se deportó a 14,153 extranjeros y "se les requirió salir" a 809,577. *Statistical Yearbook of the Immigration and Naturalization Service (1982-84)*, p. 164.

⁸⁰ INA § § 212 (a) (17) y 276, U.S.C.A. § § 282 (a) (17), 1326.

Hay seis disposiciones legales para “el alivio discrecional” de la deportación incluyendo “la salida voluntaria”,⁸¹ “la suspensión de la deportación”,⁸² “ajuste de calidad migratoria”,⁸³ “registro”,⁸⁴ “la ‘renuncia’ ” (o sea, un perdón) del INA § 212 (c), 8 U.C.S.A. § 1182(c)”⁸⁵ o “asilo político”.⁸⁶ Además, los procedimientos de deportación pueden ser “terminados administrativamente” por la aptitud del extranjero para la legalización o calidad “SAW” (trabajador agrícola especial) bajo IRCA.⁸⁷ Cada una de estas disposiciones tiene ciertas calificaciones que establecen “una aptitud legal”,⁸⁸ pero “el ejercicio favorable de la discreción” depende de si el director de distrito o el juez de inmigración cree que el extranjero merece dicha concesión.⁸⁹

Casi todas las decisiones tomadas por el SIN dentro de los Estados Unidos, a través de los directores de distrito o los jueces de inmigración, están sujetas a una revisión administrativa y judicial.⁹⁰

⁸¹ INA § § 242 (b), 244 (e), U.S.C.A. § § 1252 (b), 1254 (e). La salida voluntaria puede ser concedida por el director de distrito o por la Patrulla Fronteriza o por un juez de inmigración.

⁸² INA § 244 (a), 8 U.S.C.A. § 1254 (a), requiere siete años de residencia, una buena conducta moral y prueba de que la deportación sería una “opresión extrema”. Sólo un juez de inmigración puede conceder esta excepción. Se les ha concedido con frecuencia a familias mexicanas indocumentadas, especialmente cuando los niños son de edad escolar.

⁸³ INA § 245, 8 U.S.C.A. § 1255. Este estatuto autoriza al director de distrito o al juez de inmigración a ajustar la calidad de no inmigrante a inmigrante a un extranjero que entró legalmente a los Estados Unidos con tal que éste sea un pariente inmediato o todavía tenga calidad legal.

⁸⁴ INA § 249, 8 U.S.C.A. § 1259 autoriza al director de distrito o al juez de inmigración a conceder la residencia permanente a aquellos que entraron antes del 1o. de enero de 1972.

⁸⁵ Aunque este estatuto literalmente sólo se aplica a la exclusión de residentes permanentes “que regresen a un domicilio legal mantenido por siete años consecutivos” las cortes han fallado que el estatuto debe ser interpretado de manera que se aplique también a aquellos residentes que se enfrentan a la deportación por la misma causa por la cual pudieron haber sido excluidos. *Francis vs. INS*, 532 F.2d 268 (2d Cir. 1976). Con frecuencia es el único recurso disponible a los residentes que han sido condenados de delitos, particularmente de cargos de las drogas.

⁸⁶ INA § 208 (a), U.S.C.A. § 1158 (a). Este recurso puede ser concedido por el director de distrito o por el juez de inmigración. Véase las notas 206 a 220 y el texto que las acompaña.

⁸⁷ Véanse las notas 91 a 119 y el texto que las acompaña.

⁸⁸ Además del otro criterio específico, generalmente es necesario mostrar “buen carácter moral” por un periodo definido en el que están precluidas de determinadas condenas criminales (INA § 101 (f), 8 U.S.C.A. § 1101 (f)).

⁸⁹ El SIN puede denegar esta concesión sin determinar la aptitud legal por las violaciones a o el abuso de las leyes de inmigración. *INS vs. Baghmasbad*, 429 U.S. 24 (1976); *INS vs. Rios-Pineda*, 471 U.S. 444 (1985).

⁹⁰ Véanse las notas 250 a 276 y el texto que las acompaña.

II. LA LEY DE CONTROL Y REFORMAS A LA INMIGRACIÓN DE 1986 (Mejor conocida por sus siglas en inglés, "IRCA", también conocida como la "Ley Simpson-Rodino").

Las reformas principales de la INA y de la IRCA fueron: 1) imponer sanciones a los patronos a través de multas civiles⁹¹ y también posibles sanciones penales⁹² si se tiene conocimiento de, se emplea, o se sigue empleando a un "extranjero no autorizado";⁹³ 2) el susodicho programa de amnistía bajo el cual los extranjeros ilegales que han estado en el país antes del 1o. de enero de 1982, pueden solicitar ser clasificados bajo la nueva categoría llamada "residente temporal" (si tienen éxito, estos extranjeros podrán solicitar la residencia permanente);⁹⁴ 3) la creación de una categoría para "trabajadores agrícolas especiales" (mejor conocido por sus siglas en inglés, "SAW")⁹⁵ y "trabajadores agrícolas de abastecimiento" ("RAW")⁹⁶ que podrían con más facilidad calificar como residentes temporales basándose en que han trabajado en "servicios agrícolas de temporada";⁹⁷ y 4) la creación de una nueva categoría de trabajadores no inmigrantes (H-2A).⁹⁸

La legalización y los programas SAW fueron programas a corto plazo que terminaron en 1988.⁹⁹ Sin embargo, las sanciones de los empleados y las dis-

⁹¹ Las multas impuestas no serán menores de \$250.00 ni excederán de \$2,000.00 por cada extranjero no autorizado. 8 C.F.R. 274a.10. A los patronos también se les puede multar entre \$100.00 y \$1,000.00 cada vez que no cumplan con el formulario I-9 (un documento de verificación) (INA § 274A (e) (4), 8 U.S.C.A. § 1324a (e) (4)).

⁹² INA § 274A (f), 8 U.S.C.A. § 134 a (f) dispone que se imponga una sanción penal si se observa un "patrón o práctica" de emplear sin autorización.

⁹³ INA § 274A (a) (1) y (h) (3), 8 U.S.C.A. § 1324a (a) (1) y (h) (3). Aunque se prohíbe el emplear a estos extranjeros después del 6 de noviembre de 1986 si la persona fue empleada antes de esa fecha, se le puede retener (IRCA § 101 (a) (3), 8 C.F.R. § 274a).

⁹⁴ INA § 245A, 8 U.S.C.A. § 1255a (las solicitudes para la residencia permanente serán concedidas dieciocho meses después de que se adquiriera la calidad temporal si el extranjero reúne los demás requisitos para una visa de inmigrante y tiene por lo menos "un nivel mínimo de comprensión del idioma inglés común y un conocimiento y entendimiento de la historia y el gobierno de los Estados Unidos, o está satisfactoriamente encaminado a [...] hacia el logro de [...] estas metas..."] (INA § 245A (b) (1) (D), 8 U.S.C.A. § 1255a (b) (1) (D)).

⁹⁵ INA § 210, 8 U.S.C.A. § 8 U.S.C.A. 1160. Para ser apto para participar en este programa, un extranjero debe probar que trabajó en una cosecha precedera por lo menos durante noventa días, entre el 1o. de mayo de 1985 y el primero de mayo de 1986.

⁹⁶ INA § 210A, 8 U.S.C.A. § 1161.

⁹⁷ Este término está definido como "el trabajo en el campo relacionado con la siembra, las prácticas de cultivo, la cosecha de frutas y vegetales de todo tipo y otros productos precederos, según se define en las reglamentaciones del Secretario de Agricultura". INA § 210 (h), 8 U.S.C.A. § 1160 (h).

⁹⁸ INA § § 101 (a) (15) (H) (ii) . 216. 8 U.S.C.A. § § 1101 (a) (15) (H) (ii), 1186.

⁹⁹ El periodo para las solicitudes para la legalización se cerró el 4 de mayo de 1988. (INA § 245 (a) (1) (A), 8 U.S.C.A. § 1255A (A) (1) (a)). El periodo para las soli-

posiciones de los trabajadores agrícolas, presentan unos cambios significativos a largo plazo en las leyes de inmigración de los Estados Unidos para todos los empleados. Antes de la IRCA, el darle empleo a trabajadores indocumentados no era ilegal. Sin embargo, bajo la Ley de Espaldas Mojadas, el acto de transportar, esconder, amparar o fomentar la entrada de un extranjero indocumentado, ha sido un delito grave punible desde 1952. El acto de entrar sin inspección ha sido un delito menor desde el establecimiento del INA en 1952, pero sólo en raras ocasiones era alguien enjuiciado por esto; simplemente se le deportaba.¹⁰⁰ Además, las disposiciones que prohíben el contrabando no se usaron contra patronos debido al famoso "Texas proviso" que los eximía.¹⁰¹

La IRCA no sólo revocó el "Texas proviso" sino que ahora requiere que todos los patronos¹⁰² verifiquen que cada nuevo empleado tenga los documentos que demuestran que está autorizado para trabajar.¹⁰³ El patrono y el empleado deben firmar una forma¹⁰⁴ bajo pena de perjurio. El patrono debe jurar que ha examinado ciertos documentos, y el empleado debe jurar que es un ciudadano de los Estados Unidos, un residente permanente legal, o que

citades de "SAW" terminó el 30 de noviembre de 1988 (INA § 210 (a) (1) (A), 8 U.S.C.A. § 1160 (a) (1) (A)). Aproximadamente dos millones de personas solicitaron la legalización y cerca del 10% de ese número solicitaron el programa "SAW". Ambos programas han sido el blanco de muchas críticas y litigios. Los críticos acusan al SIN de administrar los programas en una forma tan rigurosa, que miles de personas han sido arbitrariamente descalificadas. Por ejemplo, las reglamentaciones del SIN descalificaron a todo aquél que haya salido de los Estados Unidos por más de 45 días en alguna ocasión o por un total de 180 días (8 C.F.R. § 245A.2 (h) (1)). Además, sólo podían calificar los individuos, excluyendo a sus cónyuges y a sus niños, lo cual desalentó a muchas personas de solicitar por temor a ser separados de sus familias (aunque los documentos de legalización son confidenciales y supuestamente no pueden utilizarse para efectos de deportación, muchos posibles solicitantes no tuvieron fe en esto). El 13 de febrero de 1990 el SIN elaboró una nueva política hacia dichos menores de edad y los cónyuges que establece que siempre y cuando ellos demuestren su presencia en este país desde antes del 6 de noviembre de 1986, el SIN les da una salida voluntaria indefinida, es decir, el derecho de quedarse en este país.

¹⁰⁰ INA § § 275, 8 U.S.C.A. § § 1325 (27 de junio de 1952, c. 477. Title II, ch. 8, § § 274 y 275, 66 Stat. 229.

¹⁰¹ Declaraba: "Sin embargo, para el propósito de esta sección, el empleo (incluyendo las prácticas normales y usuales de empleo) no se considerará como amparo". *Id.*, INS § 274.

¹⁰² La exención es "el empleo casual de un individuo que prestó servicios domésticos esporádicos, irregulares, o intermitentes en una residencia particular". Además, los contratistas independientes no se consideran empleados (8 C.F.R. § 274a.1 (f), (g) y (h)). La historia legislativa de la IRCA prevé una excepción al "empleo casual (o sea, el que no implica la existencia de una relación de obrero-patronal)", H.R. Rep. No. 682, pt. I, 99th Cong., 2d Sess. 57 (1986).

¹⁰³ Los patronos deben llenar la forma I-9, la cual declara que han inspeccionado los documentos requeridos para todos los empleados aceptados después del 6 de noviembre de 1986 y que siguen trabajando después de mayo de 1987 (INA § 272A (a) (1) (B)), 8 U.S.C.A. § 1324 (a) (1) (B); 8 C.F.R. § 274A.2).

¹⁰⁴ Form I-9, "Verificación de elegibilidad del patrono".

ha sido un extranjero autorizado a trabajar. Los patronos deben guardar copias del formulario de su revisión de dichos documentos por tres años, o un año después de que se termine el empleo, según lo que ocurra primero.¹⁰⁵

Si un patrono determina que “el documento parece razonablemente ser genuino”¹⁰⁶ tales exámenes de “buena fe” establecerían una “defensa afirmativa” contra las sanciones.¹⁰⁷ Tales documentos incluyen los que establecen la ciudadanía,¹⁰⁸ la residencia permanente legal,¹⁰⁹ una tarjeta del seguro social más una prueba de identidad, o una autorización de empleo del SIN.¹¹⁰

Debido al temor de que la IRCA pudiera resultar en la discriminación de trabajadores “de apariencia extranjera”, la IRCA prohíbe la discriminación con base en “la nación de origen” o “calidad migratoria”.¹¹¹ Estas disposiciones sólo protegen a los ciudadanos y a los residentes permanentes que pueden, demostrar que son “personas con intenciones de ser ciudadanos”, mediante una declaración al respecto, y entonces ser naturalizados cuando sean aptos para hacerlo.¹¹² Además, un patrono puede elegir emplear a un ciudadano de los Estados Unidos antes que a un extranjero si los dos son “igualmente calificados”.¹¹³ Cuando el presidente Reagan firmó la IRCA, firmó una declaración en la cual exponía que estas disposiciones sólo se referían a “una intención discriminatoria” y no a las acciones que tienen un “impacto desigual”.¹¹⁴ Si esta interpretación es correcta, sería difícil probar la existencia de la discriminación, ya que no existe el requisito de guardar las solicitudes de los aspirantes a quienes no se les da empleo.¹¹⁵

No cabe duda de que la aprobación de la IRCA resultará en la proliferación de documentos falsos.¹¹⁶ De hecho, los trabajadores indocumentados que antes

¹⁰⁶ INA § 274A (a) (3), U. S. C. A. § 1324a (a) (3); 8 C. F. R. § 274a. 4.

¹⁰⁸ INA § 27 4A (b) (1) (A), 8 U. S. C. A. § 1324a (b) (1) (A).

¹⁰⁷ INA § 27 4A (a) (3), 8 U. S. C. A. § 1324a (a) (3); 8 C. F. R. § 274a. 4.

¹⁰⁸ Acta de nacimiento, pasaporte de los Estados Unidos, acta de ciudadanía o de naturalización.

¹⁰⁹ Form I-551 o “la tarjeta verde”.

¹¹⁰ Véase en general, INA § 274A (b) (1) (B), (C) y (D), 8 U. S. C. A. § 1324a (b) (1) (B), (C) y (D). A aquellos extranjeros que solicitan una residencia temporal bajo los programas de legalización o de “SAW”, se les da una autorización de trabajo (Form I-688A) la cual se continúa extendiendo hasta que se llegue a una decisión. Si se le concede su estado de residencia temporal, (Form I-688) esto le autoriza a trabajar. Si no se le concede, se le revoca la autorización. Las tarjetas de autorización de empleo deben tener la foto del interesado (8 C.F.R. § 274a.2 (A) (1)).

¹¹¹ INA § 274B (a) (1), 8 U.S.C.A. § 132b (a) (1).

¹¹² INA § 274B a() (3), 8 U.S.C.A. 1324B (a) (3).

¹¹³ INA § 274B (a) (2), (4), 8 U.S.C.A. § 1324B (a), (4).

¹¹⁴ Declaración por el presidente, reimpresa en 63 *Interp. Rel* 1036, 1037 (1986).

¹¹⁵ C.F.R. § 274A.2.

¹¹⁶ Brannigan, Martha, “Amnesty Program for Illegal Immigrants Spurs Increase in Fraudulent Document” (El programa de amnistía estimula el aumento de documentos fraudulentos). *Wall Street J.*, enero 25, 1988.

sólo estaban sujetos a la deportación, la IRCA ahora los ha hecho delincuentes (suponiendo que harán lo que tienen que hacer para asegurar el empleo, que es presentar documentos falsos, un delito). Todavía está por verse si habrá un aumento en los enjuiciamientos por esta nueva operación clandestina.

Las sanciones a los patronos y las disposiciones de la legalización parecen relativamente severas cuando se las compara a la parte agrícola de la IRCA. Los requisitos de trabajo y residencia necesarios para los "SAW" son más favorables y éstos de hecho, pueden ir y venir a través de la frontera.¹¹⁷ Los "SAW" pueden convertirse en residentes permanentes sin cumplir los requisitos "básicos de la ciudadanía".¹¹⁸ Si los "SAW", que no están obligados a quedarse en trabajos agrícolas, y los trabajadores agrícolas no inmigrantes en el nuevo programa de H-2A, no satisfacen las necesidades de los patronos agrícolas, la IRCA autoriza a "los trabajadores agrícolas de abastecimiento" en los ejercicios fiscales de 1990 a 1993, si las Secretarías de Agricultura y del trabajo determinan que existe una escasez de trabajadores agrícolas disponibles.¹¹⁹

III. CIUDADANÍA

La decimocuarta enmienda a la Constitución dispone que "todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas así a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y del estado donde residen"¹²⁰ De acuerdo con esto, los ciudadanos incluyen a toda persona nacida en el territorio de los Estados Unidos, sin importar la calidad migratoria de los padres,¹²¹ así como a aquellas personas que cumplen con los requisitos de naturalización establecidos por el Congreso.¹²² Sin embargo, las personas que nacen en el extranjero por lo menos de un padre ciudadano, también se consideran ciudadanos al nacer, pero sólo si los padres han cumplido con ciertos requisitos de

¹¹⁷ INA § 210 (a) (4), (b) (3), (c), 8 U. S. C. A. 1160 (a) (4), (b) (3), (c) y (g).

¹¹⁸ INA § 210 (a) (2), 8 U. S. C. A. § 1160 (a) (2).

¹¹⁹ INA § 210A, 8 U. S. C. A. § 1161.

¹²⁰ INA § § 101 (a) (3), 301 (a), 8 U. S. C. A. § 1101 (a) (3), 1401 (a).

¹²¹ *United States vs. Wong Kim Ark*, 169 U. S. 649 (1898). Los hijos de los diplomáticos extranjeros son una excepción. Los Estados Unidos pueden revocar la ciudadanía a las personas nacidas en los territorios de los Estados Unidos si estos territorios se convierten en naciones independientes. Véase el caso *Rabang vs. Boyd*, 353 U.S. 427 (1957) que permitió la revocación de la ciudadanía de una persona nacida en las Filipinas y que entonces vino a residir a los Estados Unidos.

¹²² INA § § 316, 318, 8 U. S. C. A. § U. S. C. A. § § 1427, 1429.

residencia.¹²³ Todo ciudadano puede perder su ciudadanía (“expatriación”) renunciando a ésta voluntariamente.¹²⁴

TERCERA PARTE

LA POLÍTICA HACIA MEXICO (1930-64): REPATRIACIÓN, BRACEROS “OPERACIÓN WETBACK (ESPALDAS MOJADAS)” Y “OPERACIÓN TRABAJOS.”

SUMARIO: I. *Repatriación*. II. *Braceros*. III. *Operación “espaldas mo-
jadas”*. IV. *Operación trabajos*. V. *Simpson-Rodino*.

El tratado de Guadalupe-Hidalgo (1848), el cual resolvió la guerra mexicano-estadounidense de 1847, quiso aclarar la situación de los ex ciudadanos mexicanos.¹²⁵ Los mexicanos que quedaron en lo que era antes territorio mexicano, tenían la libertad de quedarse o de irse a México. Los que decidieron quedarse tenían la elección de ser tratados como ciudadanos estadounidenses o ciudadanos mexicanos. Si no se decidían en un año, entonces se convertían automáticamente en ciudadanos estadounidenses. La mayoría de los mexicanos se quedaron en vez de mudarse a México.¹²⁶ Veinte años después, los Estados Unidos y México establecieron otro tratado en la cual reconocían los derechos a la ciudadanía de aquellas personas que viajaban entre los dos países.¹²⁷

Se le prestó muy poca atención a la frontera recién creada.¹²⁸ No se conservó ningún tipo de registro sobre la inmigración a través de la frontera sino hasta principios del siglo veinte.¹²⁹ En este siglo la inmigración mexicana, la cual ha sido principalmente para conseguir empleos, ha sido continúa y considerable, pero con variadas respuestas legales y políticas. Un autor he escrito la situación de la siguiente manera: “La inmigración ilegal de México ha sido una parte integral de la política *de facto* de los Estados Unidos con respecto al

¹²³ *Rogers vs. Bellei*, 401 U. S. 815 (1971) (tal ciudadanía por “descendencia” no procede de la enmienda decimocuarta y está sujeta a cualquier condición que el Congreso crea apropiada). Véase también INA § 301, 8 U. S. C. A. § 1401 (g).

¹²⁴ INA § 349, 8 U. S. C. A. § 1481; *Vance vs. Terrazas*, 444 U. S. 252 (1980) [un adolescente con ciudadanía doble mexicana y estadounidense, supo después del hecho que se había expatriado a sí mismo cuando eligió la ciudadanía mexicana y renunció a la ciudadanía estadounidense].

¹²⁵ 9 Stat. 922 (1848).

¹²⁶ “Undocumented Mexican Immigration: In Search of a Just Immigration Law and Policy”, 28 *UCLA L. Rev.* 615, 642 (1981).

¹²⁷ 15 Stat. 687 (1868).

¹²⁸ *Id.* at p. 643.

¹²⁹ Fuchs and Forbes, *SCRIP*, *op. cit.*

uso de la mano de obra mexicana. Claramente, esta política *de facto* los ha estado trayendo cuando se les necesita y devolviéndolos cuando no.¹³⁰

Se estima que más de 300,000 inmigrantes mexicanos han sido admitidos legalmente a los Estados Unidos de 1900 a 1930. Es posible que más de un millón de personas indocumentadas se hayan establecido en los Estados Unidos en ese mismo periodo. La idea de la Patrulla Fronteriza surgió en 1924, pero no tuvo mucho personal en la frontera sur sino hasta mucho más tarde.¹³¹

Las exclusiones de los analfabetos y los contratos laborales de la Ley de Inmigración de 1917 contenían una disposición que le permitía al comisionado de Inmigración y al secretario del Trabajo pasar por alto las disposiciones de la Ley de Inmigración con respecto a los trabajadores temporales.¹³² Bajo el Ordenamiento Departamental de 1918, el comisionado pasó por alto el impuesto principal, las leyes de contratos laborales, y los requisitos de no ser analfabeto para los trabajadores mexicanos.¹³³ Varios intentos de enmendar esas leyes anteriores para exentar *expresamente* a la mano de obra agrícola o para prohibir el ir y venir de los extranjeros, terminaron en el fracaso.¹³⁴ Como resultado, los empleadores en la región agrícola del suroeste siguieron dependiendo sin grandes restricciones de los trabajadores inmigrantes mexicanos. Estas excepciones se han descrito como "el primer programa Bracero".¹³⁵

I. REPATRIACIÓN

Durante los años de la depresión, de 1921 a 1930, tanto el gobierno mexicano como el gobierno de los Estados Unidos participaron directamente en la repatriación de los trabajadores mexicanos.¹³⁶ Hicieron de los mexicanos el chivo expiatorio por los problemas del desempleo.¹³⁷ De acuerdo con las estadísticas del gobierno mexicano, 345,000 mexicanos —casi el número de inmigrantes

¹³⁰ Fogel, "Illegal Alien Workes in the United States," 16 *Indus. Rel.* 243, 246 (1977).

¹³¹ SCRIP, *op. cit.*

¹³² Ley de feb. 5, 1917, 39 Stat. 878.

¹³³ Departmental Order No. 52641/202. Véase *U. S. Immigration Ser. Bull.* Vol. I, No. 3 at 1-4 (1918). Para una discusión más completa de este ordenamiento, véase 2 *Chicago L. Rev.* 66, 68 (1975). La admisión de los trabajadores de contrato temporal fue autorizada por la sección 3 de la Ley de Inmigración de 1917; después de 1951 siguió en efecto bajo la Ley Pública 78, decretada ese año.

¹³⁴ H. R. 7864 (1896).

¹³⁵ G. Cárdenas, *op. cit.*, pp. 66, 68 (1975).

¹³⁶ García y Griego, Manuel, "The Importation of Mexican Contract Laborers to the United States, 1942-64: Antecedents Operation and Legacy", *Working Papers in U. S.-Mexican Studies*, Univ. of Calif., San Diego, pp. 6-11.

¹³⁷ Congressional Research Service, *Illegal Aliens: Analysis and Background*, House Committee on the Judiciary, 95th Cong. 1st Sess. 50-55, 48-49 (Comm. Print. 1977), reprinted in Thomas Alexander Aleinikoff and David A. Martin, *Immigration Process and Policy*, West Publishing Co., St. Paul, Minn. 1985, pp. 746-747.

desde 1920— regresaron a su tierra entre 1929 y 1932, resultando en una pérdida neta de la inmigración mexicana.¹³⁸ El Departamento de Estado estaba opuesto a establecer una ley limitando la inmigración mexicana, señalando el daño a la relación bilateral con México. El Congreso optó entonces por usar la acción administrativa que apoyaba estrictamente las leyes existentes y reducía así la inmigración mexicana de 4,000 a 250 personas al mes.¹³⁹

II. BRACEROS

La escasez de mano de obra agrícola en los Estados Unidos causada por la Segunda Guerra Mundial, llevó a una serie de acuerdos bilaterales con México, diseñados para aliviar esa escasez.¹⁴⁰ El programa Bracero, el cual fue extendido hasta 1964,¹⁴¹ proveyó mecanismos para enviar a trabajadores mexicanos a las áreas agrícolas de los Estados Unidos. Estos acuerdos eran una continuación del patrón de reclutamiento y posterior a la repatriación de los trabajadores mexicanos con la participación activa de ambos gobiernos. Cerca de medio millón de mexicanos participaron en el programa bracero y esto llegó a su punto culminante en 1956.

Después de que los Estados Unidos y México fracasaron en negociar el Tratado Bracero en 1954, el Congreso enmendó la Ley Pública (en adelante, "P. L.") 78 para permitir que Estados Unidos operara el programa unilateralmente.¹⁴² Como ilustra la P. L. 78, los dos gobiernos no siempre estaban de acuerdo, pero ya en 1954, dado el relativo exceso de trabajadores, Estados Unidos tuvo la ventaja en el proceso de negociaciones y tuvo el poder de continuar el programa a pesar de la oposición de México. En dos incidentes dramáticos en 1948 y 1954, el SIN reclutó activamente a trabajadores que violaban los acuerdos existentes.¹⁴³

¹³⁸ García y Griego, Manuel, *op. cit.*, p. 11 (1981).

¹³⁹ Los administradores del SIN hicieron cumplir las restricciones del analfabetismo, los contratos laborales, y las exclusiones de aquellas personas sujetas a ser cargas públicas en vez de pasarlas por alto. 2 *Chicano L. Rev.* 66, 68. Otra técnica fue la denegación ilegal de los beneficios del bienestar público. Aleinikoff and Martín, *op. cit.* p. 747.

¹⁴⁰ 78th Congress, 1st Session P. L. 45 (1943); 78th Congress, 2nd Session P. L. 229 (1944). Las leyes pasaron por alto las estipulaciones de los contratos laborales y los requisitos de no ser analfabeto de los trabajadores. Los trabajadores tenían que ser fotografiados y se guardaba un archivo de sus huellas digitales, de acuerdo con la Ley del Registro de Extranjeros recientemente aprobada. 54 Stat. 670 (1940). Los trabajadores pueden ser deportados por desobedecer las reglamentaciones de la INS.

¹⁴¹ P. L. 707, 79th Congress Session (1946).

¹⁴² 65 Stat. 119.

¹⁴³ García y Griego, Manuel, *op. cit.*, p. 39.

Con el surgimiento del movimiento de los derechos civiles en los Estados Unidos a principios de los años sesenta, el Congreso se preocupó más y más de la condición de los trabajadores agrícolas y domésticos. La publicación de *Strangers in Our Fields* por Ernesto Galarza en 1956, que documentó los abusos que comúnmente se llevaban a cabo contra los derechos de los braceros, bajo la ley nacional e internacional, marcó el principio de una creciente oposición (por ejemplo, sindicatos laborales, grupos de derechos civiles) a la P. L. 78.¹⁴⁴ El Congreso temía que el uso de los trabajadores mexicanos fuera a deprimir los salarios y las condiciones de los trabajadores estadounidenses y que los agricultores tendrían muy poco incentivo para aumentar los salarios. Se abrogó la P. L. 78 en 1963.

III. OPERACIÓN "ESPALDAS MOJADAS"

A principios de los años cincuenta, el SIN reportó que el aumento en los arrestos demostraba "la más grande invasión en tiempo de paz que ninguna nación haya sufrido por otra nación, la cual viola con menosprecio y abiertamente sus leyes".¹⁴⁵ Este tipo de retórica, junto con la depresión económica, resultó en la aprobación del Wetback Act (La Ley de Espaldas Mojadas), la cual disponía sanciones por el contrabando, el amparo, y la entrada de los extranjeros que no hubieran sido admitidos e inspeccionados legalmente.¹⁴⁶ Una consecuencia de la "Ley de Espaldas Mojadas" ha sido la práctica de mantener bajo custodia a los "testigos materiales" en el enjuiciamiento del contrabandista.¹⁴⁷

¹⁴⁴ *Ibidem.*, pp. 44-46.

¹⁴⁵ *Ibidem.*, p. 23.

¹⁴⁶ Acta del 20 de marzo de 1952 (66 Stat. 163); INA § § 275, 8 U. S. C. A. § § 1325 (27 de junio de 1952, c. 477, Title II, ch. 8, 274 y 275, 66 Stat. 229).

¹⁴⁷ 18 U. S. C. A. § 3144. A estos testigos con frecuencia se les mantiene bajo custodia de semanas a meses mientras que el acusado de transportar a los extranjeros en muchas ocasiones sale bajo fianza. Estos testigos tienen menos derechos constitucionales que los contrabandistas. (*United States vs. Glasco*, 488 F. 2d 1068 (5th Cir. 1974) y *United States vs. Anfield*, 539 F. 2d 674 (9th Cir. 1976)).

En *In Re Class Action Application for Habeas Corpus on Behalf of All Material Witnesses in the Western District of Texas*, 612 F. Supp 940, 944-945 (D. C. W. Tex. 1985), la Corte falló en el sentido de que la ley de 18 U. S. C. A. § § 3142 y 3144 y la quinta enmienda requieren para dichos testigos la representación de un abogado. Esa misma corte emitió un mandato permanente que requiere que los testigos materiales extranjeros sean interrogados y puestos en libertad dentro de los 60 días de la fecha de su detención. *U. S. vs. Guardian-Salazar*, 824 F. 2d 344 (5th Cir. 1987).

Las reglamentaciones del SIN disponen que "ningún extranjero se vaya, o trate de irse de los Estados Unidos si su salida fuera perjudicial a los intereses de los Estados Unidos [...] como un testigo de, o como participante en, algún delito bajo investigación o pendiente en los Estados Unidos: siempre que [...] [al] [...] extranjero [...] se le

Sin embargo, las “disposiciones de la Ley de Espaldas Mojadas”, no se hicieron cumplir vigorosamente, debido a la presión política, especialmente del Suroeste, consiste en recortar el presupuesto de la Patrulla Fronteriza. Se legalizó a muchos de los que se quedaron por más tiempo del debido, o aquellos que de otra manera serían braceros deportables. Esencialmente los empleados y sus representantes políticos decidieron que la mejor solución era la legalización de una cantidad estable de trabajadores a la vez que se aumentaban los arrestos.¹⁴⁸

En 1954, el SIN localizó y deportó a más de 300,000 mexicanos bajo la “operación espaldas mojadas”. La campaña fue precedida por hacer de los inmigrantes mexicanos el chivo expiatorio por las enfermedades, las huelgas laborales, la infiltración comunista, los crímenes en la frontera, etcétera.¹⁴⁹

IV. OPERACIÓN TRABAJOS

En 1982 el SIN empezó una campaña muy anunciada para dar trabajos a los trabajadores nacionales y hacer redadas de los empleadores que se sospechaba daban empleos a trabajadores indocumentados. Más de cinco mil trabajadores fueron arrestados en la nación.¹⁵⁰

V. SIMPSON-RODINO

Ya la disposición de sanciones de los patronos está concibiendo la manera más eficaz de tratar justamente con el “problema” del trabajador mexicano (véase la segunda parte).

CUARTA PARTE

LA REVISIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE INMIGRACIÓN POR EL PODER JUDICIAL Y LA EJECUCIÓN DE LA LEY POR LA RAMA EJECUTIVA

SUMARIO: I. Las fuentes del poder del gobierno nacional para reglamentar la inmigración: 1. La doctrina del poder implícito. 2. Expresada en la Constitución. 3. La delegación congresional del poder a la rama ejecutiva. 4. El poder de la inmigración y las garantías indivi-

pueda permitir salir [...] con el consentimiento de las autoridades de la procuraduría”. (8 C. R. F. § § 215.2 (a), 215.3 (g)).

¹⁴⁸ García y Griego, Manuel, *op. cit.*, p. 24

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 28.

¹⁵⁰ Aleinikoff and Martin, *op. cit.*, p. 38. n. 22.

duales. 5. El "debido proceso legal". 6. "Igualdad de protección ante la ley". 7. El cateo y la incautación. 8. El privilegio en contra de la auto-incriminación. 9. La libertad de palabra, de prensa, de religión y de asamblea. 10. La exclusión y la deportación no se consideran "castigo penal". 11. Causales de la exclusión. 12. El debido proceso legal en casos de exclusión. 13. Los refugiados y el asilo político. 14. Causas de la deportación. 15. El debido proceso legal en la deportación. II. Las normas constitucionales sobre el poder de los estados para legislar respecto de los extranjeros. Ciudadanía. III. Tendencias recientes en la revisión judicial. Disponibilidad de la revisión judicial y administrativa. 1. Revisión administrativa. 2. Revisión judicial. IV. Los casos de la Suprema Corte en los años ochenta.

I. LAS FUENTES DEL PODER DEL GOBIERNO NACIONAL PARA REGLAMENTAR LA INMIGRACIÓN

1. La doctrina del poder implícito

Hace un siglo, la Suprema Corte falló que las exclusiones severas y racistas y las disposiciones de deportación de la Ley de Exclusión China yacían dentro del poder del Congreso. La Corte falló en el sentido de que el poder para excluir y deportar a los extranjeros era concomitante a la soberanía de una nación¹⁵¹ ("Cada sociedad posee el derecho innegable de determinar cuáles miembros pueden integrarla").¹⁵² La Corte lo interpretó de la siguiente manera:

Es una máxima aceptada del Derecho Internacional que cada nación soberana tiene el poder, inherente en su soberanía, y esencial a su propia preservación, de prohibir a los extranjeros la entrada a su dominio, o bien a admitirlos sólo en los casos y en las condiciones que considere aceptables.¹⁵³

¹⁵¹ *Chae Chan Ping vs. United States*, 130 U.S. 581, 609 (1889) (Un extranjero chino salió de los Estados Unidos con un certificado válido de regreso y al volver se enteró de que en su ausencia el Congreso había anulado todos los certificados.) *Fong Yue Ting vs. United States*, 149 U.S. 698 (1893) (Se deportó a un residente de largo plazo, chino, por no poder encontrar testigos blancos que verificaran su residencia). La Suprema Corte sostuvo la exclusión y la deportación.

¹⁵² *Id.* at p. 607; *Nishimura Ekiu vs. United States*, 142 U.S. 651, 659 (1892). Un jefe indio sioux le aconsejó al vicepresidente de los Estados Unidos: "Tenga cuidado con sus leyes de inmigración. Nosotros descuidamos las nuestras"; Hull, *Without Justice For All, The Constitutional Rights of Aliens* (1985) at 7.

¹⁵³ Las cortes de los Estados Unidos rara vez se refieren al derecho internacional en asuntos de inmigración. Pero véase *Rodríguez-Fernández vs. Wilkinson*, 654 F.2d 1382 (10th Cir. 1981, contó con el derecho internacional para fallar que el encarcelamiento de los cubanos ["Marielitos"] era ilegal). El decimoprimer circuito falló que estas disposiciones internacionales no eran aplicables. *García-Mir vs. Meese*, 788 F.2d 1446 (11th Cir. 1986) cert. denied cub nom. *Ferrer-Mazorra vs. Meese*, 479 U.S. 889, 107 S.Ct 289 (1986).

La Suprema Corte ha seguido afirmando la justificación de estos casos del siglo XIX, particularmente con respecto al poder de excluir a extranjeros.¹⁵⁴ Esta doctrina supone que la fuente del poder no emana de la Constitución en sí, sino que es un poder inherente de la soberanía.

Otra justificación parecida es que la inmigración es una parte necesaria del poder de mantener relaciones exteriores, lo cual no está mencionado expresamente en la Constitución. De nuevo, el fundamento parece estar implícito en la independencia o en la soberanía de la nación.

Toda política hacia los extranjeros es vital y está íntimamente entrelazada con las políticas contemporáneas respecto a la conducta de las relaciones exteriores, el poder de la guerra, y el mantenimiento de una forma republicana de gobierno. Estos asuntos están tan enteramente confiados a las ramas políticas del gobierno como para ser inmunes a toda interferencia o revisión de parte del poder judicial. (cita de *United States vs. Curtiss-Wright*, 299 U.S. 304 (1936). *Harisiades vs. Shaughnessy*, 342 U.S. 580 (1952)).¹⁵⁵

2. Expresada en la Constitución

La doctrina de los poderes implícitos es una anomalía en el derecho constitucional de los Estados Unidos debido a que el gobierno federal “es uno de los poderes enumerados” que puede ejercer “sólo los poderes concedidos” y los poderes “necesarios y propios” a la ejecución de sus poderes delegados.¹⁵⁶ La Constitución concede expresamente al Congreso el poder de establecer reglas uniformes para la naturalización,¹⁵⁷ pero no contiene disposiciones para el

¹⁵⁴ *Fiallo vs. Bell*, 430 U.S. 787, 793 (1977) (Los asuntos sobre la clasificación de extranjeros para su admisión son “cuestiones de la política confiadas exclusivamente a las ramas del gobierno [...]”). El texto de los fallos de las cortes indica que las cuotas del país que ha excedido su cuota, como México, y por eso se impide la unificación de las familias, se dejaría esto a la merced del juicio del Congreso. Es decir, que “el Poder Legislativo del Congreso no tiene tanto poder sobre ningún otro aspecto en particular como el que tiene sobre” la admisión de extranjeros. *Oceanic Navigation Co. vs. Stranahan*, 214 U.S. 320 (1909).

¹⁵⁵ Esta justificación apareció por primera vez en 1883: “El poder de excluir o expulsar a los extranjeros, siendo un poder que afecta a las relaciones internacionales, está invertido en los departamentos políticos del gobierno.” *Fong Yue Ting vs. United States*, *supra*, at 713.

¹⁵⁶ *McCulloch vs. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 324 (1819). La novena enmienda preserva los derechos del pueblo que no están enumerados en la Constitución. Todo poder no delegado al gobierno federal ni prohibido a los estados, está reservado a los estados y al pueblo por virtud de la décima enmienda.

¹⁵⁷ La Constitución, art. I, § 8, cl. 4, concede al Congreso el poder “de establecer una norma uniforme de naturalización” (las citas son de la Constitución de los Estados Unidos, a menos de que se diga lo contrario).

control federal o estatal sobre la inmigración.¹⁵⁸ Sin embargo, la Suprema Corte ha fallado en el sentido de que el gobierno federal puede reglamentar la inmigración excluyendo a los estados como si se tratara de una incidencia sobre sus poderes de reglamentar el comercio exterior,¹⁵⁹ declarar la guerra¹⁶⁰ y celebrar tratados.¹⁶¹

3. La delegación congresional del poder a la rama ejecutiva

El Congreso puede delegar su poder de reglamentar la inmigración a los funcionarios de la rama ejecutiva,¹⁶² quienes pueden hacer una determinación de los hechos en cuanto a la posibilidad de excluir o deportar a las personas. En el primero de estos casos la Suprema Corte falló en el sentido de que este poder delegado no estaba sujeto a la revisión judicial.¹⁶³ La doctrina moderna es en el sentido de que las decisiones sobre inmigración de parte de funcionarios federales de los Estados Unidos, que afecten las garantías individuales, sí están sujetas a la revisión judicial, pero no las de los funcionarios del Departamento de Estado que se toman en el extranjero.¹⁶⁴

Pero la doctrina de los poderes implícitos no se aplica a las acciones de los funcionarios ejecutivos, quienes deben actuar de acuerdo con la autoridad que les concede el Congreso.¹⁶⁵ Sin embargo, la concesión de la autoridad discre-

¹⁵⁸ Art. I § 9, cl. 1. El poder limitado del Congreso de reglamentar la inmigración y la importación de personas hasta el año de 1808; sin embargo, esa cláusula se ha considerado como una que protege el comercio de esclavos.

¹⁵⁹ Art. I, § 8, cl.3. En *The Passenger Cases*, (7 How. 283 1849) la Suprema Corte prohibió un "impuesto individual o por persona" que un estado impuso sobre cada pasajero que arribaba porque el impuesto invadía el poder supremo de la Corte para reglamentar el comercio exterior. "La aprobación de las leyes que tratan sobre la admisión de los ciudadanos y los súbditos de otros países compete al Congreso y no a los estados." *Chy Lung vs. Freeman*, 92 U.S. (2 Otto) 275 (1875); *Hines vs. Davidowitz*, 312 U.S. 52, 65 (1941).

¹⁶⁰ Art. I, § 8, cl. 11 el cual se sostuvo para autorizar que se impidiera la entrada de extranjeros enemigos, así como su deportación (*Ludecke vs. Watkins*, 335 U.S. 160 (1948)).

¹⁶¹ Las relaciones exteriores, la naturalización, los poderes de celebrar tratados y de declarar la guerra — *Chae Chan Ping*, *supra*, 130 U.S. at 581, 606; *Ekiu*, *supra*, 142 U.S. at 651, 659.

¹⁶² Véanse las notas 68 a 70 y el texto que acompaña.

¹⁶³ *Ekiu vs. United States*, *supra*, at 661; el funcionario ejecutivo era el juez único y exclusivo de los hechos al determinar que un extranjero era deportable porque había la posibilidad de que se convirtiera en una carga para la sociedad; véase además *Fong Yue Ting*, *supra*.

¹⁶⁴ *Lem Moon Sing vs. United States*, 158 (1895); *Pena vs. Kissinger*, 409 F. Supp. 1182 (1976).

¹⁶⁵ *Mahler vs. Eby*, 264 U.S. 32 (1924), *Gegiow vs. Uhl*, 239 U.S. 3 (1915); *Olegario vs. United States*, 629 F.2d 204, 224, 226-28 (2d Cir. 1980) ("la rama ejecutiva no puede legislar sin una delegación de autoridad o sin un mandato del Congreso").

cionaria a estos funcionarios es generalmente bastante amplia y las cortes generalmente se muestran deferentes a las intepretaciones de los órganos gubernamentales.¹⁶⁶

4. *El poder de la inmigración y las garantías individuales*

A pesar del tono absoluto de los primeros casos, la Corte reconocía, aun entonces, que el Poder Judicial interferiría con estos poderes plenos cuando “haya sido autorizado por un tratado o por una ley, o sea requerido de hacerlo por la Suprema Ley de la Constitución”.¹⁶⁷ Las disposiciones de la Constitución que protegen las garantías individuales se aplican a los extranjeros.¹⁶⁸ Si bien los derechos de los extranjeros pueden tener sus propias normas particulares, las garantías individuales son para todas las personas. La Constitución original de 1787 no define la ciudadanía ni limita las protecciones constitucionales a los ciudadanos.¹⁶⁹

5. *El “debido proceso legal”*

La quinta enmienda protege al individuo de la posibilidad de que el gobierno federal lo despoje de la vida, la libertad y la propiedad sin el debido proceso legal. La enmienda decimocuarta, de igual manera, protege contra la acción de los estados. “El procedimiento relativo al debido proceso legal” prevé normas para la imparcialidad de la justicia en las audiencias y en otras actuaciones que priven al individuo de la vida, la libertad y la propiedad. La cláusula del “debido proceso legal” se aplica a los extranjeros en las audiencias de deportación y en algunas circunstancias en las audiencias de exclusión. Es la fuente principal de la revisión por parte del Poder Judicial de la acción administrativa en los casos de inmigración.

¹⁶⁶ Véase la sección más adelante titulada “Tendencias recientes en la revisión judicial”.

¹⁶⁷ *Fong Yue Ting, supra*, at 713.

¹⁶⁸ *Yick Wo vs. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886) [la cláusula de protección igual ante la ley de la decimocuarta enmienda protege a los extranjeros en contra de una acción discriminatoria de un Estado]; *Yamataya vs. Fisher*, 189 U.S. 86 (1903) (el caso de un japonés inmigrante) (el debido proceso legal de la quinta enmienda protege a las “personas” de la privación arbitraria de la vida, la libertad o la propiedad); *Matthews vs. Diaz*, 426 U.S. 67 (1976) (la protección igual ante la ley se aplica a los extranjeros a través de la cláusula del debido proceso de la quinta enmienda).

¹⁶⁹ La ciudadanía no fue tema de la legislación ni de ningún fallo de la Suprema Corte sino hasta el infame “fallo de Dred Scott” (*Scott vs. Sandford*, 60 U.S. [19 Howard] 393 [1857]), el cual concluyó que un esclavo fugitivo no tenía ninguna protección constitucional porque no era ciudadano. El caso fue revocado por la decimocuarta enmienda, la cual definía a un ciudadano como toda persona nacida en un territorio sujeto a la jurisdicción de los Estados Unidos, o bien, las personas naturalizadas.

6. "Igualdad de protección ante la ley"

La doctrina constitucional de la "igualdad de protección ante la ley" también se aplica a los extranjeros. Sin embargo, la misma doctrina es sustancialmente diferente para los extranjeros bajo las reglas federales y las estatales.¹⁷⁰ Debido a sus poderes plenos para reglamentar la inmigración, el Congreso puede elaborar reglas para ser aplicadas a los extranjeros, pero que serían inaceptables si se aplicaran a los ciudadanos. Esta legislación está sujeta sólo a la más mínima revisión judicial, o sea, a un "mínimo escrutinio" o "a una prueba de relación racional".¹⁷¹ En 1977, la Corte apoyó una ley que permitía la inmigración del hijo ilegítimo de una madre ciudadana, mientras le negaba tal categoría al hijo ilegítimo de padres ciudadanos.¹⁷² Sin embargo, la Corte les ha prohibido a las dependencias federales el discriminar contra los extranjeros, salvo si están expresamente autorizadas por el Congreso.¹⁷³

7. El cateo y la incautación

La cuarta enmienda prohíbe un cateo no razonable y la incautación de toda "persona", incluyendo a los extranjeros.¹⁷⁴ La patrulla fronteriza puede usar patrullas sin destino específico y patrullas en sitios fijos, cerca de la frontera, para detener e interrogar a los ocupantes de los automóviles y para registrar para ver si transportan extranjeros o contrabando.¹⁷⁵ Sin embargo, a los oficiales de inmigración que operan a una distancia de la frontera no se les permite "incautar" (detener) a las personas ni el cateo de sus vehículos basándose solamente en su apariencia física, sin mostrar "hechos articulables" que demuestren su actividad criminal (por ejemplo, una entrada ilegal al país o el contrabando de gente indocumentada).¹⁷⁶ Pero los extranjeros que "consienten"

¹⁷⁰ Véase la sección siguiente titulada: "II" "Las normas constitucionales del poder de los estados para legislar con respecto a los extranjeros", p. 705.

¹⁷¹ *Mathews vs. Diaz*, 426 U.S. 67 (1976) (por ejemplo, el Congreso puede discriminar en contra de los extranjeros imponiéndoles el requisito de tener un período más largo de residencia para ser aptos para la asistencia pública, siempre y cuando exista una base racional para la discriminación).

¹⁷² *Fiallo vs. Bell*, *supra*.

¹⁷³ *Hampton vs. Mow Sun Wong*, 426 U.S. 88 (1976).

¹⁷⁴ *Almeida-Sanchez vs. United States*, 413 U.S. 266 (1973).

¹⁷⁵ *Id.*

¹⁷⁶ *United States vs. Brignoni-Ponce*, 422 U.S. 873 (1975); *United States vs. Cortez*, 449 U.S. 411 (1981). El contrabando de extranjeros para entrar al país "sin inspección" es un delito (INA § 274, 8 U.S.C.A. § 1324). Bajo varias disposiciones de unas leyes estatales (por ejemplo, los estados de Arizona y de California, Cal. Penal Code sec. 836), la policía no puede legalmente arrestar a un extranjero por el delito de entrar, un delito menor, porque éste se efectúa cuando entra. Por eso, el delito no pudo haber sido cometido en la presencia de una oficial de la policía, que está a cierta distancia de la

en hablar con los oficiales de inmigración acerca de su estado o calidad migratoria, no se consideran incautados (detenidos).¹⁷⁷

Sin embargo, a pesar de la violación de los derechos del extranjero garantizados por la cuarta enmienda, de ser libre de cateo e incautación no razonable, ninguna de las pruebas obtenidas ilegalmente ni su identidad (después de un arresto ilegal) serán suprimidas en una audiencia de deportación.¹⁷⁸ Pero si tales procedimientos constituyeran una extraordinaria violación de los derechos de la cuarta enmienda, el procedimiento resultante puede ser considerado como una violación del debido proceso legal.¹⁷⁹ Además, por lo menos en teoría los extranjeros pueden demandar judicialmente a los oficiales públicos por daños monetarios debido a las violaciones de sus derechos civiles¹⁸⁰ o pueden objetar, mediante el litigio, las prácticas ilegales de la policía.¹⁸¹

8. El privilegio en contra de la autoincriminación

Debido a que la base legal para la deportación de la mayoría de las personas indocumentadas ("entrada sin haber sido inspeccionado") es también un delito,¹⁸² tales extranjeros disfrutan de la protección constitucional de no autoincriminarse y pueden rehusarse a contestar preguntas sobre su entrada ilegal a los Estados Unidos.¹⁸³ A los extranjeros no se les informa de la disponibilidad de este privilegio sino hasta después de su arresto y su interrogatorio.¹⁸⁴ Sin embargo, las técnicas opresivas de interrogación por los oficiales de la inmigración puede ser consideradas, en casos extremos, una violación del derecho a un debido proceso legal del extranjero.¹⁸⁵

frontera, lo cual se requiere para un arresto válido de un delito menor. *Gonzales vs. City of Peoria*, 722 F.2d 468 (9th Cir. 1983).

¹⁷⁷ El hecho de que el extranjero habla con oficiales armados y uniformados, de mutuo acuerdo, no es una "incautación", *INS vs. Delgado*, — U.S. —, 104 S.Ct. 1758 (1984) (Se falló que aunque los extranjeros que han tratado de evitar una redada de inmigración donde trabajan, han tomado parte en una plática "de mutuo acuerdo").

¹⁷⁸ *INS vs. López-Mendoza*, 468 U. S. 1032 (1984).

¹⁷⁹ *Id.*

¹⁸⁰ *Bevins vs. Sid Unknown Armed Agents of the Federal Bureau of Narcotics*, 403 U. S. 388 (1971).

¹⁸¹ *Zepeda vs. INS*, 707 F. 2d 355 (9th Cir. 1983) (interdicto en contra de ciertos arrestos y registros de la INS).

¹⁸² INA § 241 (a) (2), 275, 8 U. S. C. A. § 1325.

¹⁸³ Sin embargo, el juez de inmigración, en una audiencia de deportación, puede inferir negativamente debido al uso de este privilegio por el extranjero. *INS vs. López-Mendoza*, *supra*.

¹⁸⁴ 8 C. F. R. § 287.3; los extranjeros no tienen el derecho al famoso "Miranda warning" porque la deportación se considera un procedimiento civil y no penal. *Trias-Hernández vs. INS*, 528 F. 2d 366 (1975).

¹⁸⁵ *Choy vs. Barber*, 279 F. 2d 642 (9th Cir. 1960); *Navia-Duran vs. INS*, 568 F. 2d 803 (1st Cir. 1977).

9. *La libertad de palabra, de prensa, de religión y de asamblea*

Los extranjeros que están en los Estados Unidos tienen el derecho a las protecciones de la primera enmienda, las cuales incluyen la libertad de palabra, de prensa, de religión y de asamblea.¹⁸⁶ La jurisprudencia reciente sugiere que los extranjeros en busca de la admisión a los Estados Unidos no deben ser excluidos tomando sólo como base sus ideas. Tales exclusiones implicarían los derechos de la primera enmienda de los ciudadanos que requieren asociarse con tales extranjeros y que quieren escucharlos hablar.¹⁸⁷

10. *La exclusión y la deportación no se consideran un "castigo penal"*

Una doctrina constitucional crítica en la ley de inmigración es que ni la exclusión ni la deportación son "castigos" en el sentido penal.¹⁸⁸ Las cortes han mantenido esta ficción legal por el último siglo, a pesar de admitir que la deportación es una "sanción"¹⁸⁹ que puede privar al individuo de "todo lo que hace que la vida valga la pena".¹⁹⁰ Las consecuencias legales de esta doctrina son extremadamente importantes, porque significa que las garantías individuales más fundamentales para los acusados, como el juicio por jurado; la protección en contra de los cateos e incautaciones no razonables; de la autoincriminación, de una pena cruel y extraordinaria, de *ex post facto* (penas

¹⁸⁶ *Bridges vs. Wixon*, 326 U. S. 135 (1945) (el tribunal interpretó que el estatuto que requería la deportación de los subversivos debe ser interpretado de manera que incluya sólo a los miembros activos que tienen la intención específica de derrocar violentamente al gobierno, para así evitar que el estatuto sea fallado anticonstitucional).

¹⁸⁷ *Kleinstidents vs. Mandel*, 408, U.S. 753 (1962) (el tribunal reconoció que tales derechos de la primera enmienda estaban "implícitos" pero declaró que no revisaría "razones legítimas en su apariencia y de buena fe" para las exclusiones. Las cortes federales de primera instancia interpretaron este caso para impedir las exclusiones tomando en cuenta como única base la ideología del extranjero, cuando no está implicada la seguridad nacional. *Allende vs. Shultz*, 605 F. Supp. 1220 (D. Mass. 1985); *Abourezk vs. Reagan*, 785 F. 2d 1043 (D. C. Cir.), cert. granted, 479 U. S. 1016, 107 S. Ct. 666 (1986) Véase también Shapiro, "Ideological Exclusions: Closing the Border to Political Dissidents", 100 *Harv L. Rev.* 930 (1987).

¹⁸⁸ La Suprema Corte así lo estableció en el caso *Fong Yue Ting, supra*. Las únicas excepciones han sido donde la "sanción va acompañada de una condena de un año de "trabajo forzado", lo cual se considera un "castigo", *Wong Wing vs. United States*, 163 U. S. 228 (1896). La privación involuntaria de la ciudadanía para un desertor de las fuerzas armadas se consideró como una "pena cruel y extraordinaria" dentro del significado de la octava enmienda (*Trop. vs. Dulles*, 365 U. S. 86, 101 (1958)). Sin embargo, la Suprema Corte limitó más adelante el caso *Trop* a casos involucrados en penas penales" (*Ingraham vs. Wright*, 430 U. S. 651 (1977)).

¹⁸⁹ *Fong Haw Tan vs. Phelan*, 333 U. S. 6, 10 (1948).

¹⁹⁰ *Ng Fung Ho. White*, 259 U. S. 276, 284 (1922).

retroactivas)¹⁹¹ y de escritos de proscripción y confiscación (pena legislativa de los individuos),¹⁹² simplemente no están disponibles.

11. Causales de la exclusión

La exclusión de la INA establece 33 causales diferentes para la exclusión, las que se aplican a todo extranjero que busca “entrada” bajo una visa de inmigrante (permanente) o de no inmigrante (temporal).¹⁹³ Aunque las cortes no han sostenido que las disposiciones para la exclusión son anticonstitucionales, en algunas ocasiones han interpretado estas disposiciones de una manera más generosa de la que lo hacen los órganos federales.¹⁹⁴ Una cuestión constitucional fundamental es si el Congreso o la rama ejecutiva puede excluir a los extranjeros, siendo la nacionalidad, la única causal. A la vez que la INA prohíbe tal discriminación,¹⁹⁵ en un caso reciente, en el cual estaban implicados unos inmigrantes haitianos y cubanos (“marielitos”) quienes fueron excluidos en masa, la Corte dejó sin resolver el estado constitucional de dichos individuos no admitidos.¹⁹⁶

¹⁹¹ *Harisiades vs. Shaughnessy*, 342 U. S. 580 (1952).

¹⁹² *Linnas vs. INS*, 790 F. 2d 1024 (2nd Cir. 1986).

¹⁹³ Véase INA § 212 (a), 8 U. S. C. A. § 1182 y nota 73 y el texto que la acompaña.

¹⁹⁴ Las normas posibles de la exclusión por razones ideológicas están discutidas en una sección anterior sobre la primera enmienda. Otro ejemplo es la de la exclusión de homosexuales, en cuyo caso ha decidido por lo menos una corte de circuito, que requiere el certificado de una oficina del Cirujano General declarando que tal extranjero está “afligido” con una “personalidad sicopática” o con “una desviación sexual”. Debido a que el Cirujano General ha tomado la postura de que el homosexualismo no es una enfermedad, los extranjeros homosexuales sólo pueden ser excluidos si proclaman su preferencia sexual. *Hill vs. INS*, 714 F. 2d 14, 1472 (9th Cir. 1983) que falló en el sentido opuesto. Pero véase *Matter of Longstaff*, 716 F. 2d 1439 cert. denied 467 U. S. 1219, 104 S. Ct. 2668 (5th Cir. 1983). Por lo tanto, los extranjeros homosexuales que entran por la costa oeste confrontan un procedimiento más generoso que aquellos que entran por Nueva Orleans, Luisiana.

¹⁹⁵ INA § 202 (a), 8 U. S. C. A. § 1152 dispone que “ninguna persona debe recibir alguna preferencia o prioridad o ser objeto de discriminación en el otorgamiento de una visa de inmigrante debido a su raza, sexo, nacionalidad, lugar de nacimiento, o lugar de residencia, excepto según se dispone [...] en la cuota del país o los sistemas de preferencia”.

¹⁹⁶ El Undécimo Circuito falló, como lo ha hecho la Suprema Corte anteriormente, que los extranjeros no admitidos “siguen sin tener derechos constitucionales con respecto a su solicitud de admisión y deben de contentarse con cualquier derecho legal que el Congreso conceda”. *Jean vs. Nelson*, 727 F. 2d 957, cert. granted, 472 U. S. 846, 105 S. Ct. 563 (1984). La Suprema Corte simplemente afirmó su fallo, en la base no constitucional de que la discriminación por el origen nacional violaría las regulaciones y política de la INA e INS. *Jean vs. Nelson*, 472 U. S. 846 (1985). (La corte contaba con la antigua doctrina de que las cortes deben negarse a fallar sobre asuntos constitucionales si el caso puede resolverse de una manera no constitucional).

12. *El debido proceso legal en casos de exclusión*

En los casos de exclusión, la Suprema Corte falló consistentemente, por lo menos en los años cincuenta, que “no importa cuáles sean los precedimientos autorizados por el Congreso, se trata del debido proceso legal cuando se habla de la entrada de un extranjero”.¹⁹⁷ Dicho de otra forma, un extranjero que busca la entrada¹⁹⁸ disfruta sólo de las garantías individuales que el Congreso le da. Esta doctrina se ha aplicado tradicionalmente no sólo a los extranjeros que buscan la entrada por primera vez, sino también a los residentes permanentes que han salido del país y que después, al volver se les excluye.¹⁹⁹ La Corte aprobó la exclusión de un extranjero residente durante diecinueve años, que estaba “reingresando” sin una audiencia o notificación de la causal de su exclusión.²⁰⁰ Debido a la dureza de la doctrina del reingreso, las cortes y las dependencias administrativas le han dado al término “entrada” un significado muy restrictivo y técnico para proteger a los residentes permanentes que regresan de exclusiones arbitrarias.²⁰¹

Los extranjeros que no han “entrado” a los Estados Unidos, pero que persiguen la “admisión”, están sujetos a las audiencias de exclusión. Tales extranjeros disfrutaban de menos garantías en el procedimiento que aquellos que están en el proceso de deportación.²⁰² Los extranjeros que han sido “puestos en libertad” o inspeccionados y admitidos bajo “entrada condicional”, no se considera que han entrado al país.²⁰³

Más recientemente, la Corte ha fallado en el sentido de que el debido proceso legal le da derecho al residente permanente que regresa y es excluido o deportado a una audiencia imparcial para considerar o no si ha “entrado”

¹⁹⁷ *United States ex rel Knauff vs. Shaughnessy*, 338 U. S. 537, 544 (1950).

¹⁹⁸ En contraste, las garantías del debido proceso legal para los extranjeros deportados tienen una base constitucional. Véase la discusión más adelante.

¹⁹⁹ Esta doctrina de “reingreso” fue anunciada por primera vez por la Suprema Corte en *United States ex rel. Volpe vs. Smith*, 289 U. S. 422 (1933) (un residente permanente durante veintidos años salió del país para viajar a Cuba por un breve periodo, y al regresar fue excluido, por ser condenado de un delito por el cual no hubiera sido deportado).

²⁰⁰ *Shaughnessy vs. United States ex rel. vs. Mezei*, 345 U. S. 206 (1953).

²⁰¹ Se efectúa una “entrada” cuando se cruza a un territorio de los Estados Unidos y cuando hay una inspección por los oficiales de inmigración o cuando ha habido una evasión intencional de la inspección y la “entrada” a los Estados Unidos mientras se está libre de restricción física. *Matter of Pierre*, 14 I & N Dec. 467 (BIA 1973). La Suprema Corte ha usado su poder para interpretar los estatutos para limitar su propia “doctrina de reingreso” o una que no fue “casual, breve, e inocente”. *Rosenberg vs. Fleuti*, 374 U. S. 449 (1963).

²⁰² En las audiencias de exclusión, el extranjero tiene la carga de la prueba de mostrar admisibilidad, mientras que en las audiencias de deportación, el gobierno debe mostrar deportabilidad mediante una carga de prueba “clara, convincente e inequívoca”.

²⁰³ *Leng May Ma vs. Barber*, 357 U. S. 185 (1958).

a este país.²⁰⁴ La Suprema Corte devolvió el caso a la corte de circuito que aplicó la fórmula equilibrante del debido proceso de ley. Lo significativo de este caso es que los residentes permanentes ya tienen establecido el derecho al “debido proceso de ley” antes de que pudieran ser excluidos o deportados, no importa si están regresando al país.²⁰⁵

13. Los refugiados y el asilo político

“Los refugiados” son personas con calidad migratoria de extranjeros en busca de admisión (y, por lo tanto, sujetos a una audiencia de exclusión) o las que están defendiéndose en una audiencia de deportación. Esta diferencia procesal depende de la suerte de haber sido arrestado antes o después de su intento de entrar al país. Su estado sustancial es definido por las normas de cierta ley internacional²⁰⁶ y La Ley de Refugiados de 1980,²⁰⁷ la cual aplicó esas normas. Un “refugiado” es una persona a la “que no le es posible regresar a, o beneficiarse de la protección de, [...] el país de la nacionalidad o por personas sin nacionalidad donde residían [...] debido a un temor bien fundado de persecución debido a raza, religión, nacionalidad, calidad de socio de un grupo social en particular u opinión política”.²⁰⁸ Los extranjeros deben solicitar la calidad de refugiado en cualquier embajada de los Estados Unidos

²⁰⁴ *Landon vs. Plasencia, supra*, el cual cita a *Kwong Hai Chew vs. Colding*, 344 U. S. 590 (1953) como un caso que implica a un marinero que regresó, cuyo estado fue “asimilado” mediante un propósito constitucional al de alguien que no había dejado el país.

²⁰⁵ Al evaluar el procedimiento en cada caso, las cortes deben considerar “el interés que arriesga todo individuo, el riesgo de privaciones erróneas del interés a través de los procedimientos usados, también el valor probable del uso de procedimiento diferentes o adicionales, y el interés del gobierno en usar los procedimientos actuales en vez de las normas distintas u otras protecciones [...]”. *Matthews vs. Eldridge*, 424 U. S. 319, 334-335 (1976). *Landon vs. Plasencia, supra*.

²⁰⁶ Después de la Segunda Guerra Mundial muchos de los países suscriptores de las Naciones Unidas se adhirieron a la “Convención Relacionada con el Estado de los Refugiados” (1954) 189 U. N. T. S. 137. Mientras que los Estados Unidos no firmaron la Convención, sí firmaron el protocolo relacionado con el estado de los refugiados (1967) 606 U. N. T. S. 267, 19 U. S. T. 6223, T. I. A. S. No. 6577. Hasta la fecha México no ha firmado esta convención. Véase Jesús Rodríguez y Rodríguez “La situación jurídica de los refugiados guatemaltecos conforme a los derechos interno e internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XXI, núm. 63, septiembrediciembre de 1987.

²⁰⁷ Pub. L. No. 96-212, 94 Stat. 107.

²⁰⁸ INA § 101 (a) (42), 8 U. S. C. A. § 1101 (a) (42).

²⁰⁹ INA § 207, 8 U. S. C. A. § 1157.

o puesto consultar en el extranjero²⁰⁹ o solicitar “asilo político” dentro de los Estados Unidos.²¹⁰

Mientras que la Convención internacional establece que los “refugiados” no deben ser *refouled* o (o devuelta) al país donde hayan sufrido persecución,²¹¹ la Suprema Corte²¹² ha distinguido entre una “retención de deportación” obligatoria (una suspensión temporal de la repatriación obligada²¹³) y el “asilo político”.²¹⁴ El asilo político es un beneficio discrecional, el cual hace apto al beneficiario para solicitar la calidad de residente permanente más adelante.²¹⁵ En 1987, la Suprema Corte adoptó una norma más fácil de la carga de la prueba para ser aptos al asilo político; de hecho, el definir un temor bien fundado fue la posibilidad razonable de persecución (si un solicitante tiene un 10% de probabilidad de recibir una herida de bala, de ser torturado o de ser de otra manera perseguido, califica).²¹⁶ Sin embargo, el SIN ha justificado “las denegaciones discrecionales” de asilo a refugiados que de otra forma califican, basándose en la entrada fraudulenta a los Estados Unidos.²¹⁷

Una interpretación más reciente y liberal por las cortes debe resultar en más concesiones de asilo, a pesar del patrón que se ve en los Estados Unidos de rara vez conceder asilo a las personas que huyen de regímenes que simpatizan con los Estados Unidos.²¹⁸ La práctica de los Estados Unidos de ser asesorado

²¹⁰ INA § 207, 8 U. S. C. A. § 1158. Los extranjeros pueden solicitar asilo directamente ante el SIN o en el contexto de deportación o de audiencias de exclusión. 8 C. F. R. § § 208.3.

²¹¹ Convención, *supra*, art. 33.

²¹² *INS vs. Stevic*, 467 U. S. 407 (1984). (La Corte sostuvo que una orden reteniendo la deportación requería la prueba de “una clara probabilidad”, o una mayor probabilidad que sí que de no).

²¹³ INA § 243 (h), 8 U. S. C. A. § 1253 (h).

²¹⁴ INA § 208 (a), 8 U. S. C. A. § 1158 (a).

²¹⁵ INA § 209, 8 U. S. C. A. § 1159.

²¹⁶ *INS vs. Cardoza-Fonseca*, 480 U. S. 421 (1978). La Corte citó a un importante escritor sobre la norma internacional, en que “si hay una verdadera posibilidad de que él sufra de persecución, esa es una razón suficiente, y su ‘miedo’ está ‘bien fundado’”, 1 A Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*.

²¹⁷ *Matter of Salim*, Int. Dec. 2292 (B. I. A. 1982). Véase además 8 C. F. R. § 208.8; pero en el caso de *Matter of Pula*, Int. Dec. 3033 (B. I. A. 1987) la Junta de Apelación de la Inmigración falló que en los casos de refugiados que han pasado por otros países de paso hacia los Estados Unidos, la denegación discrecional de los jueces administrativos debe tomar en consideración si la llegada fue directamente a los Estados Unidos o si había procedimientos en el extranjero para su solicitud como refugiado, su estancia en el extranjero, el potencial para una estancia permanente y segura allá, la existencia de parientes en este país y en el extranjero, el uso del fraude al entrar y la condición personal del refugiado.

²¹⁸ Véase Helton, Arthur, “Political Asylum under the 1980 Refugee Act: An Unfulfilled Promise”, 17 *Univ. of Mich. J. of Law Review* 243 (1984). Aleinikoff and Martin, *op. cit.*, 1987 *Supplement*, p. 90., han comentado que “La controversia continúa sobre la tasa de aprobación para los que desean asilo político de ciertos países, especialmente

por el Departamento de Estado (el cual formula la política exterior) ha sido criticada pero nunca ilegalizada por las cortes.²¹⁹ Las cortes de circuito federales han jugado un papel principal en la revisión y, con frecuencia, la anulación de las denegaciones del SIN de conceder asilo.²²⁰

14. Causas de la deportación

Las cortes han fallado consistentemente que las *causales* para la deportación estriban solamente en la prerrogativa del Congreso. La INA establece diecinueve causales de deportación.²²¹ En algunas ocasiones las cortes interpretaron estas causales en una forma estrecha para evitar lo que la Corte sugería sería un resultado anticonstitucional.²²² Sin embargo, ha sido aprobada la deportación de los extranjeros que han sido miembros del partido comunista, tan remotamente como veinticinco años *antes* de la implantación de los estatutos que proveyeron la deportación por tal calidad de socio.²²³ Las causales más comunes para la deportación son: la entrada sin ser inspeccionado²²⁴ o con documentos falsos o inadecuados,²²⁵ la condena por delitos de depravación moral²²⁶ o no cumplir con las condiciones de la visa de no inmigrante.²²⁷

de El Salvador (2 a 3 por ciento), y Guatemala (menos del 1 por ciento) en los últimos años. Muchos critican que las normas se aplican de una manera desigual, siendo más estrictos con los refugiados de los gobiernos de derecha, y con más liberalidad con los refugiados de los países comunistas. Véase en forma general, General Accounting Office, *Asylum: Uniform Application of Standards Uncertain-Few Denied Applicants Deported* (1987; U. S. Committee for Refugees, *Despite a Generous Spirit: Denying Asylum in the United States 6-11* (1986). El patrón real de aprobación es más mixto de lo esperado, *id.*, at 8-9, pero hay campo para bastante inquietud.

²¹⁹ *Zamora vs. INS*, 534 F. 2d 1055 2d Cir. 1976); *Hotel and Restaurant Employees Union vs. Smith*, 594 F. Supp. 502 (D. D. C. 1984); 8 C. F. R. § 208.7, 208.10 (b).

²²⁰ *Bolaños-Hernández vs. Smith*, 749 F. 2d 1316 (9th Cir. 1984); *Hernández-Ortiz*, 777 F. 2d 509 (9th Cir. 1985).

²²¹ Véanse la nota 75, el texto que la acompaña e INA § 241 (a), 8 U.S.C.A. § 1251 (a).

²²² Véanse las notas 186 y 187 y el texto que las acompaña.

²²³ *Galvin vs. Press*, 347 U.S. 522 (1954). La Corte falló anteriormente que dicha calidad de socio tenía que ser actual para justificar la deportación. *Kessler vs. Strecker*, 307 U.S. 22 (1933). El Congreso legisló más adelante una autorización para la deportación por la calidad pasada de socio y la Corte la aprobó. *Harisiades vs. Shaughnessy*, *supra*.

²²⁴ INA § 241 (a) (2), 8 U.S.C.A. § 1251 (a) (2).

²²⁵ INA § 241 (a) (1), 8 U.S.C.A. § 1251 (a) (1).

²²⁶ INA § 241 (a) (4), 8 U.S.C.A. § 1251 (a) (4). La Suprema Corte falló que el término "vileza moral" es lo suficientemente definido para darle una notificación justa a los extranjeros de que tales delitos pueden resultar en su deportación. *Jordan vs. McGeorge*, 341 U.S. 223 (1951).

²²⁷ INA § 241 (a) (9), 8 U.S.C.A. § 1251 (a) (9). Las causales más comunes serían el no mantener la calidad de estudiante o el empleo no autorizado. Un asunto constitucional potencial es si la prueba preliminar de ser extranjero (por ejemplo, nacer en el

15. *El debido proceso legal en la deportación*

Desde el año 1903, la Suprema Corte ha sostenido que los extranjeros que se enfrentan a la deportación tienen el derecho a las garantías de la quinta enmienda de un “debido proceso legal” en el procedimiento.²²⁸ De acuerdo con esto, las cortes federales revisarán la “justicia fundamental”²²⁹ de las audiencias de deportación, como también los actos del Congreso y las acciones de la rama ejecutiva.²³⁰ Aunque la Suprema Corte y las cortes federales de primera instancia no han encontrado (con una sola excepción)²³¹ que un estatuto de inmigración federal sea anticonstitucional, han usado su poder para “interpretar los estatutos”²³² para evitar resultados absurdos²³³ o anticonstitucionales,²³⁴ y para anular las órdenes de deportación. Estos fallos se han basado generalmente en la cláusula del debido proceso legal de la quinta enmienda, pero ocasionalmente se han basado en las garantías de igualdad de protección

extranjero) es suficiente para desviar la carga de la prueba al extranjero para establecer su entrada legal. Una corte de circuito falló que el estatuto que establece tal desvío de la carga de la prueba (INA § 291, 8 U.S.C.A. § 1361) sólo se aplica a los casos de entrada sin inspección y el aplicarlo a los casos de no inmigrantes de hecho añadiría una nueva causal para la deportación, violando así el debido proceso legal. *Irán vs. INS*, 656 F. 2d 469 (1972). La Junta de apelaciones administrativas de la INS (Board of Immigration Appeal.) limitó este fallo al Circuito Noveno. *Matter of Benitez*, Int. Dec. 2979 (B.I.A. 1984).

²²⁸ *Yamataya vs. Fisher*, 189 U.S. 86 (1903). Al principio, las cortes se veían inclinadas a tratar tales asuntos de procedimiento como fuera del alcance de la revisión judicial. *Fong Yue Ting*, *supra* (el requisito de tener un testigo blanco para la certificación de ser residente fue sumariamente aprobado).

²²⁹ *Bridges vs. Wixon*, 326 U.S. 134 (1945) por ejemplo, las cortes pueden fallar que la privación de un abogado (gratis) o el derecho de confrontar a un testigo, violan el debido proceso legal, aunque estos derechos son solamente dispuestos específicamente para la defensa en enjuiciamientos penales bajo la quinta y sexta enmiendas. *Aguilera-Enrique vs. INS*, 51 6F. 2d 565, *cert denied* 423 U.S. 1050 (6th Cir. 1975); *Baliza vs. INS*, 696 F. 2d 1241 (9th Cir. 1983).

²³⁰ En *Wong Yang Sung vs. McGrath*, 339 U.S. 33 (1950) la Corte falló en el sentido de que el debido proceso legal requería que los procedimientos de deportación fueran regidos por la Ley de Procedimientos Administrativos. Más adelante, después de que el Congreso había exentado tales procedimientos, la Corte interpretó que la INA requería que el gobierno probara su caso en una audiencia de deportación, con pruebas “claras, inequívocas, y convincentes”. *Woodby vs. INS*, *supra*. La Corte impuso esta “carga de la prueba” que es más estricta que en un caso civil (“más probable que no”) aunque el Congreso no lo había dispuesto.

²³¹ *INS vs. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983) (el veto de una sola Cámara se falló anti-constitucional y en violación de la doctrina de la separación de los poderes, la cual requiere una acción del Congreso en ambas Cámaras).

²³² *Woodby vs. INS*, *supra*.

²³³ *Rosenberg vs. Fleuti*, *supra*.

²³⁴ *Kwong Hai Chew vs. Colding*, *supra*; *Landon vs. Plasencia*, *supra*.

ante la ley,²³⁵ implícitas en la cláusula del debido proceso legal de la quinta enmienda.²³⁶

II. LAS NORMAS CONSTITUCIONALES SOBRE EL PODER DE LOS ESTADOS PARA LEGISLAR RESPECTO DE LOS EXTRANJEROS. CIUDADANÍA

La decimocuarta enmienda prohíbe que los estados le nieguen a “cualquier persona dentro de su jurisdicción una igualdad de protección ante la ley” y de esta forma protege a toda “persona” dentro de la jurisdicción de los estados.²³⁷ A principios del siglo XX, la Corte aprobó muchas leyes estatales que discriminaban en contra de los extranjeros permanentes legales.²³⁸ Sin embargo, más adelante la Corte empezó a escrutinar dichas leyes estatales más cuidadosamente y falló en el sentido de que tales estatutos eran anticonstitucionales. Estas medidas incluían varias leyes prohibiéndole a los patronos particulares que emplearan a extranjeros²³⁹ y una ley de California que les prohibía a los extranjeros japoneses el obtener licencias para la pesca comercial.²⁴⁰ En 1971, la Suprema Corte falló en el sentido de que los extranjeros quienes eran residentes permanentes eran una “clase sospechosa”, lo cual significaba que se tenía el derecho de aumentar el escrutinio bajo la cláusula de igualdad de protección ante la ley de la decimocuarta enmienda.²⁴¹ Los estados ya no pueden negarle a los extranjeros el bienestar público, los préstamos para la educación, los trabajos de servicio civil estatal, ni las licencias para ejercer la abogacía tomando como base su calidad migratoria, a menos que el estado pudiera demostrar una “justificación que compele” para ejercer tal discriminación.²⁴² Pero, más tarde, la Corte desarrolló una excepción a esta doctrina. No se necesita tener una justificación en cuanto a los requisitos de la ciudadanía para los empleados públicos que hacen decisiones discrecionales como

²³⁵ *Francis vs. INS*, 532 F. 2d 268 (2nd Cir. 1976).

²³⁶ *Bridges vs. Wixon*, *supra*.

²³⁷ *Yick Wo vs. Hopkins*, *supra*, vio que era anticonstitucional el cumplimiento discriminatorio de un estatuto de la ciudad, lo cual resultó en la denegación de todas las solicitudes para el establecimiento de lavanderías con extranjeros chinos como propietarios

²³⁸ *Patson vs. Pennsylvania*, 232 U.S. 138 (1913) (se aprobó una ley que prohibía a los extranjeros tener armas y cazar pájaros y animales silvestres); *Heim vs. McCall*, 239 U.S. 175 (1915) (obras públicas); *Terrace vs. Thompson*, 263 U.S. 197 (1923) (la prohibición de ser propietario); *Potterfield vs. Webb*, 263 U.S. 225 (1923) (los agricultores orientales tienen diferentes criterios).

²³⁹ *Truax vs. Raich*, 239 U.S. 48 (1923).

²⁴⁰ *Takashi vs. Rish and Game Commission*, 334, U.S. 410 (1948).

²⁴¹ *Graham vs. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971).

²⁴² *Graham vs. Richardson*, *supra*, (requisito de residencia discriminatoria para bienestar público); *Nyquist vs. Mauclet*, 432 U.S. 1 (1977) (préstamos para la educación); *Sugarman vs. Dougall* 413 U.S. 634 (1972) (servicio civil estatal); *In Re Griffiths*, 413 U.S. 717 (1972) (licencia de la abogacía).

representantes de la “comunidad política”, tales como la policía, los agentes de libertad bajo palabra, y los maestros de escuelas públicas.²⁴³

La Corte también falló que los niños indocumentados de los extranjeros son una clase especial que merece garantías, dada su inocencia, y que la legislación que discrimine en contra de ellos en un ámbito importante (como negarle la educación pública gratuita) estaría sujeta a un “escrutinio intermedio”.²⁴⁴ Se falló en el sentido de que la legislación de Texas violaba la cláusula de igualdad de protección ante la ley porque Texas no pudo demostrar una “justificación sustancial” para ella.

Ciudadanía

Los ciudadanos tienen derecho a ciertas garantías de su calidad, las que no están disponibles a los extranjeros. Por ejemplo, tanto la naturalización como la desnaturalización requieren de decretos judiciales.²⁴⁵ A las personas que alegan tener ciudadanía se les debe conceder una audiencia judicial para determinar su supuesta calidad antes de que sean excluidas.²⁴⁶ Los ciudadanos no deben ser deportados, pero los hijos de los extranjeros que son ciudadanos no están protegidos de las consecuencias prácticas de la deportación de sus padres.²⁴⁷

III. TENDENCIAS RECIENTES EN LA REVISIÓN JUDICIAL DISPONIBILIDAD DE LA REVISIÓN JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA

Los fallos administrativos del Servicio de Inmigración y Naturalización están sujetos a una revisión judicial y administrativa.

1. *Revisión administrativa*

La Oficina Ejecutiva de Revisión de Inmigración (mejor conocida por sus siglas en inglés “EOIR”, es decir, *Executive Office of Administrative Review*) es una agencia independiente dentro de la rama ejecutiva, responsable de la

²⁴³ *Foley vs. Connelie*, 435 U.S. 291 (1978) (la policía); *Arbuch vs. Norwick*, (1979) (maestros de escuela pública) *Cabell vs. Chávez-Salido*, 454 U.S. 432 (1982) (agentes de libertad bajo palabra) pero no notarios públicos, quienes llevan a cabo sólo la función ministerial de verificar la identidad de las personas que firman los “documentos notarizados” *Bernal vs. Fainter*, 467 U.S. 432 (1982).

²⁴⁴ *Plyer vs. Doe*, 457 U.S. 202 (1982).

²⁴⁵ INA §§ 316, 318, 340, 8 U.S.C.A. §§ 1427, 1429, 1451.

²⁴⁶ *Ng Fung Ho vs. White*, *supra*.

²⁴⁷ *Acosta vs. Gaffney*, 558 F. 2d 1153 (3d Cir. 1977) (los padres quedan en libertad de decidir acerca de la custodia y la residencia de sus hijos).

revisión administrativa de ciertos fallos. La Junta de Apelaciones de Inmigración (mejor conocida por sus siglas en inglés "BIA", es decir *Board of Immigration Appeals*), dentro de la EOIR, considera las apelaciones de los fallos administrativos más serios, como las órdenes de exclusión y de deportación que dictan los jueces de inmigración.²⁴⁸ Sin embargo, muchos fallos administrativos del SIN los hacen los directores de distrito del SIN y nunca van ante los jueces de inmigración. Estos fallos también están sujetos a una revisión administrativa dentro del SIN.²⁴⁹

2. Revisión judicial

En general, la mayoría de las acciones de las dependencias federales, incluyendo los fallos sobre la inmigración, son revisables por las cortes federales.²⁵⁰ Además de corregir errores, otra razón igualmente importante para pedir una revisión judicial es simplemente para retrasar la deportación, la cual queda pendiente automáticamente mientras se decide la apelación directa de las órdenes de deportación.²⁵¹ Casi todo fallo administrativo está sujeto a mociones administrativas para revisarlo o reabrirlo, las cuales, a su vez, están sujetas a una revisión judicial y administrativa.²⁵²

A pesar del texto del Congreso, de que la acción administrativa de las autoridades de inmigración es final, las cortes, no obstante, encontraron formas de revisar estos fallos, algunas veces apoyándose en un fundamento constitucional.²⁵³ Los jueces de inmigración y la Junta de Apelación de Inmigración se consideran atados a estatutos y reglamentos y no tienen autoridad para

²⁴⁸ Estas órdenes las toman los jueces de derecho migratorio, quienes son jueces de derecho administrativo nombrados por el ministro principal de la EOIR.

²⁴⁹ Se pueden apelar ante el comisionado asociado para las exámenes de la Oficina Central que ha establecido la Unidad de Apelaciones Administrativas (AAU, *Administrative Appeals Unit*). Estos fallos incluyen las solicitudes para las visas de inmigrante basadas en las preferencias de ocupación y las decisiones que afectan las visas de no inmigrantes. Otros fallos, como el ajuste de la calidad y las peticiones de asilo político, no se pueden apelar, pero se pueden revisar *de novo* por un juez de inmigración en el contexto de una audiencia de deportación.

²⁵⁰ *Abbott Laboratories vs. Gardner*, 387 U.S. 136, 140-41, 87 S. Ct. 1507, 1510, 1511 (1967); *Barlow vs. Collins*, 397 U.S. 159, 166 (1970) y véase en general K.C. Davis, *Administrative Law of the Seventies*, chs. 29, 30 (1976); L. Jaffe, *Judicial Control of Administrative Action*, 586-98 (1985); y Schuck, "The Transformation of Immigration Law", 84 *Colum. L. Rev.* 1, 62 (1984).

²⁵¹ INA § 106, 8 U.S.C.A. § 1105a.

²⁵² Véase *Johns vs. Department of Justice*, 653 F. 2d 884, 889-92 (5th Cir. 1981).

²⁵³ *Yamataya vs. Fisher (The Japanese immigrant Case)*, *supra*; *Chin Yow vs. United States*, *supra*; *Gegiow vs. Uhl*, 239 U.S. 3, 9, (1915). Véase también Hart, "The Power of Congress to Limit the Jurisdiction of the Federal Courts: An Exercise in Dislectic", 66 *Harv. L. Rev.* 1362, 1389-96 (1953).

decidir los desafíos constitucionales.²⁵⁴ La idea inicial para la revisión judicial fue a través del *habeas corpus* porque era necesario mantener o colocar a los extranjeros bajo custodia para así efectuar las exclusiones o las deportaciones.²⁵⁵

En 1946 el Congreso aprobó la Ley de Procedimientos Administrativos (en adelante "APA"), la cual establece que en ausencia de o ante la insuficiencia de las disposiciones específicas para la revisión judicial en los estatutos que rigen un órgano federal, se dispone que una persona afectada adversamente por dicho órgano puede pedir una revisión usando "alguna forma aplicable de acción legal, incluyendo acciones para juicios declaratorios o autos de prohibición o suspensión o *habeas corpus*, ante una corte de jurisdicción competente".²⁵⁶ La INA no exentó los fallos de inmigración de la APA y la Suprema Corte ha fallado de que estas sentencias administrativas están sujetas a una revisión judicial.²⁵⁷

Sin embargo, la INA contiene sus propias disposiciones exclusivas para la revisión judicial de la deportación²⁵⁸ y las órdenes de exclusión,²⁵⁹ las cuales han sido falladas para impedir la aplicación de la APA.²⁶⁰ No obstante, todos los otros fallos sobre la inmigración estén sujetos a las disposiciones de la APA para la revisión judicial, incluyendo las acciones resultantes de una

²⁵⁴ *Califano vs. Sanders*, 430 U.S. 99, 109 (1977) y *Mohammadi-Mottlagh vs. INS*, 727 F. 2d 1450 (1984).

²⁵⁵ El artículo I, sección 9, cláusula 2 declara: "el privilegio del auto de *habeas corpus* no será suspendido, a menos que sea en casos de rebelión o invasión cuando la seguridad pública lo requiera". En los procedimientos de *habeas corpus*, la Corte investiga si la audiencia administrativa siguió por lo menos un mínimo del debido proceso legal, si hubo pruebas para justificar la conclusión o si los requisitos legales fueron interpretados apropiadamente. *Kwock Jan Fat vs. White*, 253 U.S. 454, 457-58 (1920); *United States ex rel. Rongetti vs. Neely*, 207 F. 2d 281, 284 (7th Cir. 1953). Pero tal revisión sólo es disponible si el extranjero está bajo custodia. *Heikkila vs. Barbar*, 345 U.S. 229, 237 (1953) y *Shung vs. Brownell*, 346 U.S. 906 (1953).

²⁵⁶ 5 U.S.C.A. § 703.

²⁵⁷ *Shaughnessy vs. Pedreiro*, 349 U.S. 48 (1955).

²⁵⁸ INA § 106 (a), 8 U.S.C.A. § 1105a (a) dispone que la revisión judicial de las órdenes de deportación deben ser regidas por la Ley Hobbs (64 Stat. 1129, 68 Stat. 961, 28 U.S.C.A. Chapter 158), la cual rige la revisión de varios otros órganos administrativos. La revisión se inicia entablando una petición de revisión ante la Corte de Circuito de Apelaciones dentro de los seis meses del fallo administrativo. Este procedimiento, el cual pasa por alto la revisión inicial de una corte ordinaria, y la Corte Federal de Distrito, resulta en una suspensión automática de la orden de deportación.

²⁵⁹ INA § 106 (b), U. S. C. A. § 1105a (b). Véase, en general, 28 U. S. C. A. § § 2241 *et seq.* Tales acciones se presentan casi siempre en la corte federal de distrito y están sujetas a una revisión en la corte de apelaciones, al igual que una acción de deportación si no prospera ante la Suprema Corte.

²⁶⁰ *Marcello vs. Bonds*, 349 U.S. 302, 75 S. Ct. 757, 99 L. Ed. 1107 (1955) que sostuvo que el requisito de la APA, de que los jueces administrativos no hayan jugado ningún papel en la preparación del caso, no inaplicable para los jueces de inmigración debido a los requisitos legales particulares (INA § 242 (b) [8 U.S.C.A. § 1252 (b)] de sus audiencias administrativas.

prohibición judicial o del recurso declaratorio.²⁶¹ Pero si el extranjero no ha ejercido todos sus recursos administrativos y por negligencia no ha apelado una orden administrativa final de exclusión o de deportación, dicho extranjero no tendrá el derecho de revisión judicial respecto de dichas órdenes finales. Pero el extranjero puede pedir una orden de detención de deportación al director de distrito.²⁶² Pero la decisión de conceder dicha orden de detención no se considera parte de los procedimientos de deportación y por eso se puede conseguir la revisión judicial si se va directamente ante la corte de distrito.²⁶³ Por otra parte, las mociones de reabrir los procedimientos de deportación, así como las peticiones de desagravio discrecionalario²⁶⁴ son considerados parte del procedimiento de deportación y, por lo tanto, están sujetas a la jurisdicción exclusiva de las cortes de circuito de apelación.²⁶⁵

IV. LOS CASOS DE LA SUPREMA CORTE EN LOS AÑOS OCHENTA

En los años ochenta, la Suprema Corte, hasta cierto grado, ha regresado a sus pasadas doctrinas de deferencia, no sólo con el Congreso, sino también con las interpretaciones de la INS de los estatutos de inmigración y los reglamentos.²⁶⁶ Además de un fallo sobre el veto de una sola Cámara del Congreso, que fue fallado anticonstitucional, en un caso sobre una suspensión de deportación,²⁶⁷ sólo otro caso reciente resultó en un fallo favorable para el extranjero.²⁶⁸ En otros casos en que los aspectos constitucionales que tratan de los derechos de los extranjeros se presentaron ante la Corte, ésta afirmó la posición del SIN basándose en un criterio no constitucional.²⁶⁹

²⁶¹ INA § 106 (a) [8 U.S.C.A. § 1105a (a)]; *Brownell vs. Shung*, 352 U.S. 180, 77 S. Ct. 252, 1 L. Ed. 2d 225 (1956).

²⁶² 8 C.F.R. § 243.4.

²⁶³ *Chen Fan Kwok vs. INS*, 392 U.S. 206 (1968). La diferencia es importante porque tales litigantes deben persuadir a la Corte de conceder una suspensión de la deportación, de otra forma la orden de deportación será ejecutada antes de que la litigación se lleve a cabo.

²⁶⁴ Véanse las notas 81 a 90 y el texto que las acompaña.

²⁶⁵ *Foti vs. INS*, 375 U.S. 217 (1963) (pedido para una revisión de la denegación de una suspensión de deportación); *Giova vs. Rosenberg*, 379 U.S. 18 (1964) (denegación de la moción para la reapertura).

²⁶⁶ *INS vs. Stanisic*, 395 U.S. 62 (1969).

²⁶⁷ *Chada vs. INS*, *supra*. Este es el único caso en que una disposición de la INS se ha fallado anticonstitucional (con base en la separación de poderes).

²⁶⁸ *Cardoza-Fonseca vs. INS*, *supra* (estableciendo los derechos de los refugiados buscando asilo político).

²⁶⁹ En el ámbito de la cuarta enmienda (sobre los cateos e incautaciones no razonables) la Corte rechazó los ataques constitucionales o los interrogatorios y los procedimientos que tratan con extranjeros. *INS vs. Delgado*, *supra*, *López-Mendoza vs. INS*, *supra*. En el caso de *Jean v. Nelson*, *supra*, la Corte se rehusó a fallar sobre la consti-

En un caso, la Corte rechazó algunos treinta años de fallos de las cortes de circuito y la práctica administrativa del SIN, al interpretar literal y estrictamente los requisitos de “la presencia física en los Estados Unidos por un periodo continuo de no menos de siete años”, previstos por el estatuto de “suspensión de deportación”.²⁷⁰ En otro caso que implicaba la denegación por parte del SIN de una moción de reapertura en un caso de suspensión, la Corte falló que el SIN tiene la autoridad de interpretar el término “opresión extrema [. . . un requisito legal para la concesión de una suspensión de deportación. . .] en una forma estricta, si así lo cree necesario”.²⁷¹

En el ámbito del asilo político, la Corte aprobó la interpretación administrativa de las disposiciones para la retención obligatoria de la deportación,²⁷² pero rechazó su versión para la calidad de “refugiado”.²⁷³ En otro caso de asilo político, la Corte, al igual que en el aspecto de la suspensión de deportación, falló que no se debería interferir con la decisión del SIN de denegar una moción para la reapertura a menos que hubiera un “abuso de discreción”.²⁷⁴

La Corte en tres ocasiones aprobó la práctica del SIN de denegar una moción de reabrir una orden de deportación, a pesar de la elegibilidad legal del extranjero para el beneficio pedido, basándose en el abuso, de parte del extranjero, de las leyes de inmigración y en el hecho de no haber cumplido con los procedimientos administrativos.²⁷⁵ Un caso autorizó explícitamente la denegación de beneficios migratorios en casos en que el inmigrante había logrado demoras en su litigio administrativo o judicial mediante apelaciones frívolas.²⁷⁶

Los fallos de la Suprema Corte relativos a la inmigración en los años ochenta, marcaron un alejamiento de sus tendencias en las dos décadas anteriores al interpretar los estatutos de una manera más favorable a los extranjeros, a fin

tucionalidad de la aparente práctica del SIN de facilitar los procedimientos de exclusión de los haitianos, basándose en que violaban los estatutos y la política y no existía la necesidad de fallar sobre un asunto constitucional.

²⁷⁰ *INS vs. Phinpathya*, 464 U.S. 183 (1984). El Congreso anuló este fallo en la IRCA, (INA § 245 (b), 8 U.S.C.A. § 1254 (b)).

²⁷¹ *INS vs. Wang*, 450 U.S. 139 (1981).

²⁷² *INS vs. Stevic*, *supra*.

²⁷³ *INS vs. Cardoza-Fonseca*, *supra*.

²⁷⁴ *INS vs. Abudu*, 485 U.S. 94 (1988). La norma de revisión judicial en estos casos es “el abuso de la discreción” que se ha definido por las cortes como una decisión “hecha sin ninguna explicación racional, [. . . que está . . .] separada inexplicablemente de las políticas establecidas, o se apoya en una base impermisible, como la aborrecible discriminación en contra de una raza o grupo en particular”. *Wong Wing Hang vs. INS*, 360 F. 2d 715 (2d Cir. 1966). Las cortes han usado otras normas de revisión judicial, incluyendo el saber si el fallo administrativo está apoyado por “una prueba sustancial”, o si es “arbitraria y caprichosa” *Citizens to Preserve Overton Park vs. Volpe*, 401 U.S. 402, 413-16 (1971).

²⁷⁵ *INS vs. Bagamasbad*, *supra*, *INS vs. Rios-Pineda*, *supra*, y *INS vs. Abudu*, *supra*.

²⁷⁶ *INS vs. Rios Pineda*, *supra*.

de evitar resultados severos o excesivamente rígidos. La resurrección de las doctrinas de la Suprema Corte de diferir al SIN y la utilización de la doctrina restringida del “abuso de discreción” no siempre ha sido aceptada con entusiasmo en las cortes federales de circuito. A pesar de las doctrinas de la Suprema Corte y de su suprema autoridad, los extranjeros pueden encontrar un alivio en las cortes de circuito debido a que a la Suprema Corte no le es posible revisar todos los fallos de las cortes de circuito.²⁷⁷ Quizás de mayor importancia sea la existencia de bufetes jurídicos que se especializan en el derecho migratorio, inclusive una organización profesional, la Asociación Americana de Abogados de Inmigración (mejor conocida por sus siglas en inglés “AILA”)²⁷⁸ y un sinnúmero de despachos de abogados y otros representantes de los inmigrantes que son de interés público.

²⁷⁷ Para una discusión general de estas diferencias, véase Loue, Sana, “Alien Rights and Government Authority: Examination of the Conflicting Views of the Ninth Circuit Court of Appeals and the United States Supreme Court” 22 *San Diego L. Rev.* 1021 (1985).

²⁷⁸ American Immigration Lawyers’ Association, Washington, D.C.