

SENYALS CONTRADICTORIS: ENTENDRE LA REFORMA DE LA IMMIGRACIÓ MITJANÇANT L'EVOLUCIÓ DE LA LEGISLACIÓ SOBRE IMMIGRACIÓ DELS ESTATS UNITS D'AMÈRICA

Jill E. Family*

I. Introducció

II. L'evolució de la legislació sobre immigració dels Estats Units d'Amèrica (EUA)

A. El sistema de selecció

B. El sistema de resolució

1. La resolució administrativa

2. La revisió judicial

C. La teoria legal

III. Debats actuals sobre la reforma de la immigració relacionats amb l'evolució de la legislació sobre immigració dels EUA

A. La reforma del sistema de selecció

B. La reforma de la resolució

1. La reforma de la resolució administrativa

2. La reforma de la revisió judicial

IV. Conclusió

* Jill E. Family, professora titular de dret i directora associada del Law & Government Institute, Widener University School of Law, 3800 Vartan Way, P.O. Box 69382, Harrisburg, Pensilvània 17106, EUA, jefamily@widener.edu.

L'autora dóna les gràcies a Lenni Benson, Elizabeth Casimiro i Juliet Moringiello. Megan Zimmerman em va prestar una ajuda excel·lent durant la investigació.

Article rebut el 17.12.2009. Avaluació cega: 12.01.2010. Data d'acceptació de la versió final: 14.01.2010.

I. Introducció

El debat actual de la legislació sobre immigració dels Estats Units és la fase més recent d'una llarga evolució.¹ La història dels Estats Units està fortament entrelaçada amb la seva història de la immigració. Al cap i a la fi, els immigrants² van colonitzar el territori que esdevindria els Estats Units, país que ha continuat la tradició de la immigració. Molts nord-americans són conscients dels seus orígens immigrants. Coneixen les històries d'emigració dels seus pares, avis i besavis; coneixen la història de la seva família, com i per què aquell primer membre de la família va marxar de casa per establir-se als Estats Units. L'evolució de la legislació sobre immigració als Estats Units reflecteix una història d'acollida en la qual els immigrants han estat convidats. Aquesta història d'acollida perdura avui dia. Els Estats Units van admetre prop d'un milió d'immigrants permanents legals durant l'any fiscal de 2008,³ i el 2006 els nascuts a l'estranger representaven un 12,5 % de la població dels Estats Units.⁴

Però, en altres ocasions, la història de la legislació sobre immigració i els Estats Units han estat menys acollidors i s'han centrat més aviat en un control estricte de la immigració. Al llarg de la història, els Estats Units han promulgat lleis d'immigració que controlen estrictament el nombre i el tipus d'immigrants que són ben rebuts. És a dir, que la història de la legislació sobre immigració i dels Estats Units transmeten senyals contradictoris. Hi ha una lectura, simbolitzada per l'estàtua de la Llibertat, de país acollidor. Però al mateix temps, hi ha una lectura de control estricte.⁵ La lectura de control s'ha vist influïda per un temor cap al que es perceben com característiques negatives dels immigrants i efectes negatius de la immigració als Estats Units.⁶

Aquest assaig situa el debat actual sobre la reforma de la immigració en el context d'aquesta evolució contradictòria de la legislació sobre immigració als EUA. La lectura contradictòria s'estén als debats polítics actuals. A la part II, l'assaig il·lustra l'evolució contradictòria de la legislació sobre immigració dels EUA en tres àrees clau: el sistema de selecció; el sistema de resolució; i la teoria legal en què es basa la regulació federal de la immigració. A la part III, l'assaig posa de manifest que la lectura contradictòria apareix en els debats actuals sobre el futur del sistema de selecció de la immigració i el futur del sistema de resolució sobre immigració.

¹ Per a més informació sobre la història de la política d'immigració dels EUA, veg. Daniel J. Tichenor, *Dividing Lines: The Politics of Immigration Control*, Princeton University Press, 2002.

² Aquest assaig utilitza el terme «immigrant» en el seu sentit col·loquial, tret que s'especifiqui una altra cosa.

³ Departament de Seguretat Interna dels EUA, Residents Permanents Legals als EUA: 2008 a 1 (disponible a <<http://www.dhs.gov/files/statistics/publications/yearbook.shtm>>).

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

⁵ Aquest assaig no analitza perquè existeix aquesta lectura contradictòria ni tracta la qüestió de la integració dels immigrants a la societat dels Estats Units. Més aviat se centra en reconèixer l'evidència de la lectura contradictòria en l'evolució de la legislació sobre immigració dels EUA i en reflexionar com aquesta lectura contradictòria il·lustra el debat actual sobre la reforma de la immigració.

⁶ El 1889, el Tribunal Suprem dels EUA va descriure les circumstàncies que van desembocar en la Llei d'exclusió dels xinesos, un exemple de legislació de control de la immigració: «Les diferències de raça contribuïen en gran mesura a les dificultats de la situació. Malgrat les disposicions favorables dels nous articles del tractat de 1868, mitjançant les quals tots els privilegis, immunitats i exempcions s'ampliaven als ciutadans de la Xina residents als Estats Units que havien obtingut l'estatus de ciutadans o súbdits de la nació més afavorida, seguien sent estrangers al país, residien aïllats de la resta, i seguien els costums i les tradicions del seu propi país. Semblava impossible que poguessin integrar-se amb els nostres, o fer algun canvi en els seus hàbits o modes de vida. Quan van començar a créixer en nombre cada any, els habitants de la costa van veure, o van creure veure, en la facilitat de la immigració i en els milions d'habitants de la Xina, on la població exerceix pressió sobre els mitjans de subsistència, un gran perill que en un futur proper aquella porció del nostre país es veïés envaïda per ells, tret que s'adoptessin mesures immediates per restringir-ne la immigració. Aquella gent, per tant, va demanar seriosament una legislació protectora.» Chae Chan Ping contra els Estats Units (Cas d'exclusió dels xinesos), 130 U.S. 581, 595 (1889).

II. L'evolució de la legislació sobre immigració dels EUA

La legislació sobre immigració dels Estats Units ha evolucionat en tres àrees clau: el sistema destinat a seleccionar els estrangers que poden entrar i quedar-se als Estats Units, el sistema destinat a resoldre sobre l'aplicació del sistema de selecció a un individu en particular i la teoria legal en què es basa l'autoritat federal per regular la immigració. En determinats moments, l'evolució d'aquestes tres àrees ha estat positiva; l'evolució evidencia un moviment cap a un sistema de selecció no discriminatori, un sistema de resolució més formal i una teoria legal una mica més moderna. Tanmateix, aquest moviment prové d'uns orígens amb un sistema de selecció massa racista, un sistema de resolució que fusionava els rols de jutge i fiscal i una teoria legal impregnada de nocions de dret del segle XIX. Però el moviment en la legislació sobre immigració dels EUA no sempre ha estat un camí constant cap endavant. En determinats moments, la regressió és evident.

A. El sistema de selecció

En el moment de redactar aquest article, la legislació sobre immigració dels EUA es basava en una llei parlamentària promulgada el 1952, la Llei sobre la immigració i la nacionalitat (INA, per les seves sigles en anglès).⁷ Des d'aleshores s'han aprovat nombroses esmenes importants a la INA, però l'estructura bàsica de la legislació sobre immigració dels EUA segueix tal com la va crear el Congrés el 1952.

Aquesta estructura bàsica és formada per un sistema de selecció, amb disposicions addicionals que regeixen la naturalització.⁸ Algunes disposicions del sistema de selecció fixen els límits del sistema de selecció i altres en regeixen l'aplicació.⁹ Les disposicions d'aplicació regeixen els individus que es presenten a la frontera cercant l'entrada legal, però que no hi tenen dret, segons el sistema de selecció, els qui es troben al país que no han entrat mitjançant el sistema de selecció legal, i els qui poden haver comès un acte que invalida la seva selecció legal prèvia. En virtut de la INA, totes aquestes circumstàncies poden portar a l'expulsió d'un estranger.¹⁰

El sistema de selecció suposa que aquell que vol entrar als Estats Units pretén romandre-hi permanentment i ha de complir els estrictes requisits d'entrada d'un resident permanent legal (titular de la *targeta verda*).¹¹ Tanmateix, un individu que només pretén entrar temporalment té l'oportunitat de demostrar que pertany a una de les categories legals establertes (fixades pel Congrés) d'entrada temporal.¹² En virtut de la Llei, una persona que pretén

⁷ Llei sobre la immigració i la nacionalitat de 1952, Pub. L. núm. 82-414, 66 Stat. 163.

⁸ 8 U.S.C. §§ 1101 i *seg.* (2009).

⁹ Vegeu, p. ex., 8 U.S.C. §§ 1151-1160, 1182, 1227. L'estructura d'aplicació frena els qui cerquen l'entrada legal. Aquests individus estan sotmesos a un test d'admissibilitat. L'estructura d'aplicació també frena el comportament dels no-ciutadans que ja han entrat als Estats Units legalment. Aquests individus estan sotmesos a un test de deportabilitat.

¹⁰ En virtut de la terminologia legal, una persona que és inadmissible o deportable, està sotmesa a l'expulsió dels Estats Units. Encara que avui dia el terme *deportació* persisteix, la terminologia legal fa referència a l'expulsió.

¹¹ 8 U.S.C. § 1101(a)(15).

¹² 8 U.S.C. § 1101(a)(15)(A)-(V).

romandre permanentment és un *immigrant*, mentre que un que entra temporalment és un *no-immigrant*.¹³ Existeixen diferents categories d'entrada permanent i temporal.

L'entrada permanent es basa principalment en la família que hi té dret o en una relació laboral.¹⁴ El sistema de selecció per a una entrada permanent està restringit per uns límits numèrics anuals globals, juntament amb uns límits per categoria i generalment aplicables per país.¹⁵ Per exemple, si un individu sol·licita la residència permanent com a cònjuge d'un resident permanent legal, el sol·licitant ha de pertànyer a una quota global anual, la qual s'aplica a la categoria de cònjuges de residents permanents legals i que, a més, pot estar subjecta a una quota per país¹⁶ aplicable al país d'origen del cònjuge. Això no obstant, algunes categories d'entrada permanent estan exemptes dels requisits de quotes, com per exemple els cònjuges de ciutadans dels Estats Units.¹⁷

Les principals categories de no-immigrants fan referència al treball temporal, al turisme i als estudis.¹⁸ Cada categoria d'entrada de no-immigrants pot tenir les quotes pròpies. Per exemple, el nombre de treballadors temporals H-1B té un límit anual.¹⁹

Des del 1952, la INA ha evolucionat per esdevenir més i menys acollidora alhora. El Congrés ha introduït diverses modificacions al sistema de selecció que reflecteixen la lectura d'acollida. Aquestes modificacions inclouen l'eliminació del sistema de quotes per origen nacional, l'eliminació de restriccions descaradament racistes a la immigració asiàtica i un increment en els volums d'immigració legal.²⁰ Però també hi ha evidències d'un desig de control més estricte. El Congrés ha ampliat les categories d'activitats que provoquen l'expulsió, i ha posat més traves a la revisió judicial de les accions relatives a la immigració del poder executiu. Aquesta limitació del paper dels tribunals federals independents requereix atenció segons la tradició de separació de poders dels Estats Units. A més, en resposta als atacs terroristes de l'11 de setembre de 2001, actualment les lleis sobre immigració s'administren amb gran prudència i recel.

El sistema de selecció de la INA promulgat va continuar la tradició de les quotes d'origens nacionals.²¹ El Congrés va promulgar per primera vegada aquestes quotes d'immigrants anuals el 1921 i les va fer permanents el 1924.²² La quota anual d'una nacionalitat concreta es basava en el nombre d'individus d'aquella nacionalitat que residien als Estats Units des del 1890.²³ La justificació per aplicar aquestes quotes d'origens nacionals era mantenir una diversitat específica de nacionalitats als Estats Units.²⁴ Amb l'establiment d'aquestes quotes d'origens nacionals,

¹³ 8 U.S.C. § 1101(a)(15). Per tant, el terme «immigrant» en el context de la Llei es refereix només als residents permanents legals i no a tots els estrangers.

¹⁴ 8 U.S.C. § 1153(a)-(b). Hi ha altres maneres d'obtenir un estatus permanent legal. Veg., p. ex., 8 U.S.C. § 1158 (que estableix un procediment per sol·licitar l'estatus de refugiat, que pot derivar en un estatus permanent legal); 8 U.S.C. § 1153(c) (que estableix un programa de loteria de diversificació que distribueix estatus permanents legals).

¹⁵ 8 U.S.C. § 1151, 1152.

¹⁶ El Congrés ha eximit el 75 % d'aquesta categoria d'immigració basada en la família de la limitació per país. 8 U.S.C. § 1152(a)(4).

¹⁷ 8 U.S.C. § 1151(b). Aquestes exempcions expliquen perquè el nombre total d'immigrants permanents legals admesos per any pot superar la quota anual.

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

¹⁹ 8 U.S.C. § 1184(g)(1)(A).

²⁰ Aquest assaig analitza alguns exemples de la lectura contradictòria d'acollida i de control estricte. Existeixen altres exemples, però aquest assaig no pretén analitzar-los tots.

²¹ Llei sobre la immigració i la nacionalitat de 1952, Pub. L. núm. 82-414, § 201, 66 Stat. 163.

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

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

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

el Congrés expressava la seva preferència per un determinat tipus d'immigrant, el del nord d'Europa. Hi va haver pressions a l'interior del país per restringir nous tipus d'immigrants (els de l'est i el sud d'Europa) i el Congrés va respondre amb el sistema de quotes d'orígens nacionals. Aquestes pressions a favor de les restriccions afirmaven que la inferioritat biològica i racial dels europeus orientals i meridionals exigia quotes per preservar les característiques anglosaxones dels Estats Units.²⁵ Les quotes d'orígens nacionals limitaven rigorosament el nombre d'immigrants de l'est i el sud d'Europa, perquè aquestes nacionalitats no formaven una part important de la població dels EUA el 1890.²⁶

El 1965, el Congrés va eliminar les quotes d'orígens nacionals, així com totes les altres quotes que distingien races o regions geogràfiques concretes.²⁷ La Llei del 1965 substituïa el sistema d'orígens nacionals per una quota numèrica anual global i una quota idèntica per país, independentment del país d'emissió.²⁸ Tanmateix, aquesta Llei del 1965 també contenia elements de control. Aplicava noves quotes a la immigració de l'hemisferi occidental, Mèxic inclòs.²⁹

Existeix un precedent a les quotes d'orígens nacionals per limitar el tipus d'acollida d'immigrants als Estats Units. Ja al segle XIX, els Estats Units van promulgar lleis destinades a evitar la immigració als Estats Units des de l'Àsia. Per exemple, la Llei d'exclusió dels xinesos de 1882 eliminava la futura immigració de treballadors xinesos, i el 1888 aquesta prohibició es va estendre a prohibir fins i tot la reentrada de residents xinesos prèviament legals que havien abandonat temporalment els Estats Units.³⁰ Com va explicar el Tribunal Suprem dels EUA, els qui proposaven aquestes restriccions consideraven que els xinesos eren incapaços d'integrar-se i temien que els Estats Units acabessin «envaïts» per immigrants xinesos.³¹ El 1924, el Congrés va prohibir efectivament qualsevol immigració asiàtica.³² En un gest amable, el Congrés va eliminar la prohibició a la immigració asiàtica quan va promulgar la INA el 1952.³³ Però al mateix temps, va exercir un control en restringir el nombre d'asiàtics a només un nombre simbòlic de quotes.³⁴

Com ja s'ha descrit més amunt, les esmenes del 1965 a la INA aplicaven quotes mundials a la immigració i eliminaven les restriccions basades en la raça o el país.³⁵ Dos exemples importants d'obertura de les quotes mundials després del 1965 reflecteixen millor la lectura d'acollida. El primer és que el Congrés va establir un programa de legalització el 1986. Per als estrangers que residien il·legalment als Estats Units, aquest programa constituïa una manera de legalitzar el seu estatus.³⁶ Això va constituir una relaxació única de les quotes anuals. El segon és que el

²⁵ Tichenor, *Dividing Lines*, pàg. 143-144. Hi havia altres motivacions a part de la raça, com el temor econòmic i els problemes de seguretat nacional. Tichenor, *Dividing Lines*, pàg. 146-149.

²⁶ Tichenor, *Dividing Line*, pàg. 143-144, 146-149.

²⁷ Llei sobre la immigració de 1965, Pub. L. núm. 89-236, 79 Stat. 911. Veg. també Ngai, *Impossible Subjects*, pàg. 227; Gabriel J. Chin, *The Civil Rights Revolution Comes to Immigration Law: A New Look at the Immigration and Nationality Act of 1965*, 75 N.C. L. Rev. 273 (1996).

²⁸ Llei sobre la immigració de 1965, Pub. L. núm. 89-236, §§ 2, 3, 79 Stat. 911.

²⁹ Llei sobre la immigració de 1965, §§ 2, 3. La INA de 1952 havia exclòs els immigrants de l'hemisferi occidental del sistema de quotes d'orígens nacionals. Tichenor, *Dividing Lines*, pàg. 146. Per a més anàlisis sobre el desenvolupament de les quotes de l'hemisferi occidental a la Llei sobre immigració de 1965, veg. Ngai, *Impossible Subjects*, pàg. 254-258.

³⁰ Chae Chan Ping contra els Estats Units (Cas d'exclusió dels xinesos), 130 U.S. 581, 582 (1889).

³¹ Chae Chan Ping contra els Estats Units (Cas d'exclusió dels xinesos), pàg. 595.

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

³³ La Llei també eliminava la prohibició a la naturalització dels asiàtics. Chin, *The Civil Rights Revolution*, pàg. 282-287.

³⁴ Llei sobre la immigració i la nacionalitat de 1952, Pub. L. núm. 82-414, § 202(b), 66 Stat. 163.

³⁵ L'eliminació d'aquest tipus de restriccions no elimina el paper de la raça en les polítiques d'immigració. Una política en aparença neutral podria tenir un impacte dispar. De totes formes, la implementació d'una política en aparença neutral constitueix un canvi esperançador.

³⁶ Llei sobre la reforma i el control de la immigració de 1986, Pub. L. núm. 99-603, § 201, 100 Stat. 3359.

1990, el Congrés va decidir treure pressió a les quotes anuals i va promulgar una legislació que, entre altres coses, augmentava permanentment els límits numèrics mundials.³⁷ Els Estats Units ara permeten l'admissió d'entre 416.000 i 675.000 immigrants permanents fora de quota exempts cada any.³⁸

Tot i que aquestes iniciatives d'expansió són coherents amb la lectura d'acollida, ahora també demostren un desig de control. El Congrés va establir el programa de legalització del 1986 conjuntament amb sancions contra els empleats que aplicaven pràctiques de contractació contràries a la legislació sobre immigració.³⁹ La Llei del 1990 limitava l'accés dels immigrants als tribunals per impugnar l'aplicació del sistema de selecció a un individu concret.⁴⁰ Tot i que la Llei del 1990 augmentava els límits numèrics mundials, les quotes resultants s'han de considerar en el context d'una població nord-americana de 308 milions.⁴¹ Al capdavant, el fet de poder accedir a les oportunitats d'immigració legal que ofereixen aquestes iniciatives depèn de saber-se moure en uns processos d'aplicació confusos que permeten al Govern exercir un control basat en el procediment.⁴²

A part de les qüestions de control d'aquestes iniciatives d'acollida, s'observen altres manifestacions recents de la lectura de control. El 1996, el Congrés va esmenar la INA per exercir encara més control a través de la Llei de la reforma de la immigració il·legal i de responsabilitat dels immigrants (IIRIRA, per les seves sigles en anglès), aprovada pel Congrés el 1996. A més, les esmenes en l'administració del sistema de selecció que es van produir després de l'11 de setembre de 2001, són una mostra d'un control estricte.

Les esmenes a la INA aprovades pel Congrés el 1996 a través de la IIRIRA fan el sistema de selecció més inflexible i implacable.⁴³ Per exemple, la legislació del 1996 ampliava la definició legal de «delicte amb agreujants».⁴⁴ És un terme específic de la immigració. El Congrés va definir aquest terme a la INA i hi va incloure una llista de delictes.⁴⁵ És a dir, que el Congrés determina quins delictes es consideren delictes amb agreujants a l'efecte de la immigració. El 1996, el Congrés va afegir delictes a la llista dels que estan identificats legalment com a delictes amb agreujants.⁴⁶ Aquests delictes no necessàriament són amb agreujants o greus.⁴⁷ Si es considera que un estranger és culpable d'un delicte amb agreujants, tal com el defineix la INA, aquest individu pot ser expulsat dels Estats Units i no tindrà dret a la major part de les formes d'evitar l'expulsió.⁴⁸

³⁷ Llei sobre la immigració de 1990, Pub. L. núm. 101-649, § 101, 104 Stat. 4978.

³⁸ Departament de Seguretat Interna dels EUA, Residents Permanents Legals als EUA, 2008, pàg. 1 (disponible a <<http://www.dhs.gov/files/statistics/publications/yearbook.shtm>>). Existeix un càlcul complicat per arribar a la xifra exacta, pàg. 6. Aquesta xifra exclou les categories exemptes de quotes, com els cònjuges de ciutadans dels Estats Units, veg. pàg. 2. L'any fiscal 2008, els Estats Units van admetre prop d'un milió d'immigrants permanents, incloent-hi els exempts de quotes, veg. pàg. 1.

³⁹ Llei sobre la reforma i el control de la immigració de 1986, Pub. L. núm. 99-603, § 101, 100 Stat. 3359.

⁴⁰ Llei sobre la immigració de 1990, Pub. L. núm. 101-649, § 502, 104 Stat. 4978.

⁴¹ Aquestes xifres també s'han de considerar en el context dels requisits imposats per aconseguir un nombre quotes. Per exemple, algunes categories basades en el treball requereixen un certificat laboral del Departament de Treball dels EUA. Aquest certificat està dissenyat per controlar la immigració i protegir els treballadors nord-americans, si bé la seva efectivitat és debatible. Veg. Lenni B. Benson, *The Myth of the Alien Labor Certification*, Cross-Border Human Resources, Labor and Employment Issues (Andrew P. Morris & Samuel Estreicher eds.), 2005.

⁴² Lenni B. Benson, *Breaking Bureaucratic Borders: A Necessary Step Toward Immigration Law Reform*, 54 *Administrative L. Rev.* 203 (2002) (descriu les fronteres del procés de resolucions sobre immigració).

⁴³ Llei sobre la reforma de la immigració il·legal i de responsabilitat dels immigrants de 1996, Pub. L. núm. 104-208, 110 Stat. 3009-546.

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

⁴⁵ 8 U.S.C. § 1101(a)(43).

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

⁴⁷ Per exemple, un delicte de robatori que comporta un període d'empenament d'un any o més, independentment d'una possible suspensió de la sentència, és un delicte amb agreujants. 8 U.S.C. § 1101(a)(43)(G); 8 U.S.C. § 1101(a)(48)(B).

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

La legislació de 1996 també complicava bastant el fet de poder impugnar l'aplicació del poder executiu, a través de la decisió judicial individualitzada, del sistema de selecció i els seus mecanismes d'aplicació corresponents.⁴⁹ Mitjançant aquesta legislació, el Congrés decretava limitacions considerables a la revisió judicial.⁵⁰ Algunes d'aquestes restriccions importants són una disposició que prohibeix la revisió de qüestions de fet en determinats casos i una restricció de la revisió de moltes decisions administratives discrecionals.⁵¹ Aquestes restriccions són contràries a la tradicional separació de poders dels EUA, on la revisió judicial independent de les accions administratives del poder executiu actua com a control del poder executiu. Atès que el Congrés no realitza una supervisió diària de les activitats dels òrgans executius, els tribunals federals són l'única sortida possible per fer una revisió individualitzada d'una decisió d'un òrgan. Pel fet de restringir el paper dels tribunals federals en la revisió de l'administració del sistema de selecció pel poder executiu, el Congrés exclou molts immigrants del sistema dels tribunals federals, i per tant de la tradicional revisió independent.

La reacció després dels atacs terroristes de l'11 de setembre de 2001 també il·lustra un desig d'exercir un control estricte sobre el sistema de selecció.⁵² Els atacs van impulsar un sentiment profund de prudència i recel envers la política d'immigració dels EUA. Per exemple, van augmentar les detencions d'estrangers, incloent-hi les detencions relacionades amb el terrorisme.⁵³ El Govern va establir el programa del Sistema de Registre d'Entrada-Sortida de la Seguretat Nacional (NSEERS, per les seves sigles en anglès), que exigia a determinats no-immigrants el registre especial amb el Govern.⁵⁴ Els nous requisits d'informació dels estudiants estrangers també es van adoptar com a resposta als atacs.⁵⁵ Addicionalment, l'actitud de prudència i recel va provocar que es recollissin més dades biomètriques a la frontera.⁵⁶

L'evolució del sistema de selecció reflecteix una lectura contradictòria d'acollida i de control estricte. Les quotes d'origens nacionals ja no existeixen i les prohibicions a la immigració asiàtica s'han revocat. El Congrés ha augmentat les quotes d'immigració i ha establert un programa de legalització. Això no obstant, l'evolució del sistema de selecció també evidencia un desig de controls més estrictes, especialment pel que fa a l'aplicació del sistema de selecció. La Llei del 1996 va fer més inflexible i severa la INA perquè ampliava els motius d'expulsió i limitava la disponibilitat d'una revisió judicial. A més, les polítiques decretades després de l'11 de setembre de 2001 han imbuït un sentiment de prudència i recel. Així, en certs moments, la legislació sobre immigració als EUA s'ha decantat per un sistema més acollidor, però en d'altres decideix consolidar controls més estrictes. De fet, no és inusual que algunes parts de la legislació continguin característiques d'acollida i de control alhora. Aquesta evolució contradictòria del sistema de selecció ens ajuda a entendre el debat polític actual sobre el sistema de selecció, com s'explica a la part III.

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

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

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

⁵² No és la primera vegada que els Estats Units han establert controls d'immigració en resposta a una amenaça de la seguretat nacional. Veg. Daniel Kanstroom, *Deportation Nation: Outsiders in American History*, Harvard University Press, 2007, pàg. 49-55, 136-141, 145-155 i 186-213; David Cole, *Enemy Aliens*, 54 Stan. L. Rev. 953, pàg. 989-994 (2002).

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

⁵⁴ *Registration and Monitoring of Certain Nonimmigrants*, 67 Reg. Fed. 52584 (12 d'agost de 2002).

⁵⁵ *Visas: Documentation of Nonimmigrants Under the Immigration and Nationality Act, as Amended: Student and Exchange Visitor Information System (SEVIS)*, 68 Reg. Fed. 28129 (23 de maig de 2003).

⁵⁶ Departament de Seguretat Nacional, *Enhancing Security Through Biometric Identification* (desembre de 2008). (Disponible a <http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/usvisit/usvisit_edu_biometrics_brochure_english.pdf>.)

B. El sistema de resolució

1. La resolució administrativa

L'estructura de la resolució sobre immigració ha evolucionat per esdevenir més formal i exigir una major separació de les funcions d'aplicació i resolució, però els jutges d'immigració no tenen independència decisòria.⁵⁷ És lloable el desenvolupament d'un sistema més formal amb més proteccions per a aquells immigrants que hi recorren, però el sistema que s'ha desenvolupat encara està subordinat a un funcionari encarregat de l'aplicació de la llei de designació política. Aquesta subordinació està vinculada a la manca d'independència decisòria. L'existència d'un sistema de resolució millorat que manqui d'independència decisòria contribueix a la lectura contradictòria de la legislació sobre immigració dels EUA.

Per entendre fins on ha arribat la resolució sobre immigració cal remuntar-se als inicis informals, on era comuna la mescla d'aplicació i resolució. Segons la Llei de la immigració del 1907, les responsabilitats laborals d'un inspector executiu de primera línia incloïen fer d'investigador i de jutge d'apel·lació.⁵⁸ A més, en els primers judicis de deportació, l'inspector en cap solia presentar el cas de deportació al Govern, i aquest decidia.⁵⁹

Partint d'aquests inicis, la resolució sobre immigració ha adoptat diverses mesures per allunyar-se de la investigació. Aquesta major separació de funcions ha fet que el sistema sigui més formal, amb actors que exerceixen càrrecs més definits. Possiblement, aquest increment també ha fet que el sistema sigui més just, ja que els jutges no investigadors poden tenir un paper més objectiu.

La creació de la Junta d'Apel·lacions d'Immigració [la Junta] el 1940 va representar un moviment cap a un sistema més formal amb una major separació de funcions.⁶⁰ El 1940, el Departament de Justícia es va fer càrrec de la supervisió de les lleis d'immigració del país, incloent-hi la resolució. El Fiscal General, com a cap del Departament de Justícia, va crear la Junta d'Apel·lacions d'Immigració com a eina d'ajuda en la resolució de casos d'immigració.⁶¹ La Junta és un tribunal de revisió administrativa creat per oir les apel·lacions de les decisions administratives inicials. Els empleats són individus amb l'única funció de resoldre casos.

⁵⁷ Aquí adopto el plantejament del professor Stephen Legomsky respecte d'un tipus de limitació sobre la independència decisòria. El professor Legomsky ha explorat «l'amenaça de conseqüències personals per al jutge» en el context de la resolució sobre immigració. Stephen H. Legomsky, *Deportation and the War on Independence*, 91 Cornell L. Rev. 369, pàg. 389 (2006). El professor Legomsky va descriure: «Segons aquesta limitació, se suposa que és un cas en què la llei permet clarament que el jutge decideixi, i cap superior no té la intenció de dictar directament el resultat del cas, però hi ha amenaces generals, reals o percebudes, que les decisions que desagraden a una autoritat executiva podrien suposar un risc professional per al jutge.» El professor Legomsky ha argumentat que la independència decisòria és necessària, com a mínim, en algun punt del sistema de resolució sobre immigració per sostenir l'Estat de dret, pàg. 386, 394-401 i 403.

⁵⁸ Pub. L. núm. 59-97 § 25, 34 Stat. 898 (1907). Els nivells d'apel·lació addicionals incloïen una apel·lació al comissari del port d'entrada, una apel·lació al comissari d'Immigració i finalment una apel·lació al secretari de Comerç i Treball. Per a una discussió sobre la història de l'adjudicació d'immigració administrativa, veg. Michael J. Churgin, *Immigration Internal Decisionmaking: A View from History*, 78 Tex. L. Rev. 1633 (2000).

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

⁶⁰ Maurice A. Roberts, *The Board of Immigration Appeals: A Critical Appraisal*, 15 San Diego L. Rev. 29, pàg. 33-34 (1977-1978). La Junta d'Apel·lacions d'Immigració és el fruit de diverses representacions d'una junta de revisió consultiva que assistia el secretari de Treball, el qual era aleshores responsable de supervisar les lleis d'immigració del país.

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

Encara que la creació de la Junta va ser un moviment cap a una major separació de funcions, avui encara no té la independència decisòria del fiscal general, el màxim funcionari del país encarregat de l'aplicació de la Llei i un funcionari de designació política.⁶² El fiscal general dels Estats Units va crear la Junta mitjançant un reglament federal.⁶³ No existeix cap ordre legal (del Congrés) que doni suport a la Junta. Aquesta segueix existint avui a l'albir del Fiscal General, el qual, a més, manté la capacitat d'anul·lar les decisions de la Junta.⁶⁴ La supervisió de l'aplicació de la Llei, en determinades ocasions, pot formar part dels propòsits d'un òrgan de resolució objectiu.⁶⁵

Els primers jutges també es beneficiaven d'una major separació de funcions. Un jutge d'immigració presideix la vista inicial destinada a resoldre si un determinat estranger ha de ser expulsat dels Estats Units.⁶⁶ Els jutges d'immigració són els hereus dels inspectors en cap abans esmentats, però ja no han de presentar el cas al Govern. Tanmateix, són empleats del fiscal general, i comparteixen una manca d'independència decisòria amb els membres de la Junta.⁶⁷

Encara que els membres de la Junta i els jutges d'immigració depenen del Departament de Justícia, tenen la seva pròpia entitat dins del Departament de Justícia. Tot i que al capdavant són responsables davant del fiscal general, aquesta entitat és una millora respecte d'una antiga estructura administrativa en la qual un supervisor immediat, per sota del nivell del fiscal general, supervisava tant la investigació com la resolució sobre immigració. El 1983, el fiscal general va crear l'Oficina Executiva de Revisió de la Immigració [EOIR, per les seves sigles en anglès] dins del Departament de Justícia.⁶⁸ L'EOIR engloba la Junta d'Apel·lacions d'Immigració i els jutges d'immigració. Amb la creació de l'EOIR, es van separar encara més les funcions de resolució sobre immigració de les d'investigació, ja que eliminava la supervisió de l'adjudicació per part d'un funcionari d'investigació, però ambdues funcions seguien al mateix òrgan d'aplicació de la Llei, el Departament de Justícia. A més, els membres de la Junta d'Apel·lacions d'Immigració i els jutges d'immigració seguien depenent del fiscal general.

Hi va haver una major separació de funcions el 2003, quan la supervisió de les lleis d'immigració del país es va traslladar al nou Departament de Seguretat Nacional.⁶⁹ L'EOIR va romandre al Departament de Justícia.⁷⁰ Per tant, després del 2003, la resolució sobre immigració ja no es trobava al mateix òrgan que la investigació sobre immigració. Tanmateix, els membres de la Junta i els jutges d'immigració seguien depenent del fiscal general, el màxim funcionari encarregat de l'aplicació de la Llei.

Aquesta evolució posa de manifest que la separació de funcions s'ha anat incrementant al llarg de la història de la resolució sobre immigració. Això no obstant, aquesta evolució també posa de manifest que els jutges d'immigració segueixen depenent d'un funcionari encarregat de l'aplicació de la llei de designació política. Per tant, fins i tot el sistema de resolució és contradictori. Malgrat les millores, encara es troba sota el domini d'un funcionari encarregat de l'aplicació de la llei de designació política.

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

⁶³ 8 C.F.R. § 1003.1 (2009).

⁶⁴ 8 C.F.R. § 1003.1(h).

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

⁶⁶ 8 C.F.R. § 1003.10 (2009).

⁶⁷ *Authorities Delegated to the Director of the EOIR, and the Chief Immigration Judge*, 72 Reg. Fed. 53,673 (20 de setembre de 2007) (explica que els jutges d'immigració són «fiscals del Departament de Justícia nomenats pel fiscal general per realitzar aquests judicis, i subjectes a la direcció i el control del fiscal general»); Legomsky, *Deportation and...*, pàg. 372-375.

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

⁶⁹ Llei de seguretat nacional de 2002, Pub. L. núm. 107-296 § 101, títol IV, 116 Stat. 2135.

⁷⁰ Llei de seguretat nacional de 2002, Pub. L. núm. 107-296, títol IV.

El vincle entre la supervisió del fiscal general i la manca d'independència decisòria s'exemplifica millor amb dues controvèrsies que es van produir durant l'Administració del president George W. Bush. La primera està protagonitzada pel fiscal general John Ashcroft, que utilitzava el seu poder sobre les resolucions en matèria d'immigració per acomiadar membres de la Junta d'Apel·lacions d'Immigració. La segona, per l'Administració Bush, que utilitzava el seu poder sobre la contractació de jutges d'immigració per contractar nous jutges basant-se en la lleialtat política en comptes de la qualificació professional.

Hi ha indicis que el 2003, el fiscal general Ashcroft va acomiadar els membres de la Junta que prenen decisions més favorables cap als estrangers.⁷¹ El president de l'Associació Nacional de Jutges d'Immigració ha explicat que els jutges d'immigració consideraven que els acomiadaments de la Junta tenien una motivació política i servien d'avertiment als jutges d'immigració.⁷² Aquest jutge d'immigració va titllar les accions del fiscal general de «reducció de plantilla selectiva» i va mencionar un «efecte intimidatori» dels acomiadaments.⁷³ Com a empleats del fiscal general, els jutges d'immigració sentien una pressió política en les seves decisions.

Aquest procés de contractació polititzat també ha posat de manifest la fragilitat de la resolució sobre immigració. L'Oficina de Responsabilitat Professional del Departament de Justícia dels EUA i l'Inspector General del Departament de Justícia dels EUA van emetre un informe que detallava la politització il·legal de la contractació dels càrrecs de jutge d'immigració durant l'Administració Bush.⁷⁴ Els jutges d'immigració ocupen càrrecs de funcionariat de carrera.⁷⁵ No són càrrecs purament polítics.⁷⁶ L'informe conclouia que els membres de l'Administració Bush violaven les lleis del funcionariat i la política departamental pel fet de seleccionar candidats per als càrrecs de jutge d'immigració basant-se en vincles polítics i recomanacions en comptes de qualificacions professionals.⁷⁷ En certes ocasions, s'havien fet contractacions sobre una base de recomanacions polítiques sense entrevistes ni una revisió per part dels especialistes en resolucions sobre immigració del Departament.⁷⁸ A més, els que eren seleccionats amb experiència en legislació sobre immigració «eren fiscals o ocupaven altres càrrecs d'aplicació de la immigració» en comptes de tenir experiència en la representació dels interessos dels estrangers.⁷⁹ La contractació de jutges sobre la base de lleialtats polítiques transmetia un missatge a la resta de jutges que aquells que actuessin en sintonia amb el fiscal general serien recompensats.

Mitjançant els acomiadaments de la Junta i la contractació polititzada, l'Administració Bush va posar de manifest la manca d'independència decisòria dels jutges d'immigració. Aquestes accions evidencien l'estat fràgil i contradictori de la resolució sobre immigració, malgrat els seus avenços respecte de l'inici.

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

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

⁷³ Dana Leigh Marks, *An Urgent Priority*, pàg. 11 i 14.

⁷⁴ Departament de Justícia dels EUA, *An Investigation of Allegations of Politicized Hiring by Monica Goodling and other Staff in the Office of the Attorney General* (28 de juliol de 2008).

⁷⁵ Departament de Justícia dels EUA, *An Investigation of Allegations of Politicized Hiring*, pàg. 70.

⁷⁶ Departament de Justícia dels EUA, *An Investigation of Allegations of Politicized Hiring*, pàg. 11-15.

⁷⁷ Departament de Justícia dels EUA, *An Investigation of Allegations of Politicized Hiring*, pàg. 115.

⁷⁸ Departament de Justícia dels EUA, *An Investigation of Allegations of Politicized Hiring*, pàg. 75, 81-82, 88-90 i 105.

⁷⁹ Amy Goldstein i Dan Eggen, *Immigration Judges Often Picked Based on GOP Ties*, *Wash. Post*, 11 de juny de 2007, a A1.

2. La revisió judicial

Els jutges d'immigració i la Junta conformen la resolució sobre immigració al nivell administratiu. L'evolució de la funció dels tribunals federals constitucionalment independents segons l'article III⁸⁰ revela una retrogradació a través d'un desig del Congrés de restringir l'accés dels immigrants als tribunals dels EUA. Com ja s'ha explicat abans, des del 1996 és més difícil aconseguir una revisió als tribunals federals de la decisió administrativa d'expulsar un individu dels Estats Units. Mitjançant l'exclusió de més decisions de la revisió judicial, el Congrés augmentava el poder del poder executiu sobre les resolucions en matèria d'immigració. Actualment, sota determinades circumstàncies, el poder executiu pot resoldre casos d'immigració sabent que no hi ha revisió judicial independent.⁸¹

Aquesta manca de control judicial crida encara més l'atenció sobre l'estat del procés de les resolucions administratives.⁸² Encara que el sistema ha evolucionat, és més formal i promou una major separació de funcions, encara deixa els jutges al caprici del màxim funcionari del país encarregat de l'aplicació de la Llei, mentre allunya moltes de les seves decisions de la revisió judicial independent. Aquesta evolució contradictòria es caracteritza per una major formalització acompanyada d'una manca d'independència decisòria i una revisió judicial restringida. El fet d'entendre la història contradictòria de la resolució sobre immigració esclareix el debat actual sobre el futur del sistema de resolució, com es comenta a la part III.

C. La teoria legal

Simultàniament a l'evolució dels sistemes de selecció i resolució sobre immigració, hi ha una progressió de la teoria legal que sustenta l'autoritat federal per regular la immigració. Aquesta evolució també és contradictòria, ja que en determinades ocasions la teoria ha avançat per reflectir nocions més modernes de dret, però, en d'altres, aquesta sembla fermament arrelada en els seus orígens al segle XIX. A més, la teoria legal s'explica com una altra manifestació de control sobre la immigració.

Els poders de les tres branques del Govern federal (legislatiu, executiu i judicial)⁸³ es limiten al que descriu la Constitució.⁸⁴ Als Estats Units, la regulació de la immigració és principalment un assumpte federal.⁸⁵ Per tant, el Govern federal ha d'inferir de la Constitució el seu poder sobre la immigració.

No obstant això, la Constitució no atorga explícitament al Govern federal el poder per regular la immigració. El poder federal s'infereix de diferents disposicions que es mencionen explícitament a la Constitució. Però aquesta sí que atorga al Govern federal el poder per controlar la naturalització, els afers estrangers, el comerç amb nacions

⁸⁰ Const. EUA, art. III.

⁸¹ Una perspectiva encara més àmplia sobre la resolució en matèria d'immigració revela les múltiples maneres que té el Govern per desviar els estrangers de la resolució sobre immigració, incloent-hi la revisió judicial i administrativa. Jill E. Family, *A Broader View of the Immigration Adjudication Problem*, 23 Geo. Immigr. L.J. 595 (2009).

⁸² Com argumenta el professor Legomsky, les restriccions sobre la revisió judicial, en combinació amb la manca d'independència decisòria al nivell administratiu, significa que no hi ha independència decisòria en cap fase de la resolució sobre immigració en un tipus determinat de casos. Legomsky, *Deportation and the War on Independence*, pàg. 384-385.

⁸³ Const. EUA, art. I, II i III.

⁸⁴ Const. EUA, esmena X.

⁸⁵ Recentment, tanmateix, alguns governs estatals i locals han tractat de tenir un paper més important en l'aplicació de la immigració. Veg. Juliet P. Stumpf, *States of Confusion: The Rise of State and Local Power over Immigration*, 86 N.C. L. Rev. 1557 (2008).

estrangeres i el poder de declarar la guerra.⁸⁶ A partir de l'atorgament explícit d'aquests poders i a partir de les nocions de sobirania es dedueix una teoria de poder implícit sobre la immigració. Com va explicar el Tribunal Suprem dels EUA el 1889: «La jurisdicció sobre el seu propi territori [...] és un fet de cada nació independent. Forma part de la seva independència. Si no pogués excloure estrangers, en aquest sentit estaria subjecta al control d'un altre poder.»⁸⁷ Segons aquest raonament, la regulació de la immigració és un poder fonamental d'una nació independent i està estretament relacionat amb les relacions exteriors i el poder de guerra. Atès que tots són poders sobirans i que la Constitució atorga aquests poders sobirans al Govern federal, la regulació federal sobre la immigració és pertinent.

La regulació federal sobre la immigració no només és pertinent, sinó que el Tribunal Suprem dels EUA ha classificat el poder federal sobre la immigració com a virtualment absolut perquè està molt estretament lligat a la noció fonamental de sobirania. Segons el Tribunal, el Govern federal té plens poders sobre les polítiques d'immigració, i les seves polítiques d'immigració són «concloents per damunt del poder judicial».⁸⁸ Aquesta renúncia del paper de la revisió judicial per part del Tribunal és molt important, especialment en un sistema de govern que valora altament els controls sobre el poder i l'equilibri de poders.

El Tribunal ha invocat la doctrina de plens poders per explicar el seu refús a controlar fins i tot la política d'immigració més controvertida. Per exemple, refusa qüestionar *a posteriori* els altres dos poders en casos que impliquin la detenció indefinida i l'evidència de secret.⁸⁹ En altres ocasions, tanmateix, el Tribunal ha adoptat un paper més enèrgic. Per exemple, sosté que la clàusula de garantia jurisdiccional de la Constitució és aplicable als estrangers en determinades situacions, per tant proporciona protecció processal als immigrants, especialment els qui tenen judicis d'expulsió.⁹⁰ Amb el temps, també ha mostrat una certa voluntat de voler revisar les polítiques d'immigració.⁹¹ Això no obstant, en el moment d'escriure aquest article, el Tribunal no havia anul·lat les seves decisions a favor dels plens poders.

Per tant, la força de la doctrina de plens poders és contradictòria. Aquesta força pot variar d'un cas a un altre. De fet, els especialistes en immigració avui debaten si la doctrina de plens poders encara és tan forta com abans, o si s'està afeblint.⁹²

⁸⁶ Const. EUA, art. I, §8, i art. II, §2.

⁸⁷ Chae Chan Ping contra els Estats Units (Cas d'exclusió dels xinesos), 130 U.S. 581, pàg. 603-604 (1889).

⁸⁸ Chae Chan Ping contra els Estats Units (Cas d'exclusió dels xinesos), pàg. 606.

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

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

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

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

La situació d'aquesta doctrina no només és contradictòria, sinó que a més, la mateixa doctrina difereix de la lectura d'acollida. La doctrina de plens poders considera la relació entre els Estats Units i els seus immigrants com una llicència o contracte.⁹³ El Tribunal Suprem va explicar el 1889 que «qualsevol llicència» atorgada pel Govern a un immigrant per entrar al país, és una llicència «obtinguda per voluntat del Govern, revocable en qualsevol moment, al seu propi albir».⁹⁴ Utilitzant una retòrica contractual similar, segons aquesta manera de pensar, la relació no és complicada: el Govern dóna una prestació (estatus d'immigració), entenent que el beneficiari (l'immigrant) complirà les condicions del Govern, o altrament es produirà l'expulsió.⁹⁵ Aquesta idea de la «immigració com a contracte»⁹⁶ té un atractiu superficial, però si s'examina amb més detall té mancances que revelen de quina manera la teoria legal contrasta amb la lectura d'acollida.⁹⁷

Una de les mancances inherents a la idea de la immigració com a contracte o llicència, és que si existís quelcom com un contracte d'immigració, segons la doctrina de plens poders seria un acord molt unilateral amb una part contractant (el Govern) que imposa totes les condicions.⁹⁸ A més, aquesta analogia de la immigració com a contracte simplement no retrata amb precisió la complexa trama que manté units els Estats Units i els seus immigrants.⁹⁹ La idea plenipotenciària de la immigració com a llicència o contracte simplifica excessivament les realitats de la immigració. Els immigrants estableixen ràpidament arrels a les seves noves comunitats i no és tan fàcil expulsar-los. Els empresaris i les comunitats poden acostumar-se ràpidament a dependre d'ells i les famílies d'immigrants poden mesclar-se ràpidament amb ciutadans dels EUA mitjançant matrimonis i naixements.

Aquesta idea de la immigració com a contracte reflecteix una acollida freda. Qualsevol acollida facilitada mitjançant el sistema de selecció queda temperada per una teoria legal que intenta neutralitzar els tribunals federals com a lloc on els estrangers poden adreçar els seus greuges sobre immigració. A més, aquesta idea de la immigració com a contracte permet als EUA retenir fortament el control sobre els immigrants. Els permet venir, però només amb unes condicions unilaterals.

La reticència a abandonar la doctrina de plens poders, especialment la supervivència de la noció del segle XIX de la immigració com a contracte o llicència, és evident en el debat actual sobre la reforma de la immigració. Les connexions amb els debats actuals es discuteixen a la part III.

III. Debats actuals sobre la reforma de la immigració relacionats amb l'evolució de la legislació sobre immigració dels EUA

Identificar la lectura contradictòria de la immigració als EUA en el desenvolupament de les tres àrees abans descrites (el sistema de selecció, el sistema de resolució i la teoria legal) ajuda a entendre els contorns dels debats actuals sobre la política d'immigració als Estats Units. Aquest assaig analitza de quina manera la lectura contradictòria es manifesta en dues parts fonamentals del debat actual sobre la reforma d'immigració: 1) si, i com, el

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

⁹⁴ Chae Chan Ping contra els Estats Units (Cas d'exclusió dels xinesos), 130 U.S. 581, pàg. 609 (1889).

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

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

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

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

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

sistema de selecció hauria de seguir evolucionant, i 2) si els jutges administratius haurien de ser més independents. La tensió inherent a una història contradictòria es manifesta en punts de vista oposats.

A. La reforma del sistema de selecció

Com ja s'ha descrit abans, el sistema de selecció que va establir el Congrés el 1952 encara constitueix el marc bàsic de la legislació sobre immigració dels EUA. Aquest sistema estableix categories d'entrada legal i restriccions numèriques en forma de quotes, si bé aquestes quotes ja no són d'orígens nacionals, i les prohibicions a la immigració asiàtica han desaparegut. Cal recordar, tanmateix, que quan el Congrés va abolir les quotes d'orígens nacionals va mantenir el concepte de límits anuals per al nombre d'immigrants que podien entrar als Estats Units. Així mateix, el Congrés va establir límits en el nombre d'immigrants procedents de l'hemisferi occidental.

Això no obstant, el sistema de selecció de la INA no és l'únic mecanisme d'immigració que existeix. Al costat del sistema de selecció oficial, hi ha una estructura d'immigració submergida. Hi ha un gran nombre de població estrangera que viu als Estats Units sense permís del Govern. Són individus la presència dels quals al país no és conforme al sistema de selecció. Aquests individus van entrar als Estats Units sense permís o bé van entrar-hi amb permís però han violat les condicions del seu permís d'entrada. El debat sobre com tractar aquesta població indocumentada és intens i exaltat. És fàcil entendre'l vist des del punt de vista de la lectura contradictòria de la legislació sobre immigració dels EUA.

S'estima que la població indocumentada als Estats Units és d'uns dotze milions.¹⁰⁰ L'existència d'un gran nombre de població indocumentada genera dues qüestions polítiques relacionades amb l'evolució del sistema de selecció. La primera fa referència a la resposta política a aquest sistema de selecció submergit. La segona es pregunta si l'existència d'aquesta població és un senyal que el sistema de selecció necessita una reforma.

Complicar el debat sobre aquestes dues qüestions és l'actitud contradictòria envers la immigració que s'ha perllongat al llarg de la història del sistema de selecció. El sistema té característiques acollidores que animen els immigrants a venir, com ho ha fet històricament. Tanmateix, el sistema exerceix alhora, i històricament també, un control estricte sobre el nombre i el tipus d'immigrants que poden venir. Aquest conflicte intern (sí, volem immigrants, però al mateix temps no en volem gaires, ni volem que s'hi estiguin molt de temps i certament no volem *aquests* immigrants), ha impregnat la història del sistema de selecció. Aquest mateix conflicte intern es troba ara al centre dels debats actuals sobre la política d'immigració.

Per exemple, aquest conflicte intern influeix en els debats sobre el que s'hauria de fer respecte de l'existència del sistema de selecció submergida i la població indocumentada que se'n deriva. Alguns han expressat el desig d'aplicar l'instint tòpic d'exercir un control estricte sobre aquesta població. Aquells que volen un control estricte s'oposen al programa de legalització que donaria l'estatus d'immigrant legal als individus indocumentats, i l'anomenen pejorativament programa «d'amnistia».¹⁰¹ Per contra, aquests restriccionistes han impulsat una aplicació

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

¹⁰¹ Veg., p. ex., Federation for American Immigration Reform, *Why Amnesty Isn't the Solution* (Agost 2007) (disponible a <http://www.fairus.org/site/News2?page=NewsArticle&id=16701&security=1601&news_iv_ctrl=1007>). Un altre grup ha dedicat una secció

estricta de les polítiques que pretenen expulsar els individus indocumentats.¹⁰² Aquesta visió se centra en la part limitadora del missatge històric als immigrants: si véns, vine amb les nostres condicions, i no tindrem cap obligació amb tu. Aquesta visió es reconforta amb la doctrina de plens poders, que emmarca la relació en el context d'un contracte o llicència. Segons aquesta visió, els Estats Units mai no han acceptat una relació amb aquests individus indocumentats.¹⁰³ Per tant, aquests individus no estan autoritzats a esperar una altra cosa que un retorn forçat al seu país d'origen.

La visió oposada se centra més en la faceta acollidora del conflicte intern. Aquesta visió ha reconegut els límits del sistema de selecció per gestionar de manera realista la demanda d'immigració als Estats Units; per tant, reconeix que el sistema de selecció ha contribuït a l'existència d'un gran nombre de població indocumentada.¹⁰⁴ Aquesta posició confirma que els Estats Units han marcat les pautes per a aquest tipus d'immigració a través de l'afavoriment històric de patrons d'emigració que no estan en sintonia amb les oportunitats d'immigració legal que ofereix el sistema de selecció.¹⁰⁵ A més, aquesta visió se sent incòmoda amb la idea d'aplicar mà dura a la immigració, especialment pel que fa als esforços dirigits als treballadors immigrants.¹⁰⁶ Aquesta incomoditat reconeix que els Estats Units han transmès senyals contradictoris als immigrants (veniu, però espereu, no tants, i potser *tu* no), i per tant, desaprova l'actuació contra la part acollidora del missatge en aquesta última fase. La solució, aleshores, seria trobar una manera de legalitzar aquests individus; trobar una manera de formalitzar i afavorir la seva integració als Estats Units. Des d'aquesta perspectiva, la doctrina de plens poders sembla antiquada i no pot abastar la naturalesa de la relació entre els Estats Units i la seva població immigrant.

Aquest debat intern també es manifesta en la segona qüestió relativa a l'evolució del sistema de selecció: l'existència d'aquesta població és un senyal que el sistema de selecció necessita una reforma? Els qui afavoreixen el control estricte, creuen que el sistema de selecció hauria d'exercir controls encara més estrictes mitjançant més esforços d'aplicació, no només per reduir el nombre d'immigrants indocumentats, sinó també per descoratjar la futura immigració il·legal.¹⁰⁷ Aquests restriccionistes han afirmat que el problema és una manca d'aplicació del sistema de selecció. La clau per a la reforma de la immigració, des d'aquesta perspectiva, és exercir un control més

del seu web a «l'amenaça d'amnistia global». NumbersUSA, *Comprehensive Amnesty Threat* (disponible a <<http://www.numbersusa.com/content/hot-topics/comprehensive-amnesty-threat.html>>).

¹⁰² Veg., p. ex., Federation for American Immigration Reform, *How to Stop Illegal Immigration* (juny de 2003) (disponible a <http://www.fairus.org/site/PageServer?pagename=iic_immigrationissuecenters716c>); NumbersUSA, *Illegal Immigration* (disponible a <<http://www.numbersusa.com/content/issues/illegal-immigration.html>>) («Els Estats Units tenen una immigració il·legal massiva perquè els successius congressos i presidents han decidit que ho volien així. En una acció rere l'altra en l'última dècada, s'han negat a aprovar mesures que se sap que són efectives per reduir el flux d'immigrants il·legals, han decidit suprimir diferents tipus d'aplicació que eren efectius, i han aprovat una sèrie de recompenses per a aquells que violen les lleis d'immigració.»)

¹⁰³ Segons NumbersUSA, «els no ciutadans entren als Estats Units com a convidats i han d'obeir les normes que regeixen aquesta entrada». NumbersUSA, *10 Principles for Immigration Reform* (disponible a <<http://www.numbersusa.com/content/learn/numbersusa/10-principles-immigration-reform.html>>).

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

¹⁰⁵ Per exemple, els Estats Units han encoratjat històricament el flux de treballadors no qualificats de Mèxic als Estats Units. Ngai, *Impossible Subjects*, pàg. 50-55, 64, 70-71 i 128-158.

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

¹⁰⁷ De fet, alguns han impulsat un sistema de selecció encara més estricte. Veg., p. ex., Federation for American Immigration Reform, *Why America Needs an Immigration Time-Out* (agost de 2003) (disponible a <http://www.fairus.org/site/News2?page=NewsArticle&id=16331&security=1601&news_iv_ctrl=1006>).

estricte mitjançant mesures d'aplicació més àmplies i millors.¹⁰⁸ La realitat de la demanda no és important, perquè aquesta demanda es pot gestionar mitjançant controls d'aplicació més estrictes.

Des del punt de vista de l'acollida, s'ha observat un impuls per reformar el sistema cap a una major obertura que reflecteixi la realitat d'una major demanda d'oportunitats per a la immigració.¹⁰⁹ Segons el sistema de selecció actual, hi ha un nombre molt petit de quotes disponibles per a treballadors no qualificats, i les quotes per a les categories basades en la família estan tan excessivament sol·licitades que els familiars han d'esperar anys per a la reagrupació.¹¹⁰ Si el sistema de selecció evolucionés per tal de permetre un major nombre d'immigrants i una immigració més flexible, aleshores l'oferta podria satisfer millor la demanda, i hi hauria menys entrades il·legals als Estats Units.

Això no obstant, fins i tot en la posició acollidora pot sorgir l'instint de control. Alguns defensors de la reforma d'immigració acollidora afirmen que un programa de treballadors convidats és la manera de corregir la diferència entre l'oferta i la demanda. Un programa de treballadors convidats obre les quotes a la immigració legal temporal, però, com suggereix el nom, la naturalesa de la immigració seria limitada.¹¹¹ Els treballadors convidats serien visitants, amb poques oportunitats per integrar-se plenament a la societat.¹¹² El seu període d'estada i propòsit legal als Estats Units seria limitat i controlat.

El debat sobre el futur del sistema de selecció també inclou veus que reflecteixen els temors històrics, racials, ètnics i culturals expressats cap als immigrants. Aquest estímul del control estricte persisteix, com ho exemplifiquen els arguments de Peter Brimelow i Samuel Huntington.¹¹³ Brimelow defensa posar la immigració en temps mort.¹¹⁴ Segons ell, els immigrants són una amenaça per a la identitat, la cultura i l'ètnicitat nacionals americanes.¹¹⁵ Tot citant la immigració moderna des de l'Amèrica Llatina com a desafiament a la cultura angloprotestant, el professor Huntington afirma similarmet que aquesta immigració amenaça la identitat nacional americana.¹¹⁶ Com a part de la seva afirmació, Huntington defensa que els immigrants moderns de l'Amèrica Llatina, concretament de Mèxic, són diferents dels anteriors grups d'immigrants i que no són tan desitjables.¹¹⁷

Aquestes dues grans qüestions polítiques del debat sobre la reforma de la immigració centrades en el sistema de selecció (què s'hauria de fer amb el sistema de selecció submergit i si el sistema de selecció necessita una reforma), s'entenen millor a través de l'evolució contradictòria de la legislació sobre immigració dels Estats Units.

¹⁰⁸ Veg., p. ex., Mark Krikorian, *On Immigration, Enforcement Works*, Center for Immigration Studies (agost de 2008) (disponible a <<http://www.cis.org/node/729>>) (promouent el concepte d'«autodeportació» o «desgast a través de l'aplicació»); Federation for American Immigration Reform, *How to Stop Illegal Immigration*.

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

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

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

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

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

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

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

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

¹¹⁷ Huntington, *Who Are We?*, pàg. 18 i 221-256.

Històricament, els Estats Units han transmès missatges d'acollida i de control estricte alhora. Aquests missatges es reflecteixen en el debat sobre el futur del sistema de selecció.

B. La reforma de la resolució

1. La reforma de la resolució administrativa

Com ja s'ha descrit més amunt, els esforços de l'Administració Bush per exercir un major control polític sobre la resolució sobre immigració en van agreujar la naturalesa contradictòria. Les controvèrsies sobre l'acomiadament i la contractació van demostrar que encara que la resolució sobre immigració s'ha separat de la investigació, encara depèn d'un funcionari encarregat de l'aplicació de la llei de designació política. Aquesta situació contradictòria és la base d'una altra qüestió de la reforma de la immigració: si els jutges administratius haurien de ser més independents.¹¹⁸

Els esforços de l'Administració Bush han il·lustrat la manca d'independència decisòria dels jutges d'immigració. Simples empleats del fiscal general, el màxim funcionari del país encarregat de l'aplicació de la llei, decideixen sobre els casos d'immigració. L'estatus dels jutges d'immigració és confús, atès que hi ha molt en joc en els judicis d'immigració. Com a molt mínim, la capacitat d'un individu per viure i treballar on ell decideixi. Com a màxim, és una qüestió de vida o mort (com en un cas d'asil, o de refugiat).

Tanmateix, el seu estatus no és tan confús quan s'analitza mitjançant l'evolució contradictòria de la legislació sobre immigració. Els esforços per ampliar la independència dels jutges d'immigració poden molestar aquells que impulsen un control més estricte. Un sistema independent es podria considerar com un avenç en els drets processals dels estrangers. Per a un defensor de la teoria plenipotenciària de la immigració com a contracte o llicència, els immigrants són admesos mitjançant unes condicions unilaterals i no negociables; per tant, no cal preocupar-se per cap dret, tret que el Govern atorgui algun dret com a condició del contracte. A més, un sistema més independent requeriria que el fiscal general abandonés el control a favor d'un cos de jutges més independent. Els que encara subscriuen la idea plenipotenciària de la immigració com a contracte o llicència consideren que un funcionari encarregat de l'aplicació de la llei de designació política és més responsable de la voluntat popular de fer complir el contracte.

A més, un sistema de resolució formalitzat que encara permet un gran control polític és en si contradictori. D'una banda, reflecteix els avenços cap als valors contemporanis de la resolució mitjançant la creació de *judges* d'immigració i la separació formal de les funcions d'investigació i resolució. D'altra banda, el gran nombre d'oportunitats per exercir un control polític sobre la resolució reflecteix un desig de no deixar progressar gaire el sistema de resolució sobre immigració. Altrament dit, el sistema proporciona als estrangers jutges d'immigració que estan formalment separats dels investigadors d'immigració, però hi manté un fiscal general, per si de cas. Això és una evidència de l'actitud històrica del país no resolta cap a la immigració. La història evidencia una lectura que inclou el desig d'immigració, però amb controls estrictes.

¹¹⁸ Veg., p. ex., Appleseed, *Assembly Line Injustice*, 35-36 (maig 2009) (exigint una major independència per als jutges d'immigració).

2. La reforma de la revisió judicial

L'actitud contradictòria del país envers la immigració també es reflecteix en un debat actual sobre la funció dels tribunals federals a l'hora de revisar les resolucions administratives sobre immigració. Com ja s'ha explicat a la part II, el Congrés va fer retrocedir l'accés als tribunals federals el 1996. Com a part dels debats actuals sobre la reforma de la immigració, hi ha hagut propostes per restringir encara més la funció dels tribunals federals.¹¹⁹ Aquestes restriccions proposades reflecteixen un compromís fred amb la immigració. Els Estats Units sí que ofereixen oportunitats als immigrants, però no estan disposats a obrir-los les portes dels tribunals federals de bat a bat. També és ben palesa la idea plenipotenciària de la immigració com a contracte o llicència. La invitació als immigrants només s'estén fins aquí, i no inclou l'oportunitat de participar plenament en el sistema judicial, o permetre que els tribunals federals exerceixin un control enèrgic sobre el sistema de resolucions administratives.

IV. Conclusió

Si observem els debats actuals sobre la reforma de la immigració des de la perspectiva de l'evolució contradictòria de la legislació sobre immigració dels EUA, descobrim que aquests debats estan vinculats a una lectura contínua i no resolta sobre la immigració als Estats Units. Hi ha una lectura d'acollida en l'evolució del sistema de selecció, però al mateix temps, hi ha una història de control estricte. La història del sistema de resolució també és contradictòria, ja que aquest ara és més formal, però manca d'independència decisòria, i s'ha reduït la funció dels tribunals federals. A més, la teoria legal que sustenta la regulació federal de la legislació sobre immigració és contradictòria en si mateixa i és l'evidència d'un desig de control estricte. Fins que no es resolguin aquestes contradiccions, la legislació sobre immigració dels EUA seguirà transmeten senyals contradictoris, i el debat sobre la immigració seguirà reflectint aquests senyals.

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