



UNIVERSITAT DE BARCELONA



IDP

INSTITUT DE
DRET PÚBLIC

INSTITUT DE DRET PÚBLIC

Col·lecció

WORKING PAPERS

La Ley de Inmigración de Arizona (SB 1070):
contextualización e impacto en la
aproximación a la inmigración irregular en
Estados Unidos y en la Unión Europea

Sara IGLESIAS SÁNCHEZ

WORKING PAPER NÚM. 3/2010

4/11/2010

ISSN 2013-9217

Institut de Dret Públic
Parc Científic de Barcelona
Baldri Reixac, 4-6
08028 Barcelona
Tel. 93.403 45 35
Fax 93.403 45 36
www.idpbarcelona.net

LA LEY DE INMIGRACIÓN DE ARIZONA (SB 1070):
CONTEXTUALIZACIÓN Y E IMPACTO EN LA APROXIMACIÓN A
LA INMIGRACIÓN IRREGULAR EN ESTADOS UNIDOS Y EN LA
UNIÓN EUROPEA

*Sara Iglesias Sánchez**

CONTENIDOS

I. INTRODUCCIÓN

II. LA LEY DE ARIZONA EN SU CONTEXTO: FEDERALISMO E INMIGRACIÓN

III. LA LEY DE INMIGRACIÓN DE ARIZONA SB 1070: PRESENTACIÓN DE SUS DISPOSICIONES

a. Criminalización de la inmigración irregular

- i. Obligación de portar el certificado de registro
- ii. Prohibición de trabajar o solicitar empleo
- iii. Infracciones relacionadas con la contratación y recogida de inmigrantes con propósitos laborales en lugares públicos
- iv. Transporte, alojamiento u ocultación de inmigrantes ilegales

b. La aplicación policial de la ley: “enforcement provisions”

- i. Las potestades policiales destinadas a la verificación del estatuto migratorio
- ii. La ampliación de las facultades de arresto
- iii. La obligación de aplicar exhaustivamente la regulación migratoria
- iv. Las nuevas acciones denunciatorias a disposición de los ciudadanos

IV. LA PROBLEMÁTICA DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE INMIGRACIÓN DE ARIZONA

a. La cuestión del reparto de competencias entre los estados y la federación en materia migratoria

- i. La ley de inmigración de Arizona como una regulación de la inmigración en su sentido más estricto: *attrition through enforcement*
- ii. *Preemption*, la “*mirror image theory*”, y el federalismo cooperativo

b. Motivos relacionados con los derechos de los inmigrantes

- i. Libertad de expresión y la prohibición de solicitar empleo en la vía pública
- ii. La cuestión del “*racial profiling*”

V. CONSIDERACIONES FINALES: LA RELEVANCIA DE LA LEY DE ARIZONA EN EL DEBATE SOBRE LA INMIGRACIÓN IRREGULAR EN EE.UU. Y EN LA UNIÓN EUROPEA

a) La ley de inmigración de Arizona y la problemática de la inmigración irregular en los Estados Unidos

b) Inmigración irregular, federalismo y derechos fundamentales: la SB 1070 en perspectiva global

*Doctora en Derecho, *Universidad Complutense de Madrid*. LL.M. *Yale Law School*.

I. INTRODUCCIÓN

La ley de inmigración de Arizona – *Support Our Law Enforcement and Safe Neighborhoods Act*- más conocida como *Senate Bill* (SB) 1070¹, ha suscitado un intenso debate no únicamente en los Estados Unidos, sino a escala global, que ha sido ciertamente calificado de histórico por no pocos observadores. La mencionada norma ha dado lugar a una inusitada cobertura informativa a nivel global y a una considerable reacción de condena nacional e internacional, lo cual no deja de ser sorprendente, teniendo en cuenta que se trata de una norma estatal y que no es la primera vez que un ente sub-federal se embarca en la regulación de la inmigración con carácter restrictivo en los Estados Unidos de América. En efecto, la polémica ley de inmigración de Arizona no es más que un capítulo de un debate que lleva encendido durante décadas y que recibió impulso notable tras la aprobación de la infame Proposición 187 por los votantes californianos en 1994².

Teniendo en consideración la envergadura del debate político y su repercusión mediática, la intención de este documento de trabajo es la de situar la problemática norma en el contexto más amplio de compleja problemática migratoria (II), exponer el contenido de sus disposiciones más controvertidas (III), y avanzar los principales argumentos que comprometen su constitucionalidad (IV). Muchas de las cuestiones suscitadas al hilo del examen de la SB 1070 -el reparto de competencias entre los entes federales, estatales y locales la criminalización de la inmigración irregular, y la problemática cuestión de la discriminación racial en la aplicación policial de la ley o “*racial profiling*”- se encuentran en el corazón del debate jurídico-político entorno al fenómeno migratorio no únicamente en los Estados Unidos, sino también en el entorno europeo. Por ello, intentaremos asimismo situar el debate en perspectiva global para extraer conclusiones de carácter general de esta peculiar norma (V), que no es sino una pieza más en la compleja realidad de nuestros días, en la cual, ante las desigualdades globales, el derecho se alza como un fenómeno represivo convirtiendo en ilegales –incluso en criminales- conductas desprovistas de ilicitud.

¹ Senate Bill 1070, 49th Leg., 2nd Sess., Arizona Session Laws Ch. 113, modificada por la House Bill 2162, 49th Leg., 2nd Sess., Arizona Session Laws Ch. 211. En adelante nos referimos a esta norma como “Ley de inmigración de Arizona”.

² La Proposición 187 –Save Our State (SOS)-, aprobada por consulta popular, estaba destinada a limitar el acceso de los inmigrantes irregulares a múltiples servicios públicos, y contenía disposiciones destinadas también a incrementar la aplicación estricta de la ley federal. Esta proposición desató un avivado debate a nivel nacional, y reacciones de condena semejantes a las hoy despertadas por la ley de Arizona. Múltiples recursos se entablaron contra esta norma, cuya suspensión fue permanentemente decretada por un tribunal de distrito de la jurisdicción federal, *League of United Latin American Citizens v. Wilson* (C.D.Cal. 1995) 908 F. Supp. 755, 786 ; *League of United Latin American Citizens v. Wilson* (C.D. Cal. 1997) 997 F. Supp. 1244, 1261.

II. LA LEY DE ARIZONA EN SU CONTEXTO: FEDERALISMO E INMIGRACIÓN

Para abordar la especificidad de la ley de Arizona y entender la magnitud de sus elementos novedosos y de la respuesta suscitada a nivel nacional e internacional, es preciso situar esta norma en el contexto de la compleja cuestión del federalismo y de la regulación de la inmigración en los Estados Unidos de América.

Tras una época en la que, a falta de normativa federal, la incipiente regulación de las migraciones recayó incidentalmente en los Estados³, la inmigración pasó a ser regulada progresivamente a nivel federal⁴. A pesar del silencio constitucional al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo consolidó la existencia de la competencia federal sobre la regulación de la inmigración. Distintos argumentos pueden justificar la existencia de esta competencia federal, combinando el recurso a la cláusula de comercio⁵, a la cláusula sobre los poderes de guerra⁶, a la cláusula de naturalización⁷, a la cláusula sobre migración o importación (referida al comercio de esclavos)⁸, y a la doctrina de los poderes implícitos⁹. En el marco del nivel federal de gobierno, la regulación de la inmigración corresponde a las esferas políticas y, según la doctrina de los *plenary powers*, existe una considerable limitación del ámbito e intensidad de la revisión judicial en estas materias, dando así lugar a una gran discrecionalidad en la regulación y la aplicación de la ley federal de inmigración¹⁰, si bien esta doctrina –duramente criticada por razones obvias– va siendo progresivamente superada¹¹.

³ NEUMAN, G. L.: *Strangers to the Constitution. Immigrants, Borders and Fundamental Law*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1996.

⁴ La norma principal en materia migratoria es la Immigration and Nationality Act de 1952, sometida desde entonces a numerosas reformas.

⁵ Artículo I § 8, cl. 3, Constitución de los EE.UU.

⁶ Artículo I § 8, cl. 11, *Ibid.*

⁷ Artículo I § 8, cl. 4, *Ibid.*

⁸ Artículo I § 9, cl. 1, *Ibid.*

⁹ Entre la numerosa jurisprudencia que alude a varios o a alguno de los fundamentos citados, puede verse: *New York v. Miln*, 36 U.S. 11 Pet. 102 102 (1837); *Passenger Cases*, 48 U.S. (7 How.)283 (1849); *Chy Lung v. Freeman*, 92 U.S. 275 (1875); *Henderson v. Mayor of New York*, 92 U.S. 259 (1876); *Head Money Cases*, 112 U.S. 580 (1884); *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698, 711 (1893) *Ekiu v. United States*, 142 U.S. 651 (1892); *the Chinese Exclusion Case*, 130 U.S. 581 (1889). Sobre esta cuestión, puede verse: ALEINIKOFF, T.A.: “Federal Regulation of Aliens and the Constitution”, *American Journal of International Law* 83, 1989, pp. 862-871.

¹⁰ E.g.: *the Chinese Exclusion Case*, 130 U.S. 581 (1889); *Nishimura Ekiu v. United States*, 142 U.S. 651 (1892); *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1893); *Knauff v. Shaughnessy*, 338 U.S. 537 (1950); *Harisiades v. Shaughnessy*, 342 U.S. 580 (1952); *Shaughnessy v. Mezei*, 345 U.S. 206 (1953); *Fiallo v. Bell*, 430 U.S. 787 (1977).

¹¹ E.g.: *Yamataya v. Fisher*, 189 U.S. 86 (1903); *Landon v. Plasencia*, 459 U.S. 21 (1982); *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983); *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001); *Demore v. Kim*, 538 U.S. 510 (2003); *Clark v. Martinez* 543 U.S. 371 (2005). Sobre la discusión de la doctrina de los “plenary powers” puede verse: MOTOMURA, H.: “Immigration Law After a Century of Plenary Power: Phantom Constitutional Norms and Statutory Interpretation”, *Yale Law Journal* 100, 1990, pp. 545-613. Sobre el estado de la cuestión tras la importante sentencia en *Zadvydas*, véase Aleinikoff, T.A.: “Detaining Plenary Power: The Meaning and

Más allá de la existencia de la competencia federal en materia de inmigración y su distribución entre las ramas del gobierno, la jurisprudencia ha avanzado en el sentido de considerarla como exclusiva de la federación, fundamentándose, principalmente, en consideraciones de relaciones internacionales, y en la necesidad de uniformidad, lo que ha llevado consecuentemente a la anulación de numerosas disposiciones estatales sobre esta materia¹².

No obstante, la jurisprudencia ha dejado abierta la puerta a la posible regulación a nivel estatal de cuestiones conectadas con la inmigración. En el importante asunto *De Canas*, el Tribunal Supremo permitió la adopción de medidas estatales sancionadoras con respecto a los empleadores, estimando que “incluso si tal regulación local tiene un impacto puramente especulativo e indirecto en la inmigración, por ello no se convierte en una regulación proscrita constitucionalmente”¹³. En el centro del debate se sitúa, por lo tanto, la delimitación del contenido de la competencia migratoria en cuanto tal. Si bien la regulación de la inmigración en sentido estricto – determinación de admisiones y expulsión- es inequívocamente una competencia federal, más compleja es la cuestión cuando nos referimos a la inmigración en un sentido más amplio, como derecho de *extranjería*, o *alienage law*¹⁴.

Tras el reconocimiento en el asunto *De Canas* de un ámbito en el cual los estados pueden regular validamente ámbitos con un impacto incidental en la materia migratoria, el análisis de la legalidad de las normas estatales y locales se lleva a cabo desde la perspectiva de la doctrina de la “preemption” –derivada de la cláusula de supremacía del derecho federal establecida en la Constitución estadounidense¹⁵- en sus distintas modalidades (*field preemption*¹⁶, *express preemption*¹⁷, *conflict preemption*^{18,19}).

Impact of *Zadvydas v. Davis*” *Georgetown Immigration Law Journal* 16, 2002, pp. 365-389.

¹² *E.g. Chy Lung v. Freeman*, 92 U.S. 275 (1876); *Henderson v. New York*, 92 U.S. 259 (1876); *Edye v. Robertson*, 112 U.S. 580 (1884); *Truax v. Raich*, 239 U.S. 33 (1915); *Hines v. Davidowitz*, 312 U.S. 52 (1941).

¹³ *De Canas v. Bica*, 424 U.S. 351 (1976).

¹⁴ Para una discusión sobre el alcance de la noción de política migratoria, véase: CHIN, G. y MILLER, M.L.: “Cracked Mirror: SB 1070 and Other State Regulation of Immigration through Criminal Law” *Arizona Legal Studies Discussion Paper* No. 25, August 2010, p. 11 y ss.

¹⁵ Artículo VI, §1 Cláusula 2.

¹⁶ Este tipo de “preemption” se produce cuando se entiende que un campo ha sido ocupado por el nivel federal a través de la creación de un esquema regulatorio completo (véase, por ejemplo: *Gade v. National Solid Wastes Mgmt. Ass'n*, 505 U.S. 88, 98 (1992)).

¹⁷ Este tipo de “preemption” se produce cuando así lo dispone expresamente una norma del Congreso (por ejemplo: *English v. General Elec. Co.*, 496 U.S. 72, 78-79 (1990)).

¹⁸ Este tipo de “preemption” se produce cuando existe un conflicto entre la norma estatal y la federal (véase e.g.: *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1 (1824)).

¹⁹ Sobre esta cuestión, una clara explicación en: RODRIGUEZ, C.; CHISTI, M.; NORTMAN, K.: *Testing the Limits: A Framework for Assessing the Legality of State and Local Immigration Measures*, Migration Policy Institute, 2007.

Históricamente, diversos estados han adoptado medidas en materia migratoria con la intención de combatir la inmigración irregular. Desde el año 2007, año en el cual fracasó el proyecto comprehensivo de reforma de la legislación de inmigración federal²⁰, los estados, así como determinados municipios²¹, han proliferado extraordinariamente en su actuación en esta materia²², si bien es de destacar que no todas las medidas adoptadas a nivel estatal y local tienen un contenido represivo, destacando los esfuerzos de comunidades locales y estados en la vertiente de la integración, incluso llegándose a dar regulaciones obstruccionistas que prohíben colaborar con las autoridades federales en la implementación de regulaciones restrictivas²³.

Atendiendo a las mencionadas constricciones constitucionales, las medidas estatales y locales de tenor restrictivo no regulan los flujos migratorios en sí mismos. Muchas de estas normas sub-federales se centran en la regulación del acceso a la educación, servicios sanitarios, adquisición de permisos y licencias, etc. Entre las medidas más comunes se encuentran, además, aquellas destinadas a sancionar a los empleadores, a aquellos inmigrantes que soliciten empleo, a las personas que colaboren en su estancia e incluso a los que les alquilen viviendas. Junto a medidas de carácter sancionador, son comunes las destinadas a involucrar a las fuerzas policiales locales y estatales en actividades relacionadas con la represión de la inmigración irregular. Por lo tanto, la regulación estatal y local tiene un fuerte impacto en la determinación de los derechos de los inmigrantes, del ámbito sancionador, y del nivel efectivo y modalidades de aplicación de la ley.

²⁰ Comprehensive Immigration Reform Act of 2007 (S.1348), conocida también como Secure Borders, Economic Opportunity and Immigration Reform Act of 2007.

²¹ Ejemplos muy destacados son las *Illegal Immigrant Relief Acts* (IIRAs) tales como la de Hazleton, Pennsylvania (recientemente declarada inconstitucional por el tercer circuito) y la *Ordinance* 2903 de Farmers Branch, Texas. Sobre estas medidas puede verse, THOMAS, S.: “‘Mi casa no es su casa’: How far is too far when States and Localities take Immigration Matters into their own Hands”, *Chicana/o-Latina/o Law Review* n° 20, 2010, pp. 103-122.

²² Por ejemplo, en el año 2009, más de 1500 proposiciones de ley fueron consideradas a nivel estatal, y 222 fueron adoptadas. Información actualizada sobre el número y contenido de legislación estatal en material relacionada con la inmigración puede encontrarse en el sitio web de la National Conference of State Legislatures: www.ncsl.org. Una base de datos ha sido puesta en marcha para monitorear la acción de los estados en material de inmigración: State Responses to Immigration, a Database of All State Legislation: <http://www.migrationinformation.org/datahub/statelaws.cfm>.

²³ Sobre esta cuestión: RODRÍGUEZ, C. M.: “The Significance of the Local in Immigration Regulation”, *Michigan Law Review* 106, 2008, pp. 567- 642. El contenido de las mismas puede consultarse en: LAGLAGARON, L.; RODRÍGUEZ, C.; SILVER, A.; THANASOMBAT, S.: *Regulating Immigration at the State Level: Highlights from the Database of 2007 State Immigration Legislation and the Methodology*, Migration Policy Institute, 2008.

A pesar de que el Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse en relación a algunas de estas normas²⁴, señalando su inconstitucionalidad en algunos casos, no existe aún un marco jurídico definitivo que delimite de manera absoluta las competencias locales, estatales y federales. Existe en la actualidad un complejísimo y difuso entramado jurídico conformado por multitud de pronunciamientos de los distintos niveles de la jurisdicción federal, en los que, dependiendo de la medida en cuestión, entran en juego consideraciones de “preemption”, pero también relacionadas con otros preceptos constitucionales (la *Equal Protection Clause* de la Catorceava Enmienda²⁵, la Cuarta enmienda, libertad de expresión de la Primera Enmienda, la *Due Process Clause*, etc.)²⁶. Por lo tanto, existe aun una notable inseguridad jurídica a este respecto, y la discusión doctrinal está marcadamente dividida en torno a la elasticidad del actual esquema de reparto competencial²⁷, y sobre la necesidad de revisar la estricta interpretación de la exclusividad de la competencia federal en materia migratoria²⁸.

En el marco de esta complejidad se inserta la regulación de la Ley de Arizona, que en modo alguno desconoce la problemática constitucional sobre el reparto de competencias en materia migratoria. En efecto, tal norma ha pretendido de forma más o menos cuidadosa asegurar su constitucionalidad ya sea bien remitiéndose expresamente a la regulación federal, o bien siguiéndola de cerca, con el propósito de atajar las potenciales críticas. En particular, esta norma supone una aplicación práctica de artefactos jurídicos que están encontrando gran calado en el debate sobre la participación de estados y localidades en la regulación de las migraciones ante la percibida impotencia del nivel federal, tales como la “*mirror image theory*”, la doctrina del “*attrition through enforcement*”, el “*cooperative enforcement*”. Los problemas de constitucionalidad planteados por estas soluciones serán abordados tras la exposición del contenido básico de la ley.

²⁴ E.g. *Hines v. Davidowitz*, 312 U.S. 52 (1941) -en relación con un sistema de registro de extranjeros; *Toll v. Moreno*, 458 U.S. 1, 11 (1982)- en relación con las tasas para la enseñanza superior.

²⁵ *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971). No obstante, el Tribunal Supremo ha rechazado aplicar el estándar más alto de escrutinio judicial “strict scrutiny” en relación con los inmigrantes indocumentados, *Plyler v. Doe* 457 U.S. 202 (1982).

²⁶ Entre estos pronunciamientos caben: destacarse *Lozano v. City of Hazelton Middle District of Pennsylvania*, 2007 496 F. Supp. 2d 477; *Chicanos por la Causa v. Napolitano* 544 F.3d 976 (9th Cir. 2008); *Gonzales v. City of Peoria*, 722 F. 2d 468 (9th Cir. 1983)

²⁷ Una visión negativa respecto a la participación subfederal en la regulación migratoria se fundamenta principalmente en el tenor material restrictivo de algunas de estas disposiciones: WISHNIE, M. J.: “Laboratories of Bigotry? Devolution of the Immigration Power, Equal Protection, and Federalism”, *New York University Law Review* 76, 2001, pp. 493-569; OLIVAS, M. A.: “Immigration-Related State and Local Ordinances: Preemption, Prejudice, and the Proper Role for Enforcement” *University of Chicago Legal Forum* 27, 2007 pp. 27-56. Una perspectiva más abierta en: RODRÍGUEZ, C. M.: “The Significance of the Local...”, *Op. Cit.*; HUNTINGTON, C.: “The Constitutional Dimension of Immigration Federalism”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 61, pp. 787-853; SCHUCK, P.: “Taking Immigration Federalism Seriously” *University of Chicago Legal Forum* 57, 2007, pp. 57-92.

²⁸ RODRÍGUEZ, C.M.: “The Significance of the Local...” *Op. Cit.*

III. LA LEY DE INMIGRACIÓN DE ARIZONA SB 1070: PRESENTACIÓN DE SUS DISPOSICIONES

La conocida como Ley de Inmigración de Arizona (Senate Bill 1070) consiste en una modificación de varios capítulos del “Arizona Revised Statutes” (ARS), codificación de las normas del Estado. La norma fue propuesta en el Senado de Arizona por el Senador Richard Russell y entró en vigor el 29 de julio de 2010, tras ser firmada por la gobernadora Jan Brewer el 29 de abril, quien no ajena a sus problemáticas disposiciones, ordenó el mismo día un curso de orientación para los agentes²⁹. Asimismo, poco después de su adopción y con anterioridad a su entrada en vigor, la controvertida norma fue modificada por la House Bill 2162³⁰, destinada a conjurar las objeciones relativas su potencial efecto de incrementar el “*racial profiling*”, o aplicación selectiva de la norma basada en consideraciones raciales. A pesar de estas modificaciones, diversos recursos fueron planteados ante la justicia federal poniendo en duda la constitucionalidad de la norma³¹. Entre dichos recursos, destaca el presentado por el Departamento de Justicia del gobierno federal poco antes de la entrada en vigor de la norma³². En dicho proceso, la Juez de Distrito Susan Bolton emitió un auto de medidas cautelares mediante el cual quedó suspendida temporalmente la aplicación de algunas de las disposiciones más controvertidas de la SB 1070 el día antes de su entrada en vigor³³.

Los elementos principales de la SB 1070 consisten, fundamentalmente, en la tipificación de nuevas conductas como delictivas, en el endurecimiento de las sanciones asociadas a violaciones de normas preexistentes en la ley federal e introducción de otras infracciones de derecho estatal, en el establecimiento determinadas normas destinadas a

²⁹ La SB 1070 ha despertado una gran incertidumbre entre el colectivo policial. A este respecto véase: KAYE, J.: *Enforcing Arizona’s SB 1070, a State of Confusion*, Special Report, Immigration Policy Center, American Immigration Council, julio 2010. Los videos del curso de formación se encuentran disponibles en la web de la Arizona Peace Officer Standards and Training Board: www.azpost.state.az.us/SB1070infocenter.htm

³⁰ House Bill 2162, 49th Leg., 2nd Sess., Arizona Session Laws Ch. 211.

³¹ Hasta el momento, tenemos noticia de siete causas pendientes: los recursos han sido iniciados ante la US District Court for the District of Arizona, por la National Coalition of Latino Clergy and Christian Leaders; conjuntamente por la Mexican American Legal Defense and Education Fund, la American Civil Liberties Union (ACLU), y el National Immigration Law Center (entre otras asociaciones) -Caso *Friendly House et al. v. Whiting et al.*; por la League of United Latin American Citizens (*LULAC v. Arizona*). Otros recursos han sido planteados por oficiales de policía (*Escobar v. Brewer* y *Saldago v. Brewer*) y por otros ciudadanos (caso *Frisancho v. Brewer*).

³² Caso n° 2:10-CV-014113 (PHX) presentado ante el Juzgado de Distrito del Distrito de Arizona el 6 de julio de 2010, y acompañado de una petición de adopción de medidas cautelares.

³³ *United States v. Arizona*, Order on motion for preliminary injunction, No. CV 10-1413-PHX-SRB (D. Ariz. July 28, 2010). El Estado de Arizona ha apelado esta decisión judicial, y numerosos autores señalan la probabilidad de que el asunto alcance el Tribunal Supremo. En el momento de preparación de este trabajo, el caso está pendiente de una primera audiencia ante el 9th Circuit, Case No. 10-16645.

determinar la actuación de los actores encargados de la aplicación de las normas relativas a la inmigración e incrementar sus facultades para verificar la situación migratoria de los individuos y llevar a cabo arrestos, y en el establecimiento de vías legales para que los ciudadanos denuncien la inactividad o falta de voluntad por parte de las autoridades de utilizar los instrumentos legales disponibles para combatir la inmigración irregular.

a. Criminalización de la inmigración irregular

Uno de los aspectos más polémicos de la SB 1070 es el hecho de que ésta recurre a la criminalización de determinadas conductas ligadas con la presencia irregular en el Estado de Arizona. A este respecto, se introducen tres nuevas infracciones criminales relacionadas con la obligación de registro y de portar determinada documentación, con el empleo de inmigrantes en situación irregular en la vía pública, y con el transporte de inmigrantes irregulares.

Con carácter preliminar es necesario señalar que la criminalización de la inmigración irregular no es en modo alguno un fenómeno exclusivo de la normativa estatal –ni tan siquiera exclusivamente norteamericano³⁴–, sino que cuenta con un amplio bagaje en el nivel federal, donde distintas infracciones vienen calificadas como ilícitos civiles o penales, sin que exista una sistemática bien engranada que informe el conjunto de las disposiciones. En primer lugar, en el derecho federal constituye una infracción penal la entrada en el país sin inspección, es decir, la entrada irregular³⁵ – si bien se trata de una falta, dicha infracción es elevada al rango de *felony* si se comete tras haber sido expulsado con anterioridad³⁶–. Otras infracciones tipificadas como penales son las relacionadas con el fraude documental³⁷. Por lo tanto, si bien es cierto que la ley de Arizona va más allá de lo previsto en la regulación federal en la criminalización de algunas conductas, no lo es, sin embargo, que la criminalización de la estancia irregular como tal sea obra exclusiva de la SB 1070.

- i. Violación intencionada de la obligación de registro y de la obligación de portar el certificado de registro

Entre las disposiciones más controvertidas de la SB 1070 –y cuya aplicación ha sido parcialmente suspendida por el auto de medidas

³⁴ La inmigración irregular está criminalizada también en Alemania, Reino Unido, Italia y Grecia. A este respecto, puede verse: GUILD, E.: *Criminalisation of Migration in Europe: Human Rights Implications*, Issue Paper, Commissioner for Human Rights, Council of Europe, 2009; GUILD, E.; MINDERHOUD, P.: *Immigration and Criminal Law in the European Union*, Nijhoff, Leiden 2006; GASTALDO, M.: “Criminalización de la inmigración irregular en Italia: la eficacia de la Ley 94/2009”, *Revista de derecho migratorio y extranjería* 23, 2010, pp. 309-315. Es de señalar que la envergadura y extensión de esta cuestión la ha llevado a convertirse en el tema central del informe del relator especial Jorge Bustamante sobre los derechos humanos de los migrantes de 3 de Agosto de 2010, A/65/222.

³⁵ INA § 275 (Immigration and Nationality Act).

³⁶ INA §276.

³⁷ 18 U.S.C. §§ 1421-1429 ; 1541-1546.

cautelares de la Juez Bolton- se encuentran las relativas a la obligación de registrarse y de portar el consiguiente certificado³⁸.

La determinación del contenido de la ofensa se hace a través de un reenvío a la legislación federal introducida a través de la *Alien Registration Act* de 1940³⁹, según la cual están obligados a registrarse todos aquellos extranjeros mayores de 14 años que no dispongan de visado y que permanezcan en el país durante más de 30 días. La ley federal también obliga a portar el certificado de registro en todo momento. Tanto la legislación federal como la estatal contemplan estas infracciones desde el punto de vista penal como “*misdemeanours*”, es decir, como faltas o contravenciones. Por lo tanto, la criminalización de la violación de estas obligaciones ya viene impuesta por la ley federal, que prevé asimismo sanciones más estrictas que la ley de Arizona⁴⁰.

Diversos autores han señalado que la aplicación práctica de esta disposición resulta sustancialmente limitada. En efecto, el hecho de que el incumplimiento de la obligación de registrarse haya de ser intencionado para dar lugar a la infracción, limita el ámbito de aplicación de la misma, primordialmente por la inexistencia de un sistema publicitado de registro⁴¹. Adicionalmente, es difícil probar que alguien no registrado se encuentra desde hace más de 30 días en territorio estatal⁴². Más señaladamente, esta disposición no se aplica a las personas que hayan entrado legalmente en el país. Por lo tanto, no únicamente es inaplicable a aquellos que se encuentren legalmente, sino también a aquellos que, habiendo entrado de forma legal, hubieran incurrido posteriormente en irregularidad sobrevenida

ii. Prohibición de trabajar o solicitar empleo

La ley de Arizona prohíbe asimismo que las personas en situación irregular ofrezcan sus servicios como trabajadores empleados o independientes en la vía pública, que desempeñen empleo alguno, o que

³⁸ A.R.S. §13-1509.

³⁹ 8 U.S. §§ 1304 (e) y 1306 (a).

⁴⁰ La ley federal establece como sanción para la violación intencionada de la obligación de registro es de 1000\$ y/o 6 meses de privación de libertad. La violación de la obligación de portar el certificado de registro, 100\$ y/o 30 días de privación de libertad. La pena establecida por la ley de Arizona es de 20 días (30 en caso de reincidencia) de privación de libertad y una multa de 100\$.

⁴¹ Sobre esta cuestión, CHIN, G. J. [et al.]: “A Legal Labyrinth: Issues Raised by Arizona Senate Bill 1070”, *Arizona Legal Studies Discussion Paper* No. 10-24, p. 5. La introducción del requisito de “intencionado” responde a que dicho requisito es requerido también por la legislación federal. El Tribunal Supremo declaró inconstitucional la creación de una ofensa semejante en Pennsylvania que no contenía el elemento de intencionalidad: *Hines v. Davidowitz*, 312 U.S. 52(1941). Estos autores también señalan que la falta de un sistema claro de registro a nivel nacional, y la falta de implementación hacen poco probable que pueda determinarse que alguien a cometido intencionadamente esta infracción. Asimismo, dicha obligación de registrarse, teniendo en cuenta de que las personas concernidas se encuentran en situación irregular, plantea problemas de autoincriminación. CHIN, G. J. [et al.]: “A Legal Labyrinth...” *Op. Cit.*, p. 7.

⁴² CHIN, G. J. [et al.]: “A Legal Labyrinth...” *Op. Cit.*, p. 5.

respondan a una oferta de empleo⁴³, siendo este tipo de delito inexistente en el marco federal. La aplicación de esta disposición, que crea una nueva infracción de carácter criminal desconocida a nivel federal –ya que dicho nivel se ha centrado en evitar el trabajo de los inmigrantes a través de las sanciones a los empleadores-, ha sido suspendida por el auto de la Juez Bolton.

iii. Infracciones relacionadas con la contratación y recogida de inmigrantes con propósitos laborales en lugares públicos

Un segundo grupo de ofensas introducidas por la SB 1070 –que han sobrevivido a la *preliminary injunction* de la Juez Bolton- son las relacionadas con la practica de recoger a inmigrantes en lugares públicos, donde éstos esperan para ser contactados u ofrecen sus servicios, con motivos de contratación laboral⁴⁴. La ley criminaliza el tanto el comportamiento de los ocupantes de los vehículos, como el de los propios inmigrantes que entran en ellos con propósitos laborales, vinculando aquí la lucha contra la inmigración ilegal de una manera un tanto curiosa con la seguridad vial, ya que dicha ofensa únicamente se aplica en el caso de que el vehículo bloquee o impida el flujo normal del tráfico. La introducción de este propósito puede tener como intención vincular la disposición a una competencia eminentemente local o estatal –la regulación del tráfico- con el propósito de dificultar su anulación por motivos relacionados con la distribución de competencias a nivel federal-estatal⁴⁵.

La norma, pues, constituye un particular híbrido en el cual se entremezclan elementos de las extendidas “sanciones a empleadores”, con restricciones a los propios trabajadores, y consideraciones ligadas al tráfico automovilístico. Es de señalar que la Legal Arizona Workers Act del año 2007 ya aborda la cuestión de los empleadores, estableciendo la obligación destinada a los mismos de consultar en el sistema E-Verify⁴⁶, encontrándose la misma pendiente de examen ante el Tribunal Supremo⁴⁷.

iv. Transporte, alojamiento u ocultación de inmigrantes ilegales

La última infracción penal introducida *ex novo* en la legislación estatal de Arizona –y cuya aplicación tampoco ha sido suspendida por el auto de medidas cautelares- es la consistente en transportar, albergar o alojar

⁴³ A.R.S. § 13-2928(C).

⁴⁴ A.R.S. § 13-2928.

⁴⁵ A este respecto, CHIN, G. J. [et al.]: “A Legal Labyrinth...” *Op. Cit.*, p. 9.

⁴⁶ Se trata de un sistema introducido por la Ley federal destinado a ofrecer a los empleadores una herramienta que permite comprobar la autorización para trabajar de sus potenciales empleados antes de proceder a contratarlos. Si bien el esquema federal diseña la participación de los empleadores como voluntaria, la ley de Arizona la convierte en obligatoria. Contrariamente, el estado de Illinois prohibió la colaboración con este programa (Illinois Right to Privacy in the Workplace Act), si bien esta ley ha sido declarada inconstitucional por un tribunal federal de distrito en la causa *United States v. Illinois*, (No. 07-3261, C.D. Ill., 2009).

⁴⁷ *Chicanos Por La Causa, Inc. v. Napolitano*, 558 F.3d 856 (9th Cir. 2009), *cert. granted*, 78 U.S.L.W. 3065 (Jun. 28, 2010) (No. 09-115).

inmigrantes en situación irregular, en el caso de que la persona en cuestión sea consciente o negligentemente ignore dicha cualidad de irregular. No todo transporte de inmigrantes irregulares queda cubierto por esta norma, sino únicamente aquel que sea realizado con la intención de apoyar la presencia irregular. Asimismo, se tipifica la inducción a la inmigración irregular. No obstante, esta disposición tiene un ámbito de aplicación considerablemente reducido, ya que esta infracción únicamente puede ser cometida por parte de personas que se encuentren cometiendo otra infracción criminal. Esta última cualificación –que limita la aplicación del precepto a las personas que se encuentren “*in violation of a criminal offense*”- añade una considerable complejidad interpretativa, ya que esta particular mención es desconocida tanto en el derecho federal como estatal⁴⁸.

Estas infracciones constituyen también una falta o contravención cuya sanción consiste en una multa de mil dólares por lo menos, excepto en el caso de que la infracción implique diez o más inmigrantes irregulares, en cuyo caso se elevará al grado de “*felony*”, y la multa será de al menos mil dólares por inmigrante implicado. Como medida adicional, una nueva modificación de la ley prevé que los vehículos implicados en este tipo de infracciones sean inmovilizados o confiscados⁴⁹.

Al igual que las sanciones contra empleadores, este tipo de conductas, típicamente asociadas con el tráfico de inmigrantes, encuentran cabida también en la legislación federal⁵⁰.

b. La aplicación policial de la ley: “enforcement provisions”

Los poderes de los Estados en la aplicación de la ley federal de inmigración también suponen una cuestión controvertida, que trae causa de la descentralización del sistema criminal y policial en los Estados Unidos. El papel de las fuerzas del orden en la aplicación de una regulación eminentemente federal, como es la migratoria, plantea numerosas cuestiones que aun no han encontrado una respuesta determinante por parte de la jurisdicción federal. A este respecto, la SB 1070 no se limita a criminalizar determinados comportamientos relacionados con la inmigración irregular, sino que también pretende llevar a cabo –y este es a nuestro entender el elemento más novedoso de esta norma- una reestructuración de la aplicación efectiva de la legislación migratoria a nivel local y estatal. Esta tarea es llevada a cabo a través de cuatro elementos: el primero de ellos consiste en ampliar las potestades policiales destinadas a la verificación de la situación migratoria de los individuos; el segundo, en aumentar las facultades de

⁴⁸ La interpretación dada por diversos autores limita la aplicación de este precepto a aquellos casos en los que la persona en cuestión se encuentre cometiendo otro crimen. CHIN, G. J. [et al.]: “A Legal Labyrinth...” *Op. Cit.*, p. 10

⁴⁹ A.R.S. §28- 3511.

⁵⁰ INA §§ 274, 275 y 276. Las sanciones previstas en estas disposiciones son sustancialmente más gravosas que las “employer sanctions”. Asimismo, otros estados (que tengamos noticia, Oklahoma, Carolina del Sur y Utah) también han criminalizado a nivel estatal el transporte de inmigrantes irregulares.

arrestar a personas sospechosas de ser inmigrantes irregulares sin orden judicial; el tercero, en imponer una obligación de comportamiento a las autoridades vinculadas a la aplicación y control del cumplimiento de la ley y el cuarto otorga a los ciudadanos un papel vigilante y denunciante ante la violación de dicha obligación de comportamiento.

- i. Las potestades policiales destinadas a la verificación del estatuto migratorio⁵¹

La SB 1070 establece que con ocasión de cada arresto, detención o “any lawful contact stop” llevada a cabo por un oficial del estado, debe llevarse a cabo un intento de determinar el estatuto migratorio de la persona en cuestión, allí cuando exista una sospecha razonable de que dicha persona sea extranjera y de que se encuentre en situación irregular, a no ser que tal comprobación menoscabe el objeto de la investigación. Asimismo, esta disposición establece el mandato imperativo de comprobar la situación migratoria de cada persona arrestada antes de su puesta en libertad. Se prohíbe el recurso exclusivo a consideraciones raciales para motivar las “sospechas razonables” de que alguien es extranjero o que se encuentra en situación irregular, y se determinan determinados documentos que hacen presumir la legalidad de la situación migratoria de un individuo⁵². Si bien la norma no establece una obligación para inmigrantes y ciudadanos de portar constantemente documentación que pruebe su ciudadanía o estatuto migratorio, de facto se lleva a una situación en la que será conveniente hacerlo en aras de evitar posibles complicaciones⁵³. La aplicación de esta disposición ha sido suspendida por el auto de medidas cautelares del tribunal de distrito.

- ii. La ampliación de las facultades de arresto⁵⁴

Por otra parte, la SB 1070 también amplía las posibilidades de los agentes del orden para proceder al arresto sin orden judicial, si existe “causa probable” de creer que dicha persona ha cometido cualquier infracción que le convierta en expulsable⁵⁵. Esta disposición no está destinada únicamente a permitir el arresto por parte de las autoridades estatales con motivo de la violación de la legislación federal –lo cual ya era posible con anterioridad⁵⁶–, sino que implica una posibilidad adicional, basada en un juicio previo sobre la cualidad de “expulsable” –a determinar por el propio agente estatal-. Este es el elemento más problemático de esta disposición, ya que no es

⁵¹ A.R.S. §11-1051 B

⁵² Dichos documentos son: un permiso de conducir emitido en Arizona u otro documento identificativo de Arizona; cualquier forma de identificación tribal u otro documento de identificación emitido por cualquier entidad federal, estatal o local, en el caso de que, para su emisión, requiera previa comprobación de la legalidad de la residencia (o presencia legal) en los Estados Unidos.

⁵³ CHIN, G. J. [et al.]: “A Legal Labyrinth...” *Op. Cit.*, p. 5.

⁵⁴ A.R.S. §13-3883 A.5.

⁵⁵ El tenor literal del precepto se refiere a que la persona arrestada hubiera cometido “any public offense that makes the person removable from the United States”. A.R.S. §13-3883.

⁵⁶ Véase, e.g. *Gonzalez v. City of Peoria* 722 F.2d 468, 474 (9th Cir. 1983).

posible determinar la cualidad de expulsable de una persona mediante la simple consulta de una base de datos, sino que es preciso atender a las garantías del sistema federal, que prevé revisión judicial. Por esta razón, dicha disposición ha sido afectada por el auto de medidas cautelares en la causa federal contra la ley de Arizona.

iii. La obligación de aplicar exhaustivamente la regulación migratoria⁵⁷

Una de las disposiciones más problemáticas, y que sin embargo no ha sido afectada por el auto de medidas cautelares ya que –según la juez de distrito en la causa federal- el Departamento de Justicia no adujo motivos suficientes que cuestionaran su constitucionalidad, es la que establece la prohibición dirigida a los agentes estatales y locales de limitar o restringir la aplicación de la ley federal de inmigración a un nivel menor del permitido por la legislación (“to less than the full extent permitted by federal law”).

En estrecha conexión con esta disposición, se establece la prohibición (esta vez, dirigida a los órganos ejecutivos y representativos de condados y ciudades, así como a las agencias policiales y a sus agentes) de limitar o prohibir el intercambio de información relacionada con la situación migratoria con el propósito de determinar el acceso a beneficios, licencias y servicios públicos, y el cumplimiento de las obligaciones de registro.

Estas disposiciones tienen por objetivo determinar el comportamiento de las agencias y oficiales, así como de reducir en ámbito de discrecionalidad tradicionalmente disfrutado por ciudades y condados a este respecto⁵⁸.

iv. Las nuevas acciones denunciatorias a disposición de los ciudadanos⁵⁹

En estrecha relación con la disposición anterior, y para dotarla de poder disuasorio, se establece una nueva acción por medio de la cual cualquier residente legal en el estado de Arizona puede denunciar a cualquier oficial o agencia policial del estado por adoptar o implementar una política o práctica que limite o restrinja la aplicación de la legislación federal de inmigración, de nuevo, “to less than the full extent permitted by federal law”, infracción de carácter administrativo a la que se asocian sanciones pecuniarias. Esta disposición tampoco ha sido afectada por el auto de la juez Bolton.

⁵⁷ A.R.S. §11-1051 A y E-F.

⁵⁸ Sobre el impacto de la SB 1070 en la autonomía local, véase: SU, R.: “The Overlooked Significance of Arizona’s New Immigration Law”, *Michigan Law Review*, 109, 2010, pp. 76-79.

⁵⁹ A.R.S. §11-1051.

IV. LA PROBLEMÁTICA DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE INMIGRACIÓN DE ARIZONA

La constitucionalidad de la ley de inmigración de Arizona ha sido ampliamente contestada por diversas razones, que cobran un diferente peso en los distintos recursos planteados contra la norma. Destacan dos grupos de cuestiones generales, siendo el primero de ellos el relacionado con el reparto de competencias en materia migratoria entre la federación y los estados, y el segundo de ellos, el que se refiere al impacto de dicha norma en distintos derechos de los inmigrantes constitucionalmente protegidos.

a) *La cuestión del reparto de competencias entre los estados y la federación en materia migratoria*

La problemática competencial es sin duda la más obvia y la que más atención ha despertado en la esfera gubernamental, como es natural. La cuestión de la constitucionalidad de la ley de inmigración de Arizona desde la perspectiva del federalismo es susceptible de ser abordada a través de dos ópticas marcadamente distintas, dependiendo de si consideramos la SB 1070 como una norma migratoria en sentido estricto –procediendo en este caso el examen de su constitucionalidad a través de su compatibilidad con la exclusividad de la competencia federal; o si por el contrario, la consideramos como una norma que tiene únicamente un impacto incidental en la regulación de la inmigración, -caso en el cual el examen de su constitucionalidad deberá llevarse a cabo a través de un análisis de “preemption”, acorde con la doctrina sentada por la jurisprudencia *De Canas*-.

i. La ley de inmigración de Arizona como una regulación de la inmigración en su sentido más estricto: *attrition through enforcement*

Como hemos señalado en el apartado II del presente trabajo, la política de inmigración –entendida en un sentido estricto como la determinación de las admisión y expulsión de personas de nacionalidad extranjera- es indiscutiblemente una competencia exclusiva de la Federación, sin perjuicio de que medidas con un impacto indirecto en materia migratoria puedan ser reguladas por los estados, según la jurisprudencia *De Canas*.

Una legislación como la de Arizona, si bien no regula directamente el flujo de entradas y salidas, es difícil de clasificar a estos respectos. En efecto, la SB 1070 es un ejemplo paradigmático de la política llamada de “attrition”⁶⁰, encaminada a la “auto-expulsión” (o *self-deportation*), por medio de la aplicación extensiva de los instrumentos represivos de la política migratoria tales como la detención, el arresto o las medidas de

⁶⁰ En este sentido: KOBACH, K. W.: “Attrition through Enforcement: A Rational Approach to Illegal Immigration”, *Tulsa Journal of Comparative and International Law* 15, 2008, pp. 153-161.

expulsión, junto con otras medidas restrictivas de derechos sociales, de la posibilidad de trabajar, de obtener permisos y licencias, o de participar en el tráfico privado a través de la compra o el alquiler de propiedades, incluso destinadas a la vivienda habitual⁶¹. Por medio de esta aproximación, si bien los estados no pueden regular directamente la admisión de inmigrantes, se procede a la introducción de medidas que entrañan un efecto equivalente.

Atendiendo a estas consideraciones, existe un argumento esgrimido por la doctrina⁶², según el cual, la ley de Arizona sería en su conjunto inconstitucional por no respetar la exclusividad de la política migratoria, ya que su objeto último, tal y como es expresamente declarado, es convertir la doctrina del “*attrition through enforcement*” en la política pública de todas las agencias gubernamentales a nivel local y estatal. Explícitamente se señala que el objetivo último es la cooperación para disuadir e impedir la entrada y presencia irregular de inmigrantes, así como el ejercicio de actividades económicas por parte de éstos⁶³. Como ha señalado el tercer circuito en relación con las medidas prohibitivas de alquilar viviendas a inmigrantes en situación irregular, “es difícil concebir un método más eficaz de asegurar que las personas no entren o permanezcan en una localidad que el de impedir su capacidad de vivir en ella”⁶⁴.

Esta aproximación es apoyada por el argumento que ensalza la estrecha vinculación de la política migratoria con las relaciones exteriores como uno de los motivos fundamentales en apoyo de la exclusión de la competencia de los Estados, tal y como ha sido reiterado en la jurisprudencia federal en numerosas ocasiones. En efecto, las reacciones de condena internacional han sido no únicamente extendidas en lo geográfico sino relevantes en lo político y económico⁶⁵. Esta inusitada relevancia en materia de relaciones exteriores bien podría dotar al Tribunal Supremo de elementos suficientes para proceder a una clarificación de tenor restrictivo de la doctrina *De Canas*.

No obstante, este argumento lleva a identificar la parte con el todo, e implica una lógica según la cual, dado el impacto de la determinación de cualquier elemento de derecho de extranjería en los flujos migratorios, no habría lugar para regulación estatal alguna que incidiera en la situación de

⁶¹ Para una panorámica general, véase: LEGOMSKY, S. y RODRÍGUEZ, C.: *Immigration and Refugee Law and Policy*, 5th Ed, 2009, Foundation Press, p. 1187 y ss. y la bibliografía allí citada.

⁶² CHIN, G. J. [et al.]: “A Legal Labyrinth...” *Op. Cit.*, p. 27.

⁶³ §1 SB 1070.

⁶⁴ *Lozano v. City of Hazelton*, No. 07-3531 (3d Cir. Sept. 9, 2010).

⁶⁵ En la causa del Departamento de Justicia pendiente ante el Tribunal de Apelación del noveno circuito, nada menos que 10 naciones del centro y sur americano han acompañado al gobierno Mexicano en la presentación de un Amicus brief, cuya admisibilidad ha sido confirmada. Todos los documentos asociados con esta causa son accesibles en: <http://dockets.justia.com/docket/circuit-courts/ca9/10-16645/>. Asimismo, la SB 1070 ha sido condenada por la UNASUR en la declaración final de su cumbre celebrada en mayo de 2010 así como por el secretario general de la OEA José Miguel Insulza.

los extranjeros, lo cual supondría una absoluta negación de lo avanzado en la jurisprudencia *De Canas*⁶⁶.

ii. *Preemption*, la “*mirror image theory*”, y el federalismo cooperativo

Al margen de la anterior argumentación maximalista, si consideramos que la legislación de Arizona no supone regulación de la inmigración en sentido estricto sino únicamente una regulación de ciertos ámbitos con potencial impacto en cuestiones migratorias, la determinación de la constitucionalidad de sus disposiciones habrá de realizarse en relación con el correspondiente ámbito normativo al nivel federal a través de un análisis que determine si la mencionada regulación estatal se inmiscuye en un ámbito que ha pretendido ser comprehensivamente regulado por el legislador federal, si la norma estatal entra en conflicto con las disposiciones federales, o si éstas han excluido expresamente la actuación de los Estados en dicha materia. Este examen en términos de “*preemption*” habrá de ser llevado a cabo en relación con cada una de las disposiciones controvertidas⁶⁷.

Argumentos de “*express preemption*” pueden únicamente ser aducidos en relación con las sanciones a empleadores contenidas en la SB 1070⁶⁸. Este tipo de sanciones se encuentra entre las preferidas por los estados, ya que fueron declaradas constitucionales por el Tribunal Supremo en el famoso asunto *De Canas*⁶⁹. No obstante, la legislación federal ha ocupado con posterioridad este campo con la Immigration Reform and Control Act de 1986 (IRCA)⁷⁰. Dicha norma explicita los ámbitos en los cuales los estados disponen de un margen de actuación, y expresamente está limita la acción estatal en otros ámbitos relacionados con las sanciones a empleadores⁷¹. No obstante, la naturaleza híbrida de la disposición de la ley de Arizona, que vincula estas sanciones a la regulación del tráfico automovilístico, puede aportar a los tribunales un elemento de flexibilidad que permita reconocer la constitucionalidad de la norma, por referirse a uno

⁶⁶ En este sentido, crítica con el razonamiento adoptado por el Tribunal de Distrito en el asunto *Lozano v. Hazelton*, se muestra RODRÍGUEZ, C.M.: “The Significance of the Local...”, *Op. Cit.*, p. 624.

⁶⁷ Para una clara exposición de la aplicación de la doctrina de “*preemption*” a los distintos tipos de medidas estatales relacionadas con la inmigración, véase: RODRÍGUEZ, C.; CHISTI, M.; NORTMAN, K.: *Testing the Limits... Op. Cit.*

⁶⁸ Sobre esta discusión puede verse: RODRÍGUEZ, C.; CHISTI, M.; NORTMAN, K.: *Ibid.* p. 10 y ss.

⁶⁹ Sobre la apreciación de los argumentos de “*preemption*” en relación con las sanciones a empleadores con carácter general, véase: RODRÍGUEZ, C.; CHISTI, M.; NORTMAN, K.: *Ibid.*

⁷⁰ En efecto, esta norma expresamente impide la adopción de normas a nivel estatal o local que impongan sanciones, ya sean civiles o penales, contra los empleadores. 8USC §§ 1324 a y 1324 b.

⁷¹ 8 U.S.C. § 1324a(h)(2) “The provisions of this section preempt any State or local law imposing civil or criminal sanctions (other than through licensing and similar laws) upon those who employ, or recruit or refer for a fee for employment, unauthorized aliens.”

a una cuestión que se enmarca en el ámbito del poder de policía de los Estados⁷².

Asimismo, existen importantes argumentos de “*field preemption*” en relación con aquellos ámbitos cubiertos por la ley de Arizona en los que el sistema federal ha pretendido ocupar la materia de forma comprensiva. Tal argumento puede esgrimirse con relación a las infracciones relativas a la obligación de registro y con respecto a las sanciones a transportistas y empleadores, ya que en estas materias existe ya una amplia regulación federal.

A pesar de la existencia de ley federal en este ámbito, un razonamiento que da la vuelta a esta lógica parece haber alcanzado amplio predicamento en un sector conservador de la doctrina, calando en la opinión pública y en los medios de comunicación. En efecto, la “*mirror image theory*” deduce de la existencia de legislación federal en estas materias una base para la actuación estatal, en lugar de considerar tal actuación excluida por la existencia de amplia regulación federal en la materia⁷³. Dicha teoría recurre a la identificación de contenido y objetivos de las normas estatales con la regulación federal para justificar su compatibilidad, y por ende, su constitucionalidad, aduciendo argumentos de federalismo cooperativo. Atendiendo a estas consideraciones, estarían permitidas aquellas actuaciones a nivel local o estatal que respetaran los objetivos de la legislación federal, o regularan una cuestión de forma compatible con esta.

Estrechamente relacionada con esta cuestión está la de la colaboración estatal y local en la aplicación efectiva de la ley de inmigración federal, que se vincula directamente con la problemática del “*concurrent enforcement*”⁷⁴. A este respecto, existe una viva discusión doctrinal⁷⁵, en parte desatada por la equívoca aproximación a la misma por parte del gobierno federal⁷⁶, acerca de la existencia de una autoridad estatal inherente para llevar a cabo la aplicación policial de la ley federal. Al margen de esta polémica, es ineludible reconocer el hecho de que la propia legislación federal ha dado carta de naturaleza a la cooperación de las autoridades de los niveles sub-federales en la implementación de las medidas relacionadas

⁷² CHIN, G. J. [et al.]: “A Legal Labyrinth...” *Op. Cit.*, p. 9.

⁷³ Uno de los asesores durante la elaboración de la SB 1070 es el Profesor Kobach cuya interpretación de la doctrina constitucional ha sido plasmada en su artículo KOBACH, K. W.: “Reinforcing the Rule of Law: What Stats Can and Should Do to Reduce Illegal Immigration”, *Georgetown Immigration Law Journal* n° 22, 2008, pp. 459-483. En contra de esta “mirror theory” puede verse, CHIN, J. y MILLER, M. L.: “Cracked Mirror...” *Op. Cit.*

⁷⁴ KOBACH, K.W.: “Reinforcing the Rule of Law...” *Op. Cit.*

⁷⁵ Sobre esta discusión puede verse, entre otros: PHAM, H.: “The Inherent Flaws in the Inherent Authority Position: Why Inviting Local Enforcement of Immigration Laws Violates the Constitution” *Florida State University Law Review* 31, 2004 pp. 965-1003. (en contra); KOBACH, K.W.: “The Quintessential Force Multiplier: The Inherent Authority of Local Policy to Make Immigration Arrests”, *Albany Law Review* 69, 2006, pp. 179- 235 (a favor).

⁷⁶ Memorandum de Jay S. Bybee, (Assistant Attorney General, Office of Legal Counsel, to Attorney General John Ashcroft) de 2 de abril de 2002.

con la política migratoria. Ante la limitación constitucional que impide que el nivel federal imponga a las agencias policiales estatales la obligación de aplicar sus leyes⁷⁷, la posibilidad fue abierta en forma de cooperación voluntaria, a través del programa ACCESS⁷⁸, entre cuyas medidas se encuentran los famosos acuerdos del programa del artículo 287 (g)⁷⁹, que permiten la participación de las agencias policiales estatales y locales en determinados aspectos de la aplicación de la política migratoria⁸⁰, sometidos a supervisión federal, y tras previa formación de los agentes involucrados. Asimismo, la ley federal también reconoce la posibilidad de que la policía local lleve a cabo arrestos en casos específicos⁸¹. Pero más que apoyar la teoría de la *inherent authority*, estos desarrollos parecen abogar por la interpretación de que la cooperación en la aplicación de la ley en materia migratoria debe ocurrir en el marco de los cauces señalados por la legislación federal para ello⁸².

En definitiva, tanto los argumentos esgrimidos para salvaguardar la constitucionalidad de los aspectos problemáticos de la ley de Arizona fundamentados en la *mirror theory* así como en consideraciones de “*inherent authority*” o “*concurrent enforcement*” no ofrecen una completa respuesta satisfactoria en términos de “*conflict preemption*”⁸³. En efecto, como ha sido señalado en el recurso del departamento de Justicia, la carga impuesta por la legislación estatal en el sistema federal, -ya que el cumplimiento de sus disposiciones por parte de los agentes locales y estatales requiere constante apoyo por parte del sistema federal, principalmente, para la verificación de estatus de las personas arrestadas, detenidas, o abordadas en “*lawful stops*” por estos agentes-, puede impedir el correcto funcionamiento del mismo, y por tanto, ser considerada como un obstáculo. Asimismo, otro argumento puede ser aducido en relación con esta lógica conflictual: la discrecionalidad en la aplicación de la ley puede ser considerada como un elemento intrínseco a la competencia material

⁷⁷ *United States v. Printz*, 521 U.S. 898 (1997).

⁷⁸ ICE Agreements of Cooperation in Communities to Enhance Safety and Security (ICE ACCESS).

⁷⁹ Desarrollado por el 8 U.S.C. §1357(g). Este programa, introducido en el año 1996, únicamente cobro una importancia generalizada en el año 2007. La administración de Obama está dando una nueva orientación a los acuerdos celebrados en este marco, pretendiendo redirigir la cooperación estatal y local hacia la actuación sobre inmigrantes que hayan cometido delitos graves. Sobre esta cuestión: SEGHETTI, L.M.; ESTER, K.; GARCÍA, M.J.: *Enforcing Immigration Law: The Role of State and Local Law Enforcement*, *CRS Report for Congress*, Congressional Research Service, 11 marzo 2009. Para la nueva orientación que la administración de Obama está dando a estos acuerdos véase: RODRÍGUEZ, C.; CHISTY, M.; CAPPS, R.; ST.JOHN, L.: *A Program in Flux: New Priorities and Implementation Challenges for 287 (g)*, Migration Policy Institute, March 2010.

⁸⁰ A través de estos acuerdos, se puede autorizar a los agentes estatales a proceder a labores de investigación, aprehensión o detención de extranjeros, incluyendo su transporte a través de las fronteras estatales, con el propósito de llevarlos a centros de internamiento.

⁸¹ En el caso de personas previamente expulsadas (INA §276) y en la aplicación de las disposiciones relacionadas con el tráfico de inmigrantes (INA §274).

⁸² RODRIGUEZ, C.; CHISTI, M.; NORTMAN, K.: *Testing the Limits. Op. Cit.* p. 34.

⁸³ Para una crítica general sobre la “*mirror image theory*” véase: CHIN, G. y MILLER, M.L.: “*Cracked Mirror...*” *Op. Cit.*, p. 11 y ss.

inmigratoria del nivel federal, haciéndose eco de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que reconoce la discrecionalidad del ejecutivo en lo que a la efectiva aplicación de la ley a través de la consiguiente prosecución de su infracción respecta⁸⁴. En efecto, el ámbito de discrecionalidad federal no queda limitado a la regulación de la materia, sino también a la potestad de aplicar la regulación.

Así pues, el comportamiento de las autoridades federales a este respecto indica que no existe una voluntad, o cuanto menos una prioridad, de perseguir sistemática y exhaustivamente todas las violaciones de la legislación migratoria. En efecto, la prioridad del gobierno federal a este respecto, en una realidad de medios limitados y a la vista de la problemática humana y social aparejada a la aplicación exhaustiva de lo dispuesto legalmente, se centra más en la persecución y prosecución de casos de envergadura, en especial, los ligados con actividades delictivas –otras que las estrictamente vinculadas con la propia estancia irregular-. Por lo tanto, esta normativa podría contemplarse como contraria a la legislación federal.

Las consideraciones de “*conflict preemption*” están, de esta forma, orientadas en un sentido más sistemático, de forma que puede estimarse que la legislación federal migratoria en su conjunto supone un complejo entramado que mantiene soluciones de compromiso y delicados equilibrios entre múltiples intereses, y que una legislación estatal de estas características irrumpe en este panorama alterando las prioridades establecidas por el Congreso. Un razonamiento de este estilo ha llevado a la anulación de la polémica ordenanza municipal de la ciudad de Hazelton, Pennsylvania, en la causa *Lozano v. Hazelton* ante el tercer circuito de apelación⁸⁵, considerando que la comunión de objetivos no basta para salvar la constitucionalidad de una disposición, si ésta no respeta el equilibrio de prioridades establecido a nivel federal.

b) *Motivos relacionados con los derechos de los inmigrantes*

Si bien los motivos principales aducidos por el departamento de justicia son los relacionados con el reparto de competencias, existe una segunda importante fuente de argumentos relacionada con la inconstitucionalidad de la norma de Arizona, vinculada con los derechos civiles de los inmigrantes, y que se encuentra en el centro de otros recursos planteados, principalmente, en el asunto *Friendly House*⁸⁶. En dicha causa, se han avanzado argumentos fundamentados en el derecho a la libertad de expresión –recogido en la Primera Enmienda a la Constitución-, así como a los derechos recogidos en la Cuarta Enmienda, y a la igual protección de las leyes de la Catorceava Enmienda.

⁸⁴ *Greenlaw v. United States*, 128 S. Ct. 2559, 2565 (2008); *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683, 693 (1974); *Heckler v. Chaney*, 470 U.S. 821, 832 (1985). Véase, sobre esta cuestión: CHIN, G. J. [et al.]: “A Legal Labyrinth...” *Op. Cit.*, p. 28.

⁸⁵ *Lozano v. City of Hazelton*, No. 07-3531 (3d Cir. Sept. 9, 2010). En este sentido, también *Rogers v. Larson*, 563 F.2d 617 (1977).

⁸⁶ Todos los documentos asociados a esta causa pueden consultarse en: <http://www.aclu.org/immigrants-rights-racial-justice/friendly-house-et-al-v-whiting-et-al>

Al margen de la familiaridad que estos argumentos pueden despertar en el lector continental, la cuestión es de una complejidad inmensa, debido, en primer lugar a la peculiar construcción de los derechos constitucionales de los ciudadanos en la Bill of Rights y por la complejidad de su aplicación a los Estados, así como de su interacción con las enmiendas introducidas tras la Guerra Civil (y la aplicación de estas a la federación)⁸⁷, pero más aún, por la inexistencia de una sólida doctrina jurisprudencial que reconozca la titularidad de los derechos constitucionales por parte de los extranjeros. E incluso, cuando tal jurisprudencia establece la aplicación de determinado estándares constitucionales con respecto a los extranjeros residentes, es discutible que dicha protección sea extensible a los inmigrantes en situación irregular⁸⁸. Por lo tanto, los recursos planteados sobre la Ley de Arizona ofrecen una oportunidad para el sistema jurisdiccional federal de avanzar en este sentido. A continuación avanzamos los elementos principales de la discusión a este respecto.

i. Libertad de expresión y la prohibición de solicitar empleo en la vía pública

La disposición que prohíbe el ofrecimiento de los servicios como empleado o trabajador independiente por parte de inmigrantes en situación irregular en la vía pública ha sido considerado por varios autores como contrario al derecho a la libertad de expresión, tal y como queda protegido por la Primera Enmienda a la Constitución. En este sentido, existe una relativamente amplia jurisprudencia de distintos tribunales federales y estatales sobre normas semejantes, si bien los pronunciamientos judiciales se han manifestado no siempre de manera consistente⁸⁹.

ii. La cuestión del “*racial profiling*”

Una de las cuestiones más problemáticas y que ha despertado una mayor atención de las asociaciones de protección de los derechos de los inmigrantes, y que ha suscitado más oposición ciudadana y cobertura mediática, es el impacto de la SB 1070 en la cuestión del “*racial profiling*”. Estas afirmaciones se basan en la estimación de que las disposiciones relativas a la aplicación de la legislación federal (las relativas a la

⁸⁷ El Tribunal Supremo declaró en el asunto *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982) que la Equal Protection Clause de la Catorceava enmienda era aplicable a los inmigrantes indocumentados en relación a las normas discriminatorias de los Estados, pero sin embargo, deja a salvo la legislación discriminatoria impuesta a nivel federal.

⁸⁸ A este respecto, la *Due Process Clause* de la Catorceava enmienda se aplica sin distinción de estatus: *Zavidas v. Davis*, 533 U.S. 678, 693 (2001). Asimismo, de la jurisprudencia federal puede deducirse que la protección de la Cuarta enmienda contra “unreasonable search and seizure” se extiende a los inmigrantes irregulares *INS v. Lopez-Mendoza*, 468 U.S. (1990).

⁸⁹ Sobre esta jurisprudencia CHIN, G. J. [et al.]: “A Legal Labyrinth...” *Op. Cit.*, 9; extensamente, RODRIGUEZ, C.; CHISTI, M.; NORTMAN, K.: *Testing the Limits... Op. Cit.* p. 38 y ss.

identificación, detención y arresto) contenidas en la ley de Arizona, son impracticables sin caer en la práctica del *racial profiling*.

La cuestión del *racial profiling* –concepto que puede ser definido como la consideración de los rasgos raciales o étnicos como determinantes de una decisión policial de detener, arrestar, cuestionar, etc.- es problemática en todos los ámbitos de actuación policial y no es, por lo tanto, un problema exclusivamente ligado a la cuestión migratoria. Este tipo de comportamiento policial plantea problemas de constitucionalidad en relación a la Cuarta⁹⁰ y a la Catorceava⁹¹ enmiendas. El *racial profiling* puede considerarse constitucionalmente proscrito en relación con la actuación policial en el ámbito criminal, que requiere que la misma sea motivada por sospechas particularizadas y objetivas⁹², y ha sido asimismo declarado por el Tribunal supremo que la aplicación de la ley determinada por criterios raciales podría ser contraria a la Equal Protection Clause de la Catorceava Enmienda⁹³. A pesar de la complejidad del marco constitucional, existe un amplio consenso social e institucional sobre la ilegitimidad de la práctica del *racial profiling* en el ámbito criminal⁹⁴.

No obstante, la aplicación de la legislación migratoria, por sus particulares características, está gobernada por principios que difieren del marco general. En efecto, el Tribunal Supremo –al igual, por cierto, que nuestro Tribunal Constitucional⁹⁵- ha considerado válido el recurso a

⁹⁰ Enmienda IV, “El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas.” Traducción por <http://www.archives.gov/espanol/constitucion.html>

⁹¹ Enmienda XIV, 1. “Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos”. Traducción por: <http://www.archives.gov/espanol/constitucion.html>

⁹² Según la jurisprudencia, para tomar la decisión de interrogar a un individuo, ha de existir una sospecha razonable individualizada, *United States v. Sokolow*, 490 U.S. 1, 7 (1989); *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1, 27 (1968) *United States v. Cortez*, 449 U.S. 411, 418 (1981); *United States v. Salinas*, 940 F.2d 392, 394 (9th Cir. 1991).

⁹³ *Whren v. United States*, 517 U.S. 806 (1996). No obstante, se trata de una cuestión problemática, ya que el estándar para apreciar una violación de esta cláusula es muy riguroso. Sobre esta cuestión: JOHNSON, K. R.: “The Case against Race Profiling in Immigration Enforcement”, *Washington University Law Quarterly*, 78, 2000, pp. 676-736, p. 686 y ss.

⁹⁴ Véanse, por ejemplo, las guidelines del Departamento de Justicia del año 2003 bajo la rúbrica de “Racial Profiling is Wrong and Will not be Tolerated”.

⁹⁵ La Sentencia del Tribunal Constitucional 13/2001, de 29 de enero de 2001 establece que, a los efectos de comprobaciones reguladas por la legislación de extranjería “forzoso es reconocer que, ... determinadas características físicas o étnicas pueden ser tomadas en consideración en ellos como razonablemente indiciarias del origen no nacional de la persona que las reúne”.

criterios raciales en el ámbito de la aplicación policial de las regulaciones migratorias, siempre que los mismos no determinen *exclusivamente* la decisión policial⁹⁶.

Ante la amplia reacción de condena, la principal motivación de la modificación de la SB 1070 por la HB 2162 fue la de ajustar escrupulosamente el tenor literal de la norma a los criterios de constitucionalidad vigentes, atendiendo a la jurisprudencia del supremo en el asunto *Brignoni-Ponce*. Así, en todas las disposiciones relacionadas con la aplicación de la ley por parte de las agencias y agentes del orden, se ha introducido una cláusula, que señala que no se deberá considerar la raza, el color o el origen nacional en la aplicación de las correspondientes sanciones, *excepto en la medida en que ello sea permitido por la Constitución de los Estados Unidos* o por la constitución de Arizona.

Por lo tanto, a pesar de las lacónicas declaraciones de la Gobernadora Brewer y del Senador Pearce estimando que la norma no tolera el racial profiling, la SB 1070 y su modificación parecen haberse ajustado muy conscientemente al margen de actuación que a tal respecto les ofrece la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, si bien no permite el recurso a la raza como criterio exclusivo, deja abierta la puerta a su consideración en conjunto con otros factores⁹⁷. No obstante, la discusión entorno a la aplicación de estos criterios con base racial en política migratoria está siendo objeto de un acalorado debate a nivel nacional⁹⁸.

V. CONSIDERACIONES FINALES: LA RELEVANCIA DE LA LEY DE ARIZONA EN EL DEBATE SOBRE LA INMIGRACIÓN IRREGULAR EN EE.UU. Y EN LA UNIÓN EUROPEA

Tras haber expuesto en líneas generales el contenido de las disposiciones controvertidas y los principales argumentos en la polémica sobre su constitucionalidad, son de recibo algunas reflexiones que nos permitan extraer conclusiones de esta particular problemática. La repercusión más evidente es sin duda la que se está produciendo en el debate migratorio a nivel nacional en los Estados Unidos. Pero pese a la

⁹⁶ *United States v. Brignoni-Ponce*, 422 U.S. 873, 886-87 (1975).

⁹⁷ Los factores enumerados por el Tribunal Supremo en el asunto *Brignoni-Ponce* son: las características del área en las que se encuentre el vehículo; la proximidad a la frontera; las características del tráfico en una carretera determinada; el tipo de coche; la conducción errática o los intentos de evadir a los oficiales, o una carga inusual en el vehículo. Otros factores que son considerados para completar la apreciación racial en el curso de orientación puesto en marcha para las agencias policiales en Arizona, tiene en cuenta también la vestimenta, el aspecto de los inmigrantes, la falta de identificación o la documentación extranjera, estar en compañía de otros inmigrantes irregulares, estar en una zona donde se reúnen los inmigrantes irregulares, viajar en grupo, ir en un vehículo muy cargado, dificultad para expresarse en inglés, nerviosismo o evitar el contacto visual directo. Handout, AzPOST Recommended Minimum Course of Training on Arizona Immigration Laws, June 2010.

⁹⁸ CHIN, G. J. [et al.]: "A Legal Labyrinth..." *Op. Cit.*, p. 16, consideran que una posibilidad sería considerar el *racial profiling* como socialmente proscrito.

particularidad del marco jurídico y a la lejanía geográfica, la polémica norma del estado de Arizona puede ayudarnos a extraer también conclusiones valiosas para la problemática jurídica entorno a la regulación de la inmigración al debate al otro lado del Atlántico.

a) *La ley de inmigración de Arizona y la problemática de la inmigración irregular en los Estados Unidos*

Atendiendo a la cuidadosa redacción de la norma, y a la contribución en su elaboración de expertos en la materia, la ley de inmigración de Arizona parece haber sido parte de una agenda que sobrepasa el mero impacto de la cuestión a nivel estatal. En efecto, atendiendo a tanto a la redacción de los preceptos controvertidos como a las líneas maestras de la jurisprudencia federal, es posible estimar que incluso entre sus creadores, hubieran existido fundadas expectativas de que la ley de Arizona no sobreviviera en su totalidad al escrutinio constitucional de la justicia federal⁹⁹. A pesar de ello, un éxito propagandístico puede apuntarse ya en el marcador del legislador estatal, ya que las problemáticas doctrinas del “attrition through enforcement” o de la “mirror image theory” se encuentran hoy en el centro del debate nacional y ostentan un considerable apoyo en la opinión pública¹⁰⁰. En efecto, la actuación estatal parece haberse alzado de nuevo como una alternativa a la generalmente percibida inaptitud, inhabilidad y falta de voluntad del gobierno federal de acabar con la problemática de la inmigración irregular.

Si un efecto positivo puede asociarse a la ley de Arizona, éste es el de haber servido de elemento propulsor del debate nacional para promover una reforma política comprensiva¹⁰¹. No obstante, al valorar este efecto, no ha de perderse la perspectiva histórica. En efecto, la ley de Arizona no es en modo alguno el primer episodio en el cual una norma estatal ha servido como catalizador para situar la cuestión de la reforma migratoria en la agenda del gobierno federal, ya que es notable el paralelismo con la californiana Proposición 187, que supuso un importante elemento en el proceso de reforma de la ley de inmigración federal que culminó con una deriva extraordinariamente restrictiva en todos los frentes, con la legislación de 1996, año en el que se adoptaron la Illegal Immigration Reform and

⁹⁹ POVINE, D.M.: “The Criminalisation of an Immigrant Population” *ARI* 120/2010, Real Instituto Elcano, 21/7/2010, p. 2.

¹⁰⁰ Según informa la prensa, la causa de la defensa de la norma ante la jurisdicción federal ha sido apoyada por multitud de donantes de todo el país: JORDAN, M.: “Donors Send Millions to Defend Arizona Law”, *Wall Street Journal*, 26 Octubre 2010, cifrando las donaciones en 3,6 millones de dólares. Diversas encuestas de opinión han documentado el amplio apoyo ciudadano: ARCHIBOLD, R.C. y THEE-BRENAN, M.: “Poll Shows Most in U.S. Want Overhaul of Immigration Laws”, *The New York Times*, 3 de mayo 2010. No obstante, la lectura de estas estadísticas es compleja, y no puede entenderse como un absoluto apoyo a dicha ley, sino más bien, como un reconocimiento de la necesidad de la reforma de la política migratoria a nivel global.

¹⁰¹ CHIN, G. J. [et al.]: “A Legal Labyrinth...” *Op. Cit.*, p. 2.

Immigrant Responsibility Act, la Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act y la Antiterrorism and Effective Death Penalty Act.

Por otra parte, la ley de Arizona ha supuesto un episodio más en la deriva local y estatal de emprender iniciativas relacionadas con cuestiones migratorias, y además, ha tenido un importante efecto inspirador en otras jurisdicciones, desatando asimismo una corriente emuladora en distintos Estados, en los que se ha considerado o se encuentra en proceso de consideración la adopción de medidas similares¹⁰². A este respecto, la adopción de estas iniciativas ha de considerarse con cautela, ya que existe un notable peligro de identificar la acción local y estatal con los contenidos restrictivos de derechos y enfocados a la persecución de la inmigración irregular. Estados y ciudades han sido protagonistas de actos de rebeldía contra el gobierno federal, en aras de proteger a sus residentes en situación irregular, a través de distintas iniciativas, tales como el “sanctuary movement” durante los años 80, o la promulgación de ordenanzas municipales y normas estatales destinadas a impedir la colaboración con las autoridades migratorias federales durante los 90¹⁰³, fenómenos que siguen produciéndose en nuestros días. En efecto, una apreciación reduccionista de fomentada por la preeminencia mediática de la SB 1070 puede introducir una perspectiva sesgada en el actual debate más amplio sobre la inmigración y el federalismo, en el cual estados y ciudades claman por una mayor elasticidad en el reparto de competencias, y por una mayor consideración de sus intereses.

c) Inmigración irregular, federalismo y derechos fundamentales: la SB 1070 en perspectiva global

La ley de Arizona muestra relevancia en el entorno más amplio formado por los países desarrollados receptores netos de inmigración que han optado por limitar sustancialmente los cauces legales para la migración laboral y que, por lo tanto, se encuentran frente a amplios grupos de población cuyo estatuto jurídico se define a través de términos más o menos políticamente correctos tales como “ilegales”, “indocumentados”, “irregulares”, etc. En perspectiva, ley de Arizona no ha de considerarse un ejemplo aislado y particularmente ominoso en los tiempos que corren. Actuando como abogados del diablo, podemos estimar que la ley de Arizona no es más que la materialización de muchas propuestas que son

¹⁰² A este respecto: New York City Bar, Committee on Immigration and Nationality Law: *Report on the Constitutionality of Arizona Immigration Law S.B. 1070*, July 2010, pp. 1-33, p. 2.

¹⁰³ Véase, LEGOMSKY, S. y RODRÍGUEZ, C.: *Immigration and Refugee Law and Policy...*, *Op. Cit.* p. 1155 y ss.

planteadas por diversos actores políticos más o menos extremistas en diversas democracias occidentales. La SB 1070, y su aplicación por algunos agentes del orden (véase la mundialmente famosa puesta en escena del Sheriff Arpaio) llega al nivel de caricaturizar la tendencia reguladora general de los países del hemisferio norte, subrayando las facciones más extremas que subyacen también a la normativa dominante en materia de inmigración irregular en el ámbito europeo.

En efecto, como hemos tenido la ocasión de comprobar, algunos de los elementos de esta norma que han sido más destacados por los medios de comunicación no son en modo alguno exclusivos de la norma señalada, cuando ésta es puesta en relación con la ley federal, o con otras regulaciones en democracias occidentales. A grandes rasgos –y salvando las distancias– elementos de criminalización de la inmigración irregular están presentes tanto en la legislación federal como en la de algunos países europeos. La ley de Arizona a este respecto supone una amplificación cuantitativa, pero no responde a planteamientos de fondo que puedan considerarse radicalmente lejanos en el terreno de lo cualitativo de lo que acontece en muchos otros Estados de nuestro entrono geográfico.

Si hay algo en lo que realmente la SB 1070 supone una mayor novedad es en lo respectivo a la eliminación de la discrecionalidad en la aplicación de la ley, y en la voluntad férrea de hacer cumplir lo dispuesto en la ya restrictiva legislación federal. A través de las disposiciones relativas a los poderes de identificación, detención y arresto en relación con la comprobación del estatuto migratorio, así como las destinadas a la eliminación de los poderes de apreciación de agencias y agentes, la ley de Arizona intenta atajar la paradoja que impregna también la política migratoria en nuestro entorno: mientras que existe una regulación que restringe las posibilidades migratorias y sanciona la inmigración fuera de los cauces legales a través de la obligación de retorno y la subsiguiente expulsión, la realidad económica y social impera en primer lugar restringiendo las posibilidades prácticas de llevar a cabo dicha política, y en segundo lugar, llevando a las autoridades a adoptar, -ante ese panorama de imposibilidad fáctica pero también a la vista de la realidad humana, económica y social- posiciones más o menos benevolentes (que no desinteresadas) en la aplicación material de las disposiciones restrictivas y sancionadoras. La elasticidad de la legislación migratoria permite que a través de la discrecionalidad administrativa puedan sucederse políticas más o menos represivas, dependiendo de quien ostente el poder. Esto es lo que intenta eliminar la ley de Arizona, atajando el último eslabón en la aplicación de la ley federal, forzando su estricta aplicación a través de los medios ejecutivos a su disposición. En este sentido, la amenaza de aplicar exhaustivamente lo dispuesto normativamente a nivel general desenmascara la propia inadecuación de la ley federal a la realidad que pretende regular.

En otro sentido, la ley de Arizona no es únicamente una mera expresión del sentimiento antiinmigrante sino que supone además una importante expresión de la tendencia actual a la reordenación de los poderes públicos relativos a cuestiones migratorias. Las voces más autorizadas en el

debate americano se han pronunciado a favor de un reparto más flexible de competencias que permita la articulación de los intereses locales y estatales en la regulación y administración de la inmigración, hasta el momento reservada exclusivamente al nivel federal. Estas tensiones se hacen más patentes ante la imposibilidad de reconciliar a través de una reforma de inmigración comprensiva la enmarañada panoplia de intereses, preferencias, necesidades y orientaciones ideológicas que difieren a lo largo y ancho de una geografía de dimensiones continentales. Esta efervescente situación, que pone constantemente a prueba el paradigma de la exclusividad de la competencia migratoria federal, aporta una perspectiva valiosa con la que acometer el proyecto de construcción de una política de inmigración común en la Unión Europea. En efecto, si bien nos encontramos aquí embarcados en un proceso inspirado por una dinámica aparentemente opuesta, no puede desconocerse que también muchos de los Estados miembros viven a nivel interno procesos paralelos, en la cual regiones y entes sub-estatales claman por su papel en política migratoria, particularmente en lo referente a la integración. En el inicio de una política europea de inmigración cuyos contornos en materia de división de competencias restan lejos de estar definidos, se avanza ya la impresión de una complejidad imperante en la que la persistencia de un margen de apreciación para los Estados es ineludible acorde con el principio de subsidiariedad, sin que ello haya de impedir el perfeccionamiento del área migratoria común, donde la libre circulación sea una realidad más allá de la economía. La experiencia americana y su nivel de saturación actual pueden sernos de utilidad a la hora de determinar el punto óptimo de reparto de competencias, y la ambición con la que acometer la construcción de una auténtica política de inmigración común. De otro modo, se corre el peligro de que, al igual que en el modelo americano, nuestra experiencia se convierta en un camino de ida y vuelta. En efecto, si hay algo que parece estar claro es que *"there cannot be a coherent "immigration system" but only a patchwork of divided legal regimes guided by conflicting principles, with friction between them likely to be permanent"*¹⁰⁴.

Finalmente, la ley de Arizona saca a relucir un problema de fondo que sobrepasa la polémica del federalismo. En efecto, la existencia de un marco sólido de protección de los derechos fundamentales ha de estar en la base de toda aproximación legal al fenómeno migratorio. Los quebraderos de cabeza constitucionales producidos por la doctrina de los *"plenary powers"* de la que emana el criticable excepcionalismo que afecta a la política de inmigración estadounidense son elementos que, si bien de improbable importación, hemos de considerar de pleno inaceptables en el escenario europeo, y por ello, permanecer vigilantes en la construcción de la política común de inmigración¹⁰⁵.

¹⁰⁴ JOPPKE, C.: "What Can the United States Learn from Europe?", *International Labor and Working-Class History*, 78, 2010, pp 129-131.

¹⁰⁵ Esta cuestión se encuentra en el centro de las enseñanzas valiosas que los Estados Unidos pueden extraer de la experiencia Europea en el ámbito de la política migratoria. JOPPKE, C.: *Ibid.*

BIBLIOGRAFÍA

- ALEINIKOFF, T.A.: "Federal Regulation of Aliens and the Constitution", *American Journal of International Law* 83, 1989, pp. 862-871.
- CHIN, G. J. [et al.]: "A Legal Labyrinth: Issues Raised by Arizona Senate Bill 1070", *Arizona Legal Studies Discussion Paper* No. 10-24.
- CHIN, G. y MILLER, M.L.: "Cracked Mirror: SB 1070 and Other State Regulation of Immigration through Criminal Law" *Arizona Legal Studies Discussion Paper* No. 25, August 2010.
- GASTALDO, M.: "Criminalización de la inmigración irregular en Italia: la eficacia de la Ley 94/2009", *Revista de derecho migratorio y extranjería* 23, 2010, pp. 309-315
- GUILD, E.: *Criminalisation of Migration in Europe: Human Rights Implications*, Issue Paper, Commissioner for Human Rights, Council of Europe, 2009.
- GUILD, E.; MINDERHOUD, P.: *Immigration and Criminal Law in the European Union*, Nijhoff, Leiden 2006.
- HUNTINGTON, C.: "The Constitutional Dimension of Immigration Federalism", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 61, pp. 787-853;
- JOHNSON, K. R.: "The Case against Race Profiling in Immigration Enforcement", *Washington University Law Quarterly*, 78, 2000, pp. 676-736.
- JOPPKE, C.: "What Can the United States Learn from Europe?", *International Labor and Working-Class History*, 78, 2010, pp 129-131.
- KAYE, J.: "Enforcing Arizona's SB 1070, a State of Confusion", Special Report, Immigration Policy Center, American Immigration Council, julio 2010.
- KOBACH, K. W.: "Attrition through Enforcement: A Rational Approach to Illegal Immigration", *Tulsa Journal of Comparative and International Law* 15, 2008, pp. 153-161.
- KOBACH, K. W.: "Reinforcing the Rule of Law: What States Can and Should Do to Reduce Illegal Immigration", *Georgetown Immigration Law Journal* nº 22, 2008, pp. 459-483.
- KOBACH, K.W.: "The Quintessential Force Multiplier: The Inherent Authority of Local Policy to Make Immigration Arrests", *Albany Law Review* 69, 2006, pp. 179- 235.
- LAGLAGARON, L.; RODRÍGUEZ, C.; SILVER, A.; THANASOMBAT, S.: *Regulating Immigration at the State Level: Highlights from the Database of 2007 State Immigration Legislation and the Methodology*, Migration Policy Institute, 2008.
- MOTOMURA, H.: "Immigration Law After a Century of Plenary Power: Phantom Constitutional Norms and Statutory Interpretation", *Yale Law Journal* 100, 1990, pp. 545-613.

NEUMAN, G. L.: *Strangers to the Constitution. Immigrants, Borders and Fundamental Law*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1996.

OLIVAS, M. A.: "Immigration-Related State and Local Ordinances: Preemption, Prejudice, and the Proper Role for Enforcement" *University of Chicago Legal Forum* 27, 2007 pp. 27-56.

RODRÍGUEZ, C.; CHISTY, M.; CAPPS, R.; ST.JOHN, L.: *A Program in Flux: New Priorities and Implementation Challenges for 287 (g)*, Migration Policy Institute, March 2010.

RODRIGUEZ, C.; CHISTI, M.; NORTMAN, K.: *Testing the Limits: A Framework for Assessing the Legality of State and Local Immigration Measures*, Migration Policy Institute, 2007.

RODRÍGUEZ, C. M.: "The Significance of the Local in Immigration Regulation", *Michigan Law Review* 106, 2008, pp. 567- 642

SCHUCK, P: "Taking Immigration Federalism Seriously" *University of Chicago Legal Forum* 57, 2007, pp. 57-92.

SEGHETTI, L.M.; ESTER, K.; GARCÍA, M.J.: *Enforcing Immigration Law: The Role of State and Local Law Enforcement*, *CRS Report for Congress*, Congressional Research Service, 11 marzo 2009.

SU, R.: "The Overlooked Significance of Arizona's New Immigration Law", *Michigan Law Review*, 109, 2010, pp. 76-79.

THOMAS, S.: "'Mi casa no es su casa': How far is too far when States and Localities take Immigration Matters into their own Hands", *Chicana/o-Latina/o Law Review* n° 20, 2010, pp. 103-122.

WISHNIE, M. J.: "Laboratories of Bigotry? Devolution of the Immigration Power, Equal Protection, and Federalism", *New York University Law Review* 76, 2001, pp. 493-569.

New York City Bar, Committee on Immigration and Nationality Law: *Report on the Constitutionality of Arizona Immigration Law S.B. 1070*, July 2010, pp. 1-33.