

REFLEXIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LOS INTENTOS DE CRIMINALIZACIÓN DE INMIGRANTES INDOCUMENTADOS Y LAS RESPUESTAS DEL TRIBUNAL SUPREMO AMERICANO Y DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (*)

ROBERTO URIARTE TORREALDAY

Universidad del País Vasco

I. DEL DERECHO A EMIGRAR AL DELITO DE INMIGRACIÓN IRREGULAR: 1. *El derecho a emigrar en el derecho internacional: una propuesta.*—2. *Los instrumentos legales contra la inmigración irregular: las medidas administrativas y las sanciones penales. Los intentos de crear un delito de inmigración irregular.*—3. *Examen de legitimidad de los instrumentos legales contra los inmigrantes irregulares y en concreto, del delito de inmigración ilegal:* 3.1 Sobre la necesidad de las medidas.—3.2 Sobre la idoneidad de estas.—3.3 Sobre su proporcionalidad.—II. CRIMINALIZACIÓN Y RESPUESTA DE LAS ALTAS CORTES: 1. *La respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: La sentencia del caso El Dridi.*—2. *La respuesta de la Corte Suprema de los Estados Unidos: La sentencia del caso Arizona et al. v. United States.*—III. CONCLUSIONES.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El trabajo analiza los intentos de criminalizar la inmigración irregular en Estados Unidos y en Europa, a través del estudio comparado de los pronunciamientos

(*) Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo de Investigación del Sistema Vasco IT743-13.

de la Corte Suprema americana y del Tribunal de justicia de la Unión Europea. Y llega a la conclusión de que resultan rechazables, tanto en el sistema constitucional americano, como en los europeos. Y, considera que son inadmisibles por cuestiones de fondo, como ha establecido el TJUE y no sólo por la falta de competencia estatal alegada por la Corte Suprema americana para rechazarlos, sin llegar a abordar su contenido.

Palabras clave: criminalización; inmigración irregular; jurisprudencia.

ABSTRACT

This article discusses the attempts to criminalize illegal immigration in the U. S. and Europe, through the comparative study judgments of the American Supreme Court and the Court of Justice of the European Union. And concludes that such attempts are unacceptable both in the American constitutional system as Europeans. And, considers being objectionable by substance, as established by the ECJ and not only by the lack of state jurisdiction alleged by the U. S. Supreme Court to reject them, without actually addressing the content.

Key words: criminalization; illegal immigration; case law.

I. DEL DERECHO A EMIGRAR AL DELITO DE INMIGRACIÓN IRREGULAR

Aunque a lo largo de la historia ha habido frecuentes emigraciones masivas, estas han adquirido una dimensión específica dentro del actual proceso de globalización(1), con muy importantes éxodos de población, básicamente en dos sentidos: de países en situaciones de crisis hacia países limítrofes y de países en vías de desarrollo hacia países con economías más avanzadas. En la mayoría de los países más desarrollados y receptores de inmigrantes, donde estos son necesitados, aunque no bienvenidos(2), esto ha provocado políticas restrictivas de las autorizaciones para inmigrar y represivas de los inmigrantes no autorizados, extendiéndose la opinión de que el Estado posee discrecionalidad para admitir inmigrantes sin límites. Asumido ese principio, se ponen en marcha políticas represivas y restrictivas de los derechos de quienes deciden abandonar su país aun sin haber logrado la autorización del país receptor, con importantes sanciones que en algunos casos llegarán a ser de carácter penal para quienes ayuden a los inmigrantes no autorizados o para estos mismos inmigrantes. Todo ello se enmarca dentro de un proceso de «inflación legislativa», con «leyes de

(1) HELD, MCGREW, GOLDBLATT, PERRATON, (1999): 37.

(2) ZOLBERG, A., (1987): 261 y ss.

circunstancia» y «reglamentos de necesidad» que llevan al Estado a perder la dimensión exacta de su labor y favorecen la discrecionalidad judicial (3).

En el ámbito internacional, aunque existe un importante conglomerado de normas sobre migración, se puede afirmar que el Derecho Internacional de migraciones posee un carácter fragmentario y en vías de construcción (4). En todo caso, podemos resumirlas en tres grupos, en función de los colectivos protegidos: refugiados, trabajadores y personas objeto de tráfico. Y mientras la ratificación de las normas relativas a los otros colectivos es amplia, no sucede lo mismo con las relativas a los trabajadores migrantes (5). En todo caso, no existe una organización multilateral comprensiva semejante a la Organización Mundial del Comercio que intente regular los movimientos migratorios teniendo en cuenta los intereses de los países de origen, de tránsito y de destino. Ni siquiera existen acuerdos-marco que estipulen los estándares mínimos que las acciones unilaterales y los acuerdos bilaterales deben cumplir (6), a pesar de que la doctrina viene advirtiendo desde hace tiempo de la necesidad de un marco internacional de las políticas migratorias de los Estados (7).

Llegados a este punto y a falta de referentes internacionales efectivos, conviene examinar al menos desde el ámbito interno si estas políticas restrictivas de derechos reúnen los requisitos que deben poseer en un Estado democrático: necesidad, adecuación y proporcionalidad. Los pronunciamientos de las altas cortes de los últimos años nos invitan a cuestionarnos la eventual constitucionalidad de estas normas, de los principios en que se inspiran y de las políticas que auspician. En el presente trabajo examino los dos casos más paradigmáticos de intentos de criminalización en Estados Unidos y Europa para analizar los argumentos utilizados en las respectivas sentencias, suscitar algunas reflexiones y realizar algunas propuestas.

1. *El derecho a emigrar en el derecho internacional: una propuesta*

Históricamente, no siempre han sido los países más desarrollados los receptores de inmigración. Por ejemplo, en los procesos de colonización desa-

(3) DE JULIOS CAMPUZANO, A., (2007): 80.

(4) Podemos encontrar un panorama crítico sobre dichas limitaciones en: OPESKIN y otros (2012). En dicha obra, Vincent Chetail nos recuerda que una reciente compilación de instrumentos de derecho internacional sobre migración identifica más de 120 distintos tratados, declaraciones, etc., mientras que Appave describe el número de agencias intergubernamentales y de desarrollo que se ocupan de la migración hoy en día como «vertiginoso».

(5) CHETAİL, V. (2007):.6.

(6) ALEINIKOFF, A. y otros, (2003): VIII.

(7) PLENDER y otros, (1988): 3.

rollados por las potencias europeas. Cuando el derecho internacional empezaba a dar sus primeros pasos, las potencias europeas enviaban sus súbditos a establecerse en otros territorios. Y el derecho internacional pregona desde sus orígenes el derecho de las personas a circular y establecerse por el mundo de forma pacífica. El derecho a emigrar surge en el ámbito teórico vinculado al proceso de colonización, siendo prácticamente tan antiguo como el propio Derecho internacional, desde que los teólogos juristas españoles invocaran el «*titulus naturalis societatis et communicationis*» (8), la facultad de cualquiera para emigrar y entablar lazos con otros pueblos, siempre que fuera con intenciones pacíficas, una facultad que, definida en términos actuales no es sino la libertad de circulación entre países (9).

Sin embargo, en la actualidad, el derecho a emigrar, que es el corolario de la libertad de movimiento o de circulación (10), no sólo carece de virtualidad, sino que incluso dista de ser pacíficamente admitido, pudiéndose constatar en los Estados democráticos más desarrollados una auténtica involución en la materia, al renegar de un *Ius migrandi* que, como ha señalado Ferrajoli, se halla en el origen de la cultura jurídica europea (11). De hecho, el derecho a migrar ha constituido la norma en la historia de la humanidad, mientras que el derecho a excluir a los extranjeros no se desarrolla hasta el siglo XIX (12) y sólo a principios del siglo XX se generalizan las fronteras estrictas con exigencia de pasaportes y visados (13). La globalización dista mucho, pues, de traer de la mano el universalismo de los derechos (14). Y eso sucede a pesar de que, desde la legalidad internacional, el derecho a abandonar el propio país y emigrar es un derecho fundamental recogido (15), en la Declaración universal de los derechos humanos, cuyo artículo 13.2 establece que «Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país», igual que el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles

(8) VITORIA, FRANCISCO DE: (1989).

(9) La argumentación que recojo en los siguientes párrafos procede de mi trabajo «Algunas reflexiones críticas a partir de la jurisprudencia sobre emigración irregular» (URIARTE TORREALDAY, R (2009): 291 y ss.).

(10) CACADO TRINDADE, A (2004): 17.

(11) FERRAJOLI, L. (2009): 9.

(12) NAFZIGER, JAMES A. R., (1983): 808.

(13) DAUVERGNE, C. (2004): 589.

(14) DE LUCAS, J. (1998): 3-9.

(15) Y se halla reconocido precisamente compartiendo artículo con la libertad de movimiento que proclama el párrafo primero del art 13: «Toda persona tiene el derecho a la libertad de movimiento y residencia dentro de las fronteras de cada Estado».

y Políticos (1966), agregando que «Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país» (16).

Además, coincido con la doctrina que considera que la naturaleza del derecho a la libre circulación y a emigrar no es exclusivamente de ciudadanía, sino de un derecho humano fundamental vinculado a la dignidad personal y al libre desarrollo de la personalidad, aunque no existe acuerdo al respecto (17) y en palabras de Juss, este derecho se ha convertido en los países desarrollados en un derecho humano «inconveniente» (18). Este derecho posee además una naturaleza instrumental, al habilitar el ejercicio de otros derechos también fundamentales. Porque el desarrollo de la personalidad puede requerir que un ciudadano abandone temporal o definitivamente su país para reiniciar su vida en otro lugar. Afirmar la existencia de este derecho no supone pretender su carácter ilimitado. Y si se repasan los argumentos de quienes niegan la existencia del derecho, veremos que las razones que utilizan sólo resultan incompatibles con un contenido ilimitado del derecho, no con su existencia. Y la reivindicación del derecho no implica negar que el Estado pueda regular el acceso a su territorio de ciudadanos extranjeros. Sólo implica reconocer que esa autoridad no es ilimitada (19) o discrecional (20).

¿Cuáles serían los límites al arbitrio del legislador? La respuesta no es sencilla, ya que depende de que se considere o no un derecho vinculado a la dignidad humana. Si no se considera como tal, entonces el límite de la discrecionalidad estaría en el respeto a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados internacionales suscritos por el país, como el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966, cuyo texto es explícito en la afirmación del derecho a emigrar (21), aunque no reconoce explícita-

(16) Un análisis de la interpretación que de este derecho ha hecho el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas puede verse en: HARVEY, C. y BARNIDGE, Jr., R. P. (2009).

(17) La opinión contraria la expresa gráficamente en la el Tribunal Constitucional Español, cuando dice que «la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (...), ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano», S. T. C. n.º 94/1993, de 22 de marzo, B.O.E. n.º 100/1993, de 27 de abril, fundamento jurídico 3.º

(18) JUSS, S. (2004), p. 291.

(19) ALEINIKOF (2003): 1.

(20) El propio Tribunal Constitucional español, que niega el derecho a los extranjeros, reconoce en cambio que el Estado no actúa con discrecionalidad en la materia, al afirmar que «La libertad del legislador al configurar los derechos de los nacionales de los distintos Estados, en cuanto a su entrada y permanencia en España, es sin duda alguna amplia. Pero no es en modo alguno, absoluta...», fundamento jurídico 2, de la STC 115/1987.

(21) Art. 12.1: «*Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. 2. Toda*

mente su corolario, la obligación correspondiente, sea cual sea el contenido que esta tenga, de los Estados de admitir en su territorio a esos inmigrantes. Muchos autores consideran que no se puede impedir a una persona que salga de su país, pero para ellos, esa misma persona carecería del derecho a exigir la admisión en otro con carácter general. La excepción la constituirían las personas que reunieran las condiciones para ser consideradas exiliados o refugiados. Respecto de este colectivo, que posee un régimen específico y al que sólo se puede acceder cumpliendo unos requisitos muy estrictos, sí es comúnmente admitido que el Estado carece de discrecionalidad. Pero dejando al margen este colectivo concreto, sólo hay acuerdo en que los nacionales de un país tienen el derecho fundamental a entrar en su propio país y a salir de él.

El problema que se plantea es que tanto la legalidad internacional como la legalidad constitucional de los Estados respetuosos de aquella, reconocen el derecho fundamental de toda persona a abandonar un país, luego están atribuyendo un derecho a la persona que desea emigrar o se ve forzada a ello y lo están haciendo en forma solidaria con todos los demás miembros de la comunidad internacional. Un derecho que si es tal, no es una mera expectativa y resulta por tanto exigible, lo que conlleva necesariamente algún tipo de exigencias para quien hace el reconocimiento, si bien se podría alegar que, al tratarse de un reconocimiento que no se hace con carácter individual por parte de un Estado, sino colectivamente por parte de todos ellos, conllevaría una suerte de responsabilidad solidaria en cuanto a la prestación del derecho.

En resumen, considero que el problema que se plantea no es si todos los extranjeros poseen derecho a entrar en un determinado país, como pretenden quienes niegan el derecho en sí. Esto constituye una cuestión más abstracta y filosófica. En este sentido, existe un sector de la doctrina internacionalista que defiende las «fronteras abiertas» (22). Pero esta cuestión excede las

persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio. 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto. 4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país». Artículo 13: «El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas».

(22) Sólidos argumentos a favor de los «open borders» desde una perspectiva liberal-igualitarista pueden consultarse en la obra de J. H. CARENS: (2003).

pretensiones de este trabajo. De lo que se trataría aquí es únicamente de plantearse qué obligaciones comporta para los Estados el reconocimiento a todas las personas del derecho a abandonar su país. Y más en concreto, el hecho de cuáles son las exigencias en cuanto al trato que debe dispensar un Estado al extranjero que, en el ejercicio de su derecho a emigrar reconocido por las normas internacionales, accede a territorio nacional y por lo tanto, se halla bajo la jurisdicción de autoridades del país en cuestión. ¿Cómo es posible afirmar que el derecho a abandonar un país es un derecho fundamental de todo ser humano y a la vez defender que todos los Estados pueden denegar arbitrariamente la entrada de extranjeros? La justificación teórica de esta aparente incongruencia radica, para la mayoría de la doctrina, en el antes mencionado principio de la soberanía nacional, una soberanía que, como afirmaba Hannah Arendt no es tan absoluta en ningún otro ámbito como lo es en el de la emigración, naturalización, nacionalidad y expulsión (23), hasta el extremo de que las normas migratorias se han convertido en el último bastión de una soberanía amenazada por el proceso de globalización (24).

Sin embargo, el argumento de la soberanía no puede aceptarse sin matizaciones. Incluso obviando las limitaciones que en la actualidad se le reconocen al principio de la soberanía, de lo que no parece que haya dudas es de que el Estado está legitimado para establecer los criterios de pertenencia a la comunidad nacional. Y tampoco de que, siendo el territorio uno de los elementos constitutivos de la soberanía, corresponden a dicha comunidad nacional las decisiones básicas a adoptar dentro de las fronteras que lo definen. Incluso, partiendo de un concepto clásico y amplio de soberanía, puede deducirse la exclusión de derechos políticos de los extranjeros y es probable que haga falta aún bastante tiempo para que vaya abriéndose paso la idea de que quienes desarrollan su vida de forma relativamente estable en un país y son destinatarios de su ordenamiento jurídico, no deben ser totalmente excluidos del proceso democrático.

Sin embargo, ni el derecho a definir las condiciones de acceso a la comunidad política, ni el criterio de la jurisdicción sobre un territorio, implican necesariamente una especie de propiedad ilimitada e incondicionada sobre dicho territorio; ni mucho menos implican la negación a los no miembros de esa comunidad de la libertad de circulación a través de él. De hecho, aunque se entendiera la soberanía sobre el territorio en términos decimonónicos de propiedad, la propiedad no conlleva necesariamente la exclusión de cualquier uso por parte de los no propietarios. En resumen, creo que siendo el de-

(23) ARENDT, H., (1973): 278.

(24) DAUVERGNE, C., (2004): 588.

recho a emigrar un derecho humano fundamental y no siendo el uso privativo del territorio una condición intrínseca de la soberanía, no se puede derivar del principio de soberanía el carácter absolutamente discrecional del acceso de los extranjeros al territorio nacional. A esa misma conclusión llegaremos también por reducción al absurdo de la hipótesis contraria. Porque, si todos los países son soberanos y son igualmente soberanos entre ellos, todos ellos tendrán la misma discrecionalidad para decidir la admisión en sus territorios de extranjeros. Y si todos deciden no admitirlos, entonces no existiría un auténtico derecho a abandonar el propio país, sino una simple aspiración. En conclusión: el derecho a salir de un país conlleva el reconocimiento de que existe algún país al que se puede entrar (25) y que dicha posibilidad no queda por tanto al arbitrio de las autoridades del país receptor.

En resumen, sí es posible que las normas internas limiten el acceso de ciudadanos extranjeros a territorio nacional, pero no existe arbitrio total al respecto. Y los supuestos legales de denegación sólo pueden traer su legitimación de una interpretación equilibrada y proporcionada del conjunto de bienes objeto de protección constitucional. ¿Cuáles serían entonces, los requisitos para el ejercicio legítimo por parte del Estado, de su potestad de rechazar inmigrantes? Ya se ha dicho que el pacto no contiene una previsión específica al respecto, ni existe en el derecho internacional otra cosa que ejemplos concretos en los cuales el Estado está legitimado para la inadmisión (26), pero no unos criterios generales al respecto. En mi opinión, la respuesta puede obtenerse por aplicación analógica del apartado 3 del artículo 12 del mencionado P. I. D. C. P., que establece concretamente cuales serían las limitaciones legítimas a dos de entre los contenidos del derecho a emigrar: la libertad de circulación y de residencia de los extranjeros que se hallan regularmente en un país y el derecho que todos poseen a abandonar cualquier país: 1) Que las restricciones se hallen previstas en la ley. 2) Que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros. 3) Que sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto. Pues bien; considero que estos requisitos que el Pacto exige para la restricción de los mencionados componentes del derecho pueden hacerse extensivos a los de cualquiera de los componentes de aquel. Por supuesto que se trata de criterios muy genéricos y es evidente que en un Estado democrático, corres-

(25) PEÑA, L., (1992): 7.

(26) Por ejemplo, la exclusión de personas que han cometido determinados delitos del estatuto de refugiado, exclusión que ha tenido un importante desarrollo en normas estatales sobre inmigrantes acusados de delitos terroristas a partir del final de la guerra fría (SCHOENHOLTZ, A., (2007): 4).

ponde a las mayorías parlamentarias la concreción de estos criterios. Pero en todo caso, la discrecionalidad no es absoluta y debe retenerse el control de legitimidad constitucional-internacional como límite a la disponibilidad del legislador ordinario.

Y en la fase de interpretación y aplicación de la norma, los poderes públicos y en concreto el juez, deben valorar el conflicto de derechos, a partir de la ponderación de los diversos intereses objeto de protección constitucional, no presumiendo en ningún caso la culpabilidad en quien se limita a ejercer un derecho que le ha sido reconocido por la comunidad internacional y en su caso, por ese mismo Estado, aun cuando carezca de autorización administrativa y más aún en el caso de quienes arriesgan en la decisión de emigrar la totalidad de sus recursos e incluso la vida. Porque aunque no todos los inmigrantes irregulares huyen de su país por necesidad económica, lo cierto es que muchos de ellos podrían considerarse refugiados económicos si se diera un contenido más amplio al concepto de refugiado (27). De hecho, el derecho internacional ni siquiera ha establecido una categoría general de migrantes forzados o involuntarios, aunque existe un amplio entramado de normas que protegen a diversos colectivos (28). Para superar esta dificultad, algunos autores intentan crear nuevas categorías que unifiquen los diversos grupos de inmigrantes indocumentados, alegando que tanto los que estrictamente podemos considerar como refugiados como el resto, ejercen una suerte de «derecho de fuga» respecto de determinados factores objetivos (29).

2. Los instrumentos legales contra la inmigración irregular: medidas administrativas y penales. Los intentos de crear un delito de inmigración irregular

Ya he apuntado anteriormente que los países más desarrollados, receptores netos de inmigrantes, responden al reto de las migraciones masivas que acompaña a la globalización con medidas que tienen como objetivo limitar y seleccionar la permanencia de extranjeros. No voy a abordar aquí el problema de la eficiencia de dichas medidas, cuestionada por el hecho de que en los países occidentales las restricciones de entrada no son demasiado efectivas, mientras que sí lo son por ejemplo en las potencias petroleras de Oriente Medio, de lo que alguna doctrina deduce una contradicción entre un discurso

(27) Sobre dicho concepto, puede verse: VALDEZ ARROYO M. (2004).

(28) ALEINIKOFF, (2003): 9.

(29) MEZZADRA, S. (2005): 111.

oficial muy restrictivo y una praxis que no lo es tanto (30). Dejando, en todo caso, al margen esta cuestión, voy a abordar aquí cuáles son estos instrumentos y cual es su legitimidad. Básicamente los podemos agrupar en dos: las medidas administrativas encaminadas a la repatriación y las medidas penales.

Las medidas administrativas pueden ser de varios tipos, desde la denegación de autorización de entrada, el rechazo en frontera o el libramiento de una orden de expulsión, hasta la expatriación forzosa, incluyendo frecuentemente el internamiento en centros especiales. ¿Son legítimas las medidas administrativas tendentes a la repatriación? Pues en principio podrían serlo, siempre que se adopten en aplicación de leyes que cumplan las exigencias que imponen el derecho internacional y el constitucional para rechazar al extranjero. En ese caso y siempre que el extranjero se niegue a retornar voluntariamente, podría ser legítima la repatriación forzosa mediante privación de libertad, ya sea esta consistente en detención e incluso en internamiento, siempre y cuando la privación de libertad se haga a los solos efectos del traslado, con la duración mínima imprescindible para proceder a él y con la mínima limitación del resto de derechos (31), tal y como ha establecido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (32).

¿Qué podemos decir de las medidas penales? Antes de analizar su idoneidad, conviene examinar, aunque sea someramente, en qué consisten estas medidas y en qué entorno se desarrollan. Desgraciadamente asistimos a un tiempo en el que la naturaleza del derecho penal apenas se considera como último recurso para el control social. El recurso al poder punitivo del Estado se está convirtiendo en práctica común para combatir casi cualquier problema social, incluyendo últimamente la inmigración irregular. Muchos países han ido creando tipos delictivos nuevos vinculados con la inmigración irregular y con el acceso al mercado de trabajo de los inmigrantes irregulares o agravando las sanciones penales para ellos, hasta ir creando una sección específica del código penal. El discurso de la criminalidad de los inmigrantes es cada vez más generalizado (33), situando al inmigrante en una posición de sospecha (34) que justifica políticas restrictivas de sus derechos (35). La situación es tan grave, que algunos autores nos advierten de que, en el debate

(30) JOPPKE, C., (1998): 268-269.

(31) Teniendo en cuenta que las personas detenidas están en mayor riesgo de sufrir abusos en sus derechos humanos, como ha evidenciado reiteradamente en sus informes el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura.

(32) Cuestión que se examina en el capítulo siguiente.

(33) En la representación del hecho migratorio, los discursos políticos y mediáticos se retroalimentan (BRANDARIZ, J. A. (2011): 184).

(34) FAN, M. (2012): 1269.

(35) FERNÁNDEZ BESSA, C. (2010): 137.

sobre el principio de legalidad en el siglo veintiuno, este intento de ilegalizar a las personas supone el equivalente de lo que supuso en el veinte la pretensión nazi de legitimar como legales normas procesalmente fallidas y moralmente atroces (36).

A veces, se oculta la voluntad real del legislador bajo fórmulas «políticamente correctas», de forma que el arsenal punitivo parezca dirigirse precisamente, a la salvaguardia del inmigrante. Así, el Código penal español recoge, bajo el epígrafe de «delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros» este tipo de medidas. Aparentemente, el bien jurídico protegido serían los derechos de los extranjeros, aunque en realidad, se criminaliza a todo el que «directa o indirectamente promueva, favorezca o facilite... la inmigración clandestina de personas». En otras palabras, se convierte en acto criminal ayudar a una persona que intenta ejercer un derecho, por el simple hecho de que esa persona carezca de una autorización administrativa. Incluso cuando esa ayuda se haga de forma no directa y sin interés lucrativo.

El último de los pasos en este proceso de criminalización se da en algunos países en que se convierte en delito el propio hecho de la inmigración irregular. Así ha sucedido, por ejemplo, en Italia o en Estados Unidos, concretamente en Arizona, donde una reforma del código penal en el primero y una ley especial, en el segundo, han convertido en delito la permanencia en el Estado del extranjero no autorizado. Al contrario de lo que sucede con algunas de las medidas administrativas restrictivas que se aplican a los inmigrantes, considero que la conversión de la propia condición de inmigrante no autorizado o de sus circunstancias concomitantes en tipo delictivo no es admisible bajo ninguna circunstancia.

3. *Examen de legitimidad de los instrumentos legales contra los inmigrantes irregulares y en concreto, del delito de inmigración ilegal*

En el apartado anterior he planteado cuando considero que es constitucionalmente legítima, desde la perspectiva del Estado democrático, la limitación del acceso de extranjeros a un país. Ahora voy a examinar si los criterios selectivos que utilizan las legislaciones nacionales y los instrumentos que habilitan para conseguir sus objetivos son igualmente legítimos.

En cuanto a la primera de las cuestiones, los criterios de selección de inmigrantes, se puede observar que las legislaciones de los distintos países utilizan criterios diferentes, pero los fundamentales son la suficiencia eco-

(36) DAUVERGNE, C., (2008): 38.

nómica y las necesidades del mercado de trabajo nacional. En mi opinión, ambos criterios pueden ser legítimos, pero sólo si se verifica previamente la exigencia planteada en el capítulo anterior y sólo en la medida en que se verifica. No pueden ser considerados criterios incondicionados ni ilimitados, como en realidad suelen serlo en la justificación de la legislación ordinaria.

¿Por qué? Porque ambos criterios remiten al interés exclusivo del mercado y aunque se trata de un interés legítimo, un Estado que se define como democrático y más aún si se define como social, no puede atender exclusivamente dicho interés. Porque si la propia naturaleza del Estado es social, siempre que el Estado posea jurisdicción para intervenir, deberá intervenir actuando de acuerdo con la naturaleza que le ha atribuido la ley fundamental. El Estado no puede obviar esas exigencias constitucionales por el hecho de que quienes se hallan sujetos a su jurisdicción sean extranjeros, ni siquiera por el hecho de que sean extranjeros en situación irregular. Así por ejemplo, en la Constitución española, el mandato del art. 9.2 es explícito, al referir la exigencia de igualdad de trato no a los españoles, sino a los individuos y a los grupos en que se integran, dejando la expresión de «ciudadanos» para el inciso final del precepto, el referente a la participación en la vida política, económica, cultural y social. Luego, aunque la participación se acota a los ciudadanos, la igualdad se exige respecto de todos los individuos y grupos sociales que pueden ser destinatarios de la acción de los poderes públicos. Y aunque es evidente que el mandato de igualdad ante la ley del artículo 14 C. E. se halla acotado para los españoles y determina para ellos unos contenidos específicos, coexiste con el mandato de igualdad material del artículo 9.2, que va dirigido a todos los individuos y grupos. El Estado social no puede actuar prescindiendo de esa naturaleza respecto de ninguno de los destinatarios de sus normas (37) y menos respecto de un colectivo especialmente vulnerable en su condición de sujetos de derechos humanos (38).

En consecuencia de lo dicho, discriminar el acceso de extranjeros por criterios exclusivos de suficiencia económica o necesidades del mercado de trabajo no sería legítimo más que si previamente se constata que la restricción constituye una necesidad en los términos que establece el derecho internacional y que he desarrollado en el apartado precedente. Por otra parte, al tratarse de una limitación por parte de una norma ordinaria de un derecho reconocido en el orden internacional, considero que esta debería cumplir el requisito de la proporcionalidad, entendido como test de legitimidad de la

(37) URIARTE, R. (2009): 289 y ss.

(38) BUSTAMANTE, J. (2002): 333-354.

norma (39). Este principio de proporcionalidad, originario de la jurisprudencia constitucional alemana, fue desarrollado por el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo a partir de la sentencia *Handyside v. the UK* (40) y ha tenido recepción en las restantes cortes supremas y constitucionales como criterio para evaluar la legitimidad de las decisiones judiciales restrictivas en el ejercicio de derechos (41), constituyendo, además de un principio de derecho comunitario, una suerte de principio de derecho común europeo e incluso un principio general de derecho público. Un principio que se inscribe en la dialéctica derechos humanos-soberanía del Estado, al objeto de restringir la libertad de los Estados para efectuar intromisiones en el disfrute de determinados derechos y libertades (42). Este principio se desdobra a su vez en los tres conocidos subprincipios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto. Tratemos de ver, pues, si las normas que limitan el acceso de extranjeros cumplen dichos requisitos.

3.1 Sobre la necesidad de las medidas

Para que una norma que restringe el acceso o permanencia de extranjeros sea legítima, debe basarse en los criterios antes descritos (seguridad nacional, orden público, derechos de terceros...), pero además, debe justificar la necesidad de dicha limitación. No basta, por tanto, que a dichos efectos la limitación resulte conveniente, sino que sea necesaria, en el sentido que ha establecido la corte de Estrasburgo de «necesaria para una sociedad democrática» (43). Por poner un ejemplo, podría considerarse que en determinado país, si se prescindiera de los extranjeros, el orden público o los derechos de los nacionales mejorarían. Sin embargo, eso no legitimaría el que las leyes nacionales prohibieran la permanencia de extranjeros. Sólo en el caso de que hubiera una auténtica necesidad constatable objetivamente de que la preservación de ese orden o de esos derechos haga necesaria la exclusión de los extranjeros, sería esta legítima (44).

(39) RIVERS, Julian (2006): 174-207.

(40) Sentencia de 7 de diciembre de 1976, Series A, no. 24.

(41) FERNÁNDEZ NIETO, J., (2009): 324.

(42) PASTOR RIDRUEJO, J. A., (2007): 255.

(43) Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Handsyde v. the UK*, citada., p. 49.

(44) La expresión «necesaria en una sociedad democrática» tiene un carácter limitador, «pues vincula la admisibilidad de las limitaciones de los derechos fundamentales a las

Sentado el principio, veamos si las legislaciones nacionales que restringen la inmigración son legítimas en cuanto necesarias. Pues bien, las exposiciones de motivos de las leyes que restringen la permanencia de extranjeros suelen contener argumentos sobre la conveniencia de las limitaciones que imponen, pero no una justificación de la necesidad objetiva de la limitación a los efectos de preservar unos bienes jurídicos que no podrían ser preservados sin recurrir a ella (45). Es más, en general, las legislaciones de extranjería modernas tienden a supeditar la entrada de extranjeros a las necesidades del mercado laboral interno, convirtiendo las normas de extranjería en un mero elemento instrumental, cuyo objetivo no es otro que subsanar las disfuncionalidades de aquel mercado. Sirva como ejemplo la exposición de motivos de la ley de extranjería española (46), que habla de «perfeccionar el sistema de canalización legal y ordenada de los flujos migratorios y reforzar la vinculación de los mismos a la capacidad de acogida y a las necesidades del mercado de trabajo» (47).

3.2 Sobre la idoneidad de estas

¿Existe adecuación entre los objetivos perseguidos por las leyes de extranjería y los medios que estas utilizan? En este apartado se trata de dejar las cuestiones de legitimidad al margen y examinar exclusivamente la eficiencia de los instrumentos legales habilitados para obtener el fin pretendido.

Veamos en primer lugar las medidas de carácter administrativo, como la expulsión, el rechazo en frontera o la repatriación ¿Constituyen medidas idóneas para conseguir el objetivo perseguido? No podemos hacer aquí un análisis pormenorizado, pero parece claro que el efecto disuasorio de estas medidas, en un mundo tan intercomunicado y en el que la riqueza entre países posee unas diferencias tan abismales, resulta muy limitado. Sólo el rechazo en frontera, vinculado al desarrollo de instrumentos de control eficaces posee una relativa eficiencia. También la repatriación forzosa podría

concepciones predominantes y habituales en una sociedad democrática» (FASSBENDER, B., (1998): 56).

(45) Como podrían ser la seguridad nacional o el orden público, pero no cualquier criterio de seguridad nacional u orden público, sino aquellos que sean propios de una sociedad democrática ((FASSBENDER, B. (1998): 56)

(46) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

(47) Punto 2 del apartado quinto de la ley.

tenerla, pero ello requeriría que la Administración dispusiera de unos medios materiales y personales inmensos. Como esto no sucede, los países no suelen costear la repatriación más que con carácter limitado. El libramiento de una orden de expulsión resulta, en cambio, totalmente ineficiente, al menos si no va acompañado de su ejecución forzosa en caso de no colaboración del particular, cosa que sólo sucede en los menos de los casos. En resumen, las medidas administrativas son relativamente ineficientes a los fines perseguidos.

¿Qué podemos decir de las medidas penales? Si el objetivo que perseguimos es que un ciudadano no autorizado no permanezca en nuestro país y en lugar de repatriarlo, lo encarcelamos, conseguimos dos cosas: la primera es privarle de su libertad por un delito tan grave como el de ejercer un derecho reconocido por las leyes internacionales sin haber obtenido una autorización administrativa que se otorga de forma casi discrecional. La segunda es obligarle por la fuerza a permanecer en nuestro país e internado en un centro cuyo coste debe ser costeado por el erario público. Si pretendemos evitar la permanencia de alguien, ¿resulta eficiente obligarlo a permanecer por la fuerza y a nuestra costa? Pues, aunque no parezca muy sensato, es esto lo que algunos legisladores pretenden. Y aunque con matices, algo parecido es lo que consiguen los centros de internamiento.

Ante la falta evidente de adecuación del medio a los objetivos perseguidos, los promotores de la criminalización siempre podrán recurrir al pretendido efecto ejemplar de las penas, al ser su eficiencia prácticamente imposible de constatar. Pero, aun dejando al margen del todo las cuestiones de legitimidad, mirando únicamente la eficiencia, no parece que la medida sea adecuada, porque la inmigración clandestina se desarrolla normalmente bajo unos presupuestos en los que existe el riesgo de perder la totalidad del patrimonio e incluso la vida en el intento. De forma que el riesgo añadido de una posible futura pérdida temporal de libertad no parece que vaya a tener un efecto determinante.

3.3 Sobre su proporcionalidad

El último de los criterios a examinar es el de la proporcionalidad en sentido estricto, lo que requiere comparar el daño que causa la restricción del derecho con el daño que esta intenta evitar. Es un principio inherente al Estado de Derecho, al que le impone hacer un uso moderado de su poder, proscribiendo todo sacrificio de la libertad inútil, innecesario o despropor-

cionado y exigiendo a los poderes públicos que atemperen el peso y la medida de los instrumentos que lícitamente pueden utilizar, a las circunstancias de cada caso concreto, recayendo sobre ellos la carga de justificar los medios empleados (48).

¿Pueden considerarse legítimas, desde este criterio de proporcionalidad, las medidas tendentes a la repatriación de inmigrantes irregulares y la criminalización de estos? En cuanto a las medidas administrativas, el requisito de la proporcionalidad resulta fundamental. Las propias normas que prevén la repatriación forzosa y las medidas de privación de libertad necesarias para aplicarla afirman que el internamiento se mantendrá por «el tiempo imprescindible» (49). La directiva europea sobre retorno establece que «cualquier internamiento será lo más corto posible y sólo se mantendrá mientras estén en curso y se ejecuten con la debida diligencia los trámites de expulsión» (50). Por su parte, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha establecido la detención no podrá durar más que el tiempo «razonablemente necesario» para ejecutar la devolución del extranjero (51).

Las normas mencionadas parecen inspirarse en el principio de proporcionalidad, principio que incluso viene recogido expresamente en la directiva europea, al afirmar que «en los casos en que los Estados miembros utilicen, como último recurso, medidas coercitivas para llevar a cabo la expulsión de un nacional de un tercer país que se oponga a su expulsión, tales medidas serán proporcionadas y la fuerza ejercida no irá más allá de lo razonable» (52). Pero si entramos en detalle en los plazos máximos que las propias normas establecen, constatamos la flagrante contradicción en que incurren, al acoger con una terminología pretendidamente garantista, unas medidas que no lo son en absoluto. En concreto, la directiva establece que «cada Estado miembro fijará un período limitado de internamiento, que no podrá superar los seis meses» (53), salvo en determinados casos, en que puede prorrogarse hasta los 18. Entre estos casos está el de que se hayan producido demoras en la obtención de terceros países de la documentación necesaria. Algo parecido

(48) RUIZ RUIZ, R. y TORRE MARTÍNEZ, L. (2001): 27-28

(49) Artículo 62.2 de la Ley española de extranjería, Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, *BOE* n.º 10/200, de 12 de enero.

(50) Artículo 15.1 de la Directiva 115/2008, de 16 de diciembre, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, *DOUE* L 348/2008, de 24 de diciembre.

(51) Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos *Zadvydas v. Davis*, 533 U. S. 678, de 2001.

(52) Art. 8. 4 de la mencionada directiva.

(53) Art. 15.5.

sucede en Estados Unidos, donde el plazo máximo establecido por la Corte Suprema es también de seis meses (54), aunque se admiten de nuevo excepciones para casos en que, por ejemplo, el extranjero posea una enfermedad altamente contagiosa.

Al margen de la terminología que se utilice, el internamiento supone una sanción de privación de libertad, en condiciones prácticamente equivalentes a las de la pena de prisión y con unas garantías incluso menores. De hecho, la directiva europea permite internar a los extranjeros en centros penitenciarios, siempre que se los mantenga separados de los «presos ordinarios» (55). Y esta sanción se aplica a personas que no han cometido ningún delito y puede prolongarse por estos plazos tan enormemente dilata- dos de tiempo por causas que pueden ser independientes de las intenciones o de los actos del extranjero, como la falta de salud o las demoras burocrá- ticas en el país receptor.

Estas prórrogas son, además de injustas, totalmente ineficientes. Se- gún los propios informes del departamento de Interior norteamericano (56), un 20 % de los inmigrantes internados de cara a su devolución no llega a ser devuelto en el plazo ordinario de 90 días previsto al efecto. Pues bien, se constata que, cuanto más se demora a partir de ahí el internamiento, más improbable se hace la devolución. Además, en muchos casos se aprecia res- pecto de estos internamientos que las decisiones de prórroga de custodia no se toman dentro del plazo preceptivo e incluso que no llegan a tomarse (57). En resumen, aunque las estipulaciones legales y jurisprudenciales examina- das invocan el principio de proporcionalidad, se contradicen radicalmente con dicho principio. Y no sólo se contradicen en las excepciones previstas, sino también en las previsiones ordinarias. Eso por lo que se refiere a la letra de la ley. La realidad de su aplicación resulta aún más cuestionable, ya que al establecer límites poco estrictos, excepciones de carácter amplio y con- troles laxos en su apreciación, la práctica demuestra que a mayor prórroga de la privación de libertad, menor expectativa de que la expulsión se llegue a consumir.

Privar a una persona de su libertad debe constituir en un Estado de de- recho el último recurso y debe de hacerse siempre con todas las garantías y en la medida estrictamente necesaria al cumplimiento del objetivo previsto. Siendo eso así, carece de cualquier atisbo de proporción sancionar a quien pretende ejercer un derecho a emigrar que le reconoce el derecho interna-

(54) Como establece la mencionada sentencia *Zadvydas v. Davis*.

(55) Art. 16. 1.

(56) Department of Homeland Security (2007).

(57) Página 1 del mencionado informe.

cional, por el mero hecho de carecer de una autorización administrativa, a una privación de libertad que se extienda más allá del mínimo estrictamente imprescindible para la devolución a su país y sin que pueda prorrogarse en ningún caso y bajo ninguna circunstancia y mucho menos bajo circunstancias no imputables a esa persona.

Prácticamente todo lo dicho puede extrapolarse a las medidas adoptadas por algunos países de criminalización del inmigrante irregular. Se trata de medidas que, aunque en la práctica pueden derivar en una situación muy parecida para el extranjero a la del internamiento, en el nivel de los principios son aún más graves, ya que recurren directamente al poder punitivo del Estado, convirtiendo en delito la mera permanencia en un país, haciendo abstracción de las intenciones que la mueven. Se trata de criminalizar la falta de cooperación en la ejecución de una decisión administrativa de expulsión, una decisión que además, tiene un importante grado de discrecionalidad. Y se trata de hacerlo prescindiendo del daño que pudiera causar esa falta de cooperación y prescindiendo de las razones que lo motivan. Algo parecido sucede con otras medidas paralelas, como penalizar a quien alquila una vivienda a un inmigrante o le ayuda desinteresadamente. La falta de proporcionalidad entre el daño que supone la mera inacción o falta de cooperación en la ejecución de una decisión administrativa y una pena de prisión resulta total y no requiere mayores comentarios.

II. CRIMINALIZACIÓN Y RESPUESTA DE LAS ALTAS CORTES

El proceso de criminalización de la permanencia de inmigrantes indocumentados que se ha producido en los últimos años ha tenido diversas expresiones en Europa, al igual que en Estados Unidos (58). Algunas de las normas han sido recurridas ante las altas cortes europeas y americana y han permitido a estas expresarse sobre la legitimidad de estas normas. Considero interesante analizar de forma comparada la respuesta de las diversas cortes ante un problema común, aunque este se manifieste con distintos matices. Y es especialmente interesante porque, como se ha visto, la normativa internacional sobre exclusión de inmigrantes es muy limitada y fragmentaria, por lo que las cortes se van a ver abocadas a perfilar estándar

(58) Donde se ha llegado a acuñar un nuevo término para denominar al proceso, la «crimmigation».

res «nacionales» de legitimidad a los que referir la validez de las normas ordinarias recurridas.

Antes de entrar en materia y aunque parezca evidente, conviene advertir de que no se está haciendo una comparación entre semejantes. Ni procesalmente existe paralelismo entre la Corte Suprema de los Estados Unidos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ni la distribución de competencias entre la Federación y los Estados es comparable con la que se da entre la Unión y los Estados miembros. En concreto, por lo que se refiere a la exclusión de inmigrantes, ya se ha visto que se haya estrechamente vinculada a la soberanía nacional. En consecuencia, los Estados miembros de la Unión Europea definen políticas migratorias propias, aunque estas deben respetar las normas armonizadoras de la Unión y concretamente, la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (59). En cuanto a los Estados Unidos, como se verá más adelante, aunque la Federación posee la competencia para regular la migración, también los Estados poseen títulos competenciales que eventualmente podrían interferir en la materia. Hecha esta advertencia y teniendo en cuenta que la propia naturaleza de este trabajo nos impide abordar a fondo dichos marcos referenciales, voy a intentar analizar algunas semejanzas y divergencias que se advierten en los pronunciamientos de ambas cortes respecto de un problema planteado en unos términos bastante similares. En ambos se trata de pronunciamientos en última instancia en recursos contra normas de Estados miembros que pretenden convertir en delito el mero hecho de la inmigración sin autorización.

He seleccionado para ello dos de los casos más relevantes en mi opinión: el caso *Dridi* en Europa y el caso *Arizona v. Estados Unidos*. El primero de ellos fue sentenciado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el 2011 y el segundo lo fue por la Corte Suprema de los EEUU en el 2012. Como es sabido, en ambos casos el pronunciamiento del tribunal ha sido contrario a los preceptos criminalizadores. Pero en uno y otro caso lo ha sido por razones muy diferentes, más materiales en el caso europeo y casi exclusivamente competenciales, en el americano. En todo caso, considero que ambos pronunciamientos adolecen de importantes carencias y especialmente el americano, ya que admite expresamente la posibilidad de criminalización.

(59) *DO L* 348, p. 98.

1. *La respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:
La sentencia del caso El Dridi (60)*

Se trata del primer caso en que el TJUE conoce de un recurso en relación a la aplicación de una norma criminalizadora, en concreto, el artículo 14 del Decreto Legislativo n.º 286/1998, cuyo apartado 5 establece: «*El extranjero que permanezca ilegalmente en el territorio del Estado sin causa justificada, con infracción de la orden dictada por el questore conforme al apartado 5 bis, incurrirá en una pena de uno a cuatro años de prisión si la expulsión o la denegación de autorización de entrada en el país se hubieran acordado a raíz de la entrada ilegal en el territorio nacional [...], o por no haber solicitado permiso de residencia o no haber declarado su estancia en el territorio del Estado en el plazo previsto, salvo caso de fuerza mayor, o si su permiso de residencia hubiera sido revocado o anulado. Se impondrá una pena de seis meses a un año de prisión si se hubiera acordado la expulsión por haber transcurrido más de sesenta días desde la expiración del permiso de residencia y si no se hubiera solicitado su renovación, o si la solicitud de permiso de residencia hubiera sido denegada...».*

Las circunstancias concretas del caso eran las siguientes. El Sr. El Dridi era un ciudadano argelino que entró ilegalmente en Italia y carecía de permiso de residencia. El jefe de policía de Udine dictó una orden de expulsión contra él, por incumplimiento de la cual fue llevado al Tribunal de Trento, que lo condenó a la pena de un año de prisión. Recurrió ante la Corte d'appello di Trento, que decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión una cuestión prejudicial en la que se pregunta, junto a cuestiones procesales, por la posibilidad de que se castigue con una pena de hasta cuatro años de prisión la mera falta de cooperación del interesado en el procedimiento de expulsión.

El Tribunal de Justicia examina la compatibilidad del precepto que da origen a la pena con la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (61). Y en su sentencia recuerda que «si bien es cierto que, en principio, la legislación penal y las normas de procedimiento penal son de la competencia de los Estados miembros (...) éstos deben ajustar su legislación en esa materia para asegurar el respeto del Derecho de la Unión». A partir de esta premisa,

(60) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sala primera, de 28 de abril de 2011.

(61) *DO L* 348, p. 98.

analiza el contenido de la directiva y considera que esta «pretende establecer una política eficaz de expulsión y repatriación, basada en normas comunes»; que atribuye a los Estados miembros «la facultad de adoptar o de mantener disposiciones más favorables (...) pero no permite que esos Estados apliquen normas más severas»; que las medidas para llevar a cabo la expulsión deben ser proporcionadas y «lo menos coercitivas posibles»; que sólo cabe la privación de libertad mediante un internamiento cuando la expulsión «pueda verse dificultada por el comportamiento del interesado»; y que «el recurso a esa última medida (...) está estrictamente delimitado en aplicación de los artículos 15 y 16 de la misma Directiva, con objeto en especial de asegurar el respeto de los derechos fundamentales de los nacionales de los terceros países afectados».

Tras hacer esas consideraciones, el Tribunal examina la compatibilidad entre la norma italiana y la directiva y lo hace precisamente utilizando dos de los criterios a que me he remitido en el apartado precedente: los principios de eficacia y proporcionalidad. De hecho, la corte de Luxemburgo nos remite expresamente a la jurisprudencia en la materia de la corte de Estrasburgo, que «exige que la privación de libertad de una persona contra la que está en trámite un procedimiento de expulsión o de extradición no se prolongue durante un período de tiempo irrazonable, es decir, que no exceda del plazo necesario para lograr el fin perseguido», lo que exige «someter el uso de medidas coercitivas a los principios de proporcionalidad y eficacia por lo que se refiere a los medios utilizados y a los objetivos perseguidos».

Y en base a esos principios, el Tribunal considera que la pena prevista en la norma italiana, «en razón especialmente de sus condiciones y formas de aplicación, puede perjudicar a la realización del objetivo pretendido por dicha Directiva». Y en consecuencia, la considera incompatible con un precepto que «prevé la imposición de una pena de prisión a un nacional de un tercer país en situación irregular, por el único motivo de que permanezca en el territorio de ese Estado sin causa justificada, con infracción de una orden de salida de dicho territorio en un plazo determinado».

La valoración de la sentencia de la corte de Luxemburgo en el caso El Dridi debe ser, en mi opinión, positiva. Y no sólo debe serlo por la conclusión a la que llega, que es la de la incompatibilidad de la pena de prisión con el objetivo del retorno, sino también por los argumentos en que basa su decisión. Sin duda habría sido más profunda si se hubiera remitido no sólo a la incompatibilidad de la norma italiana con la directiva europea sobre retorno de inmigrantes, sino más en general, con los derechos fundamentales, tal y como estos se hallan protegidos en el ámbito de la Unión y concretamente

con el derecho a la libertad individual. Pero en todo caso, afirma indirectamente la incompatibilidad con estos derechos a través de la remisión que realiza a estos la directiva.

Por lo demás, la sentencia es francamente interesante (62). Lo es en primer lugar, por su congruencia, una congruencia que, como se ha examinado anteriormente, se echa en falta en la directiva que interpreta; una directiva cargada de argumentaciones garantistas, pero que luego deja la puerta abierta a normas nacionales claramente incompatibles con los criterios que postula (63), debido a su falta de concreción, a los límites temporales excesivos que establece para las privaciones de libertad, a la admisión de excepciones, a la escasez de garantías procedimentales, etc. Todo ello motivó profundas críticas entre la doctrina, no faltando quienes responsabilizaban a la directiva del posterior deterioro legal del estatus de los extranjeros en las normas que algunos Estados miembros fueron implementando e incluso de la misma norma penalizadora italiana (64). La interpretación que hace el tribunal, en cambio, sí es congruente con esa motivación garantista a la que se apela (65). Y prueba de ese garantismo es que las autoridades de algunos países, lejos de admitir las plenas consecuencias de la sentencia, intentan articular instrumentos para eludirla parcialmente (66).

Es interesante en segundo lugar, por la argumentación que utiliza. Porque recurre a la jurisprudencia en la materia de la Corte de Estrasburgo y en concreto, a los principios de idoneidad y proporcionalidad, concluyendo, como no podía ser de otra forma, que una norma que establece el ingreso en prisión por un período determinado no es acorde con el objetivo supuestamente perseguido de repatriación en el plazo menor posible y con la mínima coerción y

(62) Aunque sus consecuencias en la práctica puedan tropezar con algunas dificultades, como las que advierte Leonardo PASQUALI (2011): 541-558.

(63) Las contradicciones de la directiva no son, al fin y al cabo, más que expresión de las contradicciones más generales de la política de inmigración que siguen los países europeos y Estados Unidos, cuyas economías se benefician de la existencia de trabajadores inmigrantes marginalizados, pero cuya situación provoca rechazo en los nacionales (CALAVITA, K. (2006): 207).

(64) NOGUEIRA, C., (2013)

(65) Algunos autores consideran que, si no son compatibles con la normativa europea de retorno las sanciones penales, tampoco deberían serlo sanciones que no conlleven la repatriación, como las multas; e incluso procesos como la regularización (GONZÁLEZ SAQUERO, P.: «La directiva «retorno» y el alcance de la armonización del procedimiento de expulsión de extranjeros...», Papeles de Derecho europeo e integración regional, n.º 6, 20, 2011, p. 16).

(66) HENRIOT, P., (2013): 3-4. Sobre las resistencias habidas en Italia, pueden verse: LORENZON, S., (2012); DI PASCALE, A, Y NASCIBENE, B. (2012)

limitación de derechos necesaria al efecto (67). Y es importante, por último, por la pretensión de generalidad de su pronunciamiento. En efecto, la sentencia no se limita a establecer la incompatibilidad de la norma italiana con la directiva europea, sino que establece con carácter general, las condiciones que deben poseer las medidas que se adopten en el ámbito de la Unión Europea para la repatriación de extranjeros pendientes de una orden de expulsión y que son: 1) Que las medidas deben ser lo menos coercitivas posibles para conseguir el objetivo perseguido. 2) Que la privación de libertad constituye la última medida a la que el Estado puede recurrir y de forma delimitada por el respeto de los derechos fundamentales del extranjero. 3) Que esta medida solo cabe imponerla para garantizar la expulsión y cuando esta pueda verse dificultada por el comportamiento del interesado.

2. *La respuesta de la Corte Suprema de los Estados Unidos: La sentencia del caso Arizona et al. v. United States* (68)

Se trata del primer caso en que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos conoce de un recurso en relación a la aplicación de una norma criminalizadora, en concreto, una Ley del Estado de Arizona, la Senate Bill 1070 (69). Esta norma se inscribe dentro del proceso que se ha dado en Estados Unidos en los últimos años, en el que diversos gobiernos estatales y locales han implementado medidas contra la presencia de extranjeros en su territorio (70) de un volumen considerable (71). Esto ha generado un importante debate doctrinal sobre quien puede regular esta materia (72), partiendo del hecho de que los Estados, aunque no pueden decidir sobre el número o el tipo de inmigrantes que se establecen en Estados Unidos, son los responsables de los servicios públicos que estos reciben (73). Y algo parecido sucede con los

(67) Como ha venido expresando nítidamente el Comisario para los derechos humanos Consejo de Europa, para quien «tal método de control de movimientos internacionales corroe principios arraigados de derecho internacional, provocando también muchas tragedias, sin lograr su genuino propósito de control» (Consejo de Europa (2010): 1).

(68) Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, de 25 de junio de 2012.

(69) Support Our Law Enforcement and Safe Neighborhoods Act.

(70) VILLASEÑOR, R. y ACEVEDO, L. (2009): 415.

(71) Para hacernos idea de la amplitud del fenómeno, baste decir que sólo en el año 2007 los poderes legislativos de los Estados han estudiado más de 1000 medidas reguladoras de la inmigración, de las cuales 156 han acabado convirtiéndose en leyes (RODRÍGUEZ, C.; CHISTI, M.; NORTMAN, K. (2008): 1).

(72) Los argumentos básicos de dicho debate pueden verse en ROMERO, V. (2008): 292 y ss.

(73) CELADOR ARAGÓN, O. (2011): 152.

municipios (74), muchos de los cuales implementan medidas para limitar el acceso de los indocumentados al mercado local (75).

La mencionada ley contiene toda una serie de previsiones que se pueden agrupar en dos: por una parte, las que atribuyen competencia a las autoridades de Arizona para ejecutar las leyes federales sobre inmigración y a hacerlo estrictamente contra quienes tipifica como «extranjeros ilegales» (76). Y por otra, las que criminalizan conductas vinculadas a la presencia en el Estado de extranjeros no autorizados.

El punto de partida de esta ley es que el incremento de la inmigración irregular (77) se debe a que las autoridades federales no actúan con suficiente contundencia en la implementación de la legislación federal sobre inmigración irregular (78) y lo que pretende es colaborar en la ejecución de esas leyes mediante políticas más agresivas (79); y creando sanciones penales para actuaciones ilegales para las que las leyes federales prevén otro tipo de sanciones menos graves. Se trata de políticas que han generado un importante debate mediático, igual que sus opuestas, las llamadas «ordenanzas de santuario» (80), impulsadas por Estados y ciudades que pretenden proteger al inmigrante frente a las autoridades federales de inmigración, negándose a trasladar a estas algunos datos o bien salvaguardando el acceso a algunos servicios sociales de determinados grupos de inmigrantes (asistencia médica, escolarización de niños indocumentados...) (81).

Dentro de estas políticas contra la inmigración irregular, ha jugado un papel destacado la Senate Bill 1070 de Arizona, por haber dado lugar a un pronunciamiento de la Corte Suprema que crea un precedente en la materia, aunque no aborda todas las cuestiones que plantean otras normas estatales

(74) Una panorámica general del papel de los municipios en las políticas de inmigración en EEUU puede verse en: RODRÍGUEZ, C. M. (2008): 567 y ss.

(75) REYNOLDS, L. (2011): 36.

(76) «Illegal aliens»

(77) Las estadísticas y un resumen de los argumentos pueden verse en CQRResearcher (2012): 229 y ss.

(78) KOBACH, K. B., (2008): 483.

(79) Es la política conocida como «attrition through enforcement», que trata de hacer desistir a los «ilegales» mediante una implementación militante de las normas de inmigración. Una defensa de estos argumentos puede verse en KOBACH, K. W. (2008): 153y ss.

(80) HING, B. (2012): 249.

(81) Algunos autores consideran que, aunque no existe un derecho constitucional a no cooperar con las autoridades federales, en el ámbito de la inmigración, hay casos en que esta no cooperación estaría justificada, por ejercitarse en perjuicio de una soberanía local que aquellas deberían preservar (PHAM, H. (2006): 1412). Un espacio para la no cooperación es defendido también, desde el espectro ideológico opuesto, por los defensores de las «ordenanzas santuario» de inmigrantes (HING, B., cit.)

inspiradas en parecidos criterios, como la Alabama H. B. 56 (82), que, además de algunas de las medidas de la ley de Arizona, contiene otras nuevas, dirigidas a restringir el acceso a centros educativos públicos de inmigrantes irregulares, a anular los contratos hechos con ellos, etc.

En todo caso, la sentencia antes mencionada es importante no sólo porque deja sin efecto las principales previsiones de la mencionada ley de Arizona, sino también porque sienta un importante precedente, al preservar un ámbito regulatorio en materia de inmigración ilegal a favor del poder federal, de manera que no puedan incidir sobre él normas estatales o locales.

Por lo que respecta a este trabajo, además de algunos preceptos de la S. B. 1070, como el que tipifica como delito la «parada ilegal para contratar y recoger pasajeros para trabajar» o el «empleo o solicitud ilegal de empleo» por parte de un inmigrante indocumentado (83), resulta especialmente reseñable el que convierte en delito la permanencia en el país del extranjero indocumentado. Concretamente, el texto del precepto (84) tipifica como culpable de un delito de «trespassing» a quien se halle presente en cualquier espacio público o privado del Estado sin disponer de la documentación exigida por las normas de inmigración federales, si bien dicha ilegalidad sólo es considerada como tal delito si se verifica conjuntamente con cualquier otra violación de las leyes federales. En resumen, lo que el precepto hace es tipificar como delito menor (85) en el Estado de Arizona el incumplimiento de las normas federales de inmigración, siempre que este se produzca en concurrencia con cualquier otro incumplimiento de una norma federal. El resultado de la aplicación de la ley de Arizona sería que ese mismo incumplimiento, que en

(82) Beason-Hammon Alabama Taxpayer and Citizen Protection Act (Act 2011/535).

(83) Sección 5 de la ley, que especifica: «A. Es ilegal que el ocupante de un vehículo motorizado que esté parado en una calle, camino o carretera, intente contratar y recoger pasajeros para trabajar en un lugar diferente, si el vehículo motorizado bloquea o impide el movimiento normal del tránsito. B. Es ilegal que una persona entre a un vehículo motorizado que esté parado en una calle, camino o carretera para ser contratado por un ocupante del vehículo motorizado y para ser transportado para trabajar en un lugar diferente si el vehículo motorizado bloquea o impide el movimiento normal del tránsito. C. Es ilegal que una persona que se encuentre en los Estados Unidos en forma ilegal y que sea un extranjero no autorizado solicite trabajo intencionalmente, pida trabajo en un lugar público o desempeñe trabajo como empleado o contratista independiente en este estado.

(84) A. In addition to any violation of federal law, a person is guilty of trespassing if the person is both: 1. Present on any public or private land in this state. 2. In violation of 8 United States code section 1304(e) or 1306(a).

(85) Concretamente como delito menor clase 1, le corresponde un máximo de 20 días de cárcel, pero conlleva además la pérdida de determinados beneficios que le podrían corresponder en relación al delito concurrente, como suspensión de sentencia, libertad condicional, indulto, etc.

otros Estados sólo podría ser perseguido por las autoridades federales y en vía administrativa (86), podría ser perseguido en Arizona también por las autoridades estatales y locales; y sancionado penalmente.

Esta ley fue recurrida en sus principales contenidos por el gobierno federal, llegando el caso a la Corte Suprema. Fueron recurridas en concreto, las dos secciones, la 3 y la 5, que crean respectivamente el delito de incumplimiento de los requisitos federales de registro de extranjeros y el de ofrecerse para trabajar y otras dos secciones, la 2 y la 6, que atribuyen a la policía estatal y a las locales nuevas competencias de investigación y arresto de extranjeros irregulares. El recurso del gobierno federal se basaba más en cuestiones competenciales que materiales, aunque el movimiento social de rechazo a la ley se había opuesto a ella por cuestiones de fondo, haciendo hincapié especialmente en que la ley suponía un peligro potencial de violación de derechos civiles (87) en cuanto que favorecía el «racial profiling» o trato diferenciado por el aspecto racial (88), cuestión que ya había sido abordada en casos anteriores por la propia corte (89). Los argumentos del gobierno, incidían en cambio en el carácter nacional de las competencias para regular la inmigración y en la falta de competencia estatal para desarrollar una política de inmigración diferenciada (90).

La corte resolvió favorablemente al gobierno, declarando que tres de las cuatro secciones impugnadas, incluyendo las dos que crean nuevos tipos delictivos, resultaban inaplicables por hallarse afectadas de «preemption», el poder que posee el Congreso para bloquear leyes estatales. Este poder se deriva de la cláusula de supremacía que contiene el art. 6.2 de la constitución americana y que reza «Esta Constitución, y las Leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella; y todos los Tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la Ley Suprema del país; y los Jueces de cada Estado estarán por lo tanto obligados a observarlos, sin consideración de ninguna cosa en contrario en la Constitución o las leyes de cualquier Estado» (91).

(86) Aún cuando conlleve una privación de libertad, la deportación no puede considerarse en EEUU como una sanción criminal, ya que el ejecutivo no puede imponer sanciones de esa naturaleza.

(87) ARNOLD, C. R. (2007): 114.

(88) Ese espacio del racismo institucional que describe WIEVORKA, M. (1992): 35-37.

(89) Como puede verse en JOHNSON, K. R. (2000): 676 y ss.

(90) Aunque los Estados han regulado históricamente el ámbito de la inmigración, por la falta de normativa federal, con el tiempo esta segunda se ha ido imponiendo y relegando la actividad de los Estados (el proceso puede seguirse en NEUMAN, G. L., (1996).

(91) Traducción tomada de la Wikipedia.

Esta cláusula tiene un cierto parecido con la cláusula de prevalencia del artículo 149.3 de la Constitución española, aunque no coincide exactamente con ella, ya que no se refiere sólo a la prevalencia de la norma federal sino que sirve también para designar, en general, los supuestos en que el Derecho federal (la Constitución o las leyes federales) bloquean o desplazan el poder legislativo de los estados, impidiendo que ejerciten en determinadas materias su poder (92), según criterios que va concretando caso a caso, con frecuentes cambios de rumbo, la Corte suprema (93).

La «preemption» es expresa cuando la propia ley federal la establece. Pero también puede darse de forma tácita en dos casos más: el primero de ellos se da cuando el Congreso regula un ámbito de una forma tan exhaustiva que no deja espacio para que los Estados lo complementen o cuando un interés federal es tan preeminente que se entiende que excluye la ejecución de leyes estatales sobre la misma materia (94); el segundo caso se da cuando las leyes estatales entran en conflicto con la ley federal o se convierten en un obstáculo para el cumplimiento y ejecución de los plenos propósitos y objetivos del Congreso (95).

Pues bien, teniendo esto en cuenta, la Corte Suprema declara que el precepto de la Ley de Arizona que tipifica penalmente la permanencia de extranjeros indocumentados queda inhabilitado por una «preemption» tácita del primero de los tipos, es decir, porque la regulación federal del registro de extranjeros es suficientemente exhaustiva, ya que reúne los requisitos jurisprudenciales al efecto, es decir, constituye un «sistema integral y omnicomprendivo» que, como tal, no autoriza a los Estados a «complementarlo», ni a «ejecutar regulaciones adicionales o auxiliares» (96).

En cuanto al precepto que tipifica penalmente el que un inmigrante irregular se ofrezca para trabajar, la Corte lo declara también sujeto a «preemption» tácita, pero en este caso, del segundo de los tipos, al considerar que la sanción penal constituye un obstáculo al sistema regulatorio federal, que no prevé sanciones penales, sino sólo «civiles» para ese supuesto, incluyendo entre estas, la de expulsión del país. La atribución de diferentes consecuen-

(92) VELASCO, F., (2011): 15-16.

(93) Hasta el punto de llevar a algunos autores a plantear la necesidad de una doctrina sobre la potestad para las relaciones internacionales que armonice la larga casuística de la «preemption» (POZO, C. (2007): 591 y ss).

(94) Rice v. Santa Fe Elevator Corp., 331 U. S. 218, 230.

(95) Hines v. Davidowitz, 312 U. S. 52, 67. pp. 7-8.

(96) *Ibidem*.

cias en un Estado a un mismo incumplimiento de la ley federal podría generar conflictos en la forma de ejecución de esta (97).

Con estos pronunciamientos, la Corte Suprema da la última vuelta de tuerca en un largo proceso en el que la jurisprudencia ha ido consolidando en la esfera federal la competencia migratoria, partiendo de la idea de la necesaria uniformidad en materia de relaciones internacionales (98). Hasta aquí, parece que no hay nada que objetar a la decisión del alto tribunal, ya que, aún atendiendo a cuestiones básicamente competenciales y no de fondo, en última instancia inhabilita los principales elementos de la ley y en concreto, los que aquí interesan, es decir, los que establecen sanciones penales para el inmigrante indocumentado. A pesar de esto, la sentencia adolece de importantes deficiencias, no tanto por lo que dice como por lo que no dice. Porque el problema que aquí se plantea no es un problema meramente competencial y aunque la impugnación del gobierno de la nación se presentó por motivos competenciales, la corte podía haber hecho alguna mención al problema de derechos humanos que le subyace (99) y a las exigencias de constitucionalidad en la regulación de este ámbito, como hace continuamente la sentencia de la corte de Luxemburgo anteriormente examinada.

La letra de la sentencia de la corte americana es bastante neutral en materia de derechos de los inmigrantes, pero el espíritu que la subyace no es nada garantista. De hecho, aunque la decisión que contiene sea positiva, sus argumentos jurídicos no lo son tanto, ya que toda su motivación se entronca en la necesidad de preservar un importante ámbito de discrecionalidad a las autoridades federales. Para ello parte de la idea de que el establecimiento de una regla uniforme de naturalización es inherente al poder soberano de controlar y dirigir las relaciones internacionales y que el principio de reciprocidad exige que las autoridades federales posean una amplia discrecionalidad a la hora de valorar las consecuencias de las sanciones a adoptar contra unos u otros inmigrantes irregulares. Porque «algunas decisiones discrecionales implican elecciones políticas que repercuten en las relaciones internacionales de esta Nación», lo que exige que el poder ejecutivo asegure que las políticas de ejecución sean congruentes con su política exterior (100). Un pronunciamiento que es acorde con la idea tradicional de que la regulación de la inmigración corresponde a las esferas políticas y, según la doctrina de

(97) Como ha advertido cierta doctrina, que considera muy peligrosa una ejecución no cooperativa, sino «rebelde» o «disidente» por parte de determinados Estados (Fan, M. (2012): 1270).

(98) IGLESIAS SÁNCHEZ, S. (2010): 4.

(99) Sólo hace algunas consideraciones de tipo humanitario para justificar que la aplicación de sanciones debe estar modulada por las circunstancias personales del extranjero.

(100) Apartado II. B de la sentencia.

los *plenary powers*, existe una considerable limitación del ámbito e intensidad de la revisión judicial (101). Es más; aunque no lo dice expresamente, la sentencia deja entrever que no es necesariamente ilegítima la criminalización de la inmigración irregular, si bien los Estados carecen de competencia para establecerla. Pero no dice que, en caso de que no existiera una regulación federal comprensiva, los Estados no pudieran decidirla. Ni tampoco que el Congreso no pueda hacerlo. De hecho, la sentencia recuerda que la decisión de descartar las medidas penales contra los indocumentados fue una elección deliberada del Congreso, después de que una comisión de estudio concluyera que esas sanciones resultaban «innecesarias e impracticables» (102). Resumiendo, podemos concluir que la decisión de la Corte americana se basa en argumentos de tipo competencial, argumentos a los que además, subyacen motivaciones nada garantistas, como la pretendida discrecionalidad de las autoridades federales para lograr la eficacia de su política exterior, no excluyendo expresamente las eventuales políticas criminalizadoras.

III. CONCLUSIONES

El presente trabajo comienza con una propuesta de cómo considero que debe calificarse jurídicamente la conducta típica del inmigrante irregular, que consiste básicamente en el ejercicio de un derecho humano, reconocido por el derecho el derecho internacional, el derecho a abandonar el propio país de origen, pero sin que la persona posea la autorización administrativa a la que las autoridades del país receptor lo someten. Y a partir de esa constatación, concluyo que el derecho a entrar en un país puede ser legítimamente limitado por las autoridades nacionales mediante leyes de inmigración. Pero esas leyes, en cuanto que normas delimitadoras de un derecho y las decisiones que las ejecutan, en cuanto que decisiones restrictivas del ejercicio de un derecho, deben reunir los requisitos de validez de las limitaciones de derechos, respetando el principio de proporcionalidad. En base a estos condicionantes, analizo la legitimidad de las normas que prevén la privación de libertad para los inmigrantes que transgreden las leyes de inmigración, tanto las que lo hacen en forma administrativa supeditada a la ejecución forzosa de una orden de expulsión, como las que tipifican delictivamente dicha conducta, concluyendo que las primeras pueden ser legítimas, siempre que sean necesarias, adecuadas y proporcionales. En cuanto a las segundas, considero

(101) IGLESIAS SÁNCHEZ, S. (2010): 3.

(102) Apartado IV B de la sentencia.

que son en todo caso ilegítimas, ya que por su propia naturaleza, son innecesarias, inadecuadas para obtener el objetivo supuestamente perseguido y además desproporcionadas.

A partir de estas constataciones, analizo algunas sentencias relativas a las normas que en los últimos años han introducido sanciones penales para conductas de permanencia irregular de extranjeros y en concreto, dos de ellas, el caso El Dridi, en Europa y el caso Arizona, en Estados Unidos, concluyendo que las sentencias emitidas en los recursos contra ambas normas son positivas, ya que paralizan la ejecución de las previsiones más peligrosas de dos normas netamente ilegítimas. Pero considero también que, mientras la sentencia del TJUE es francamente positiva, ya que declara incompatible la norma criminalizadora italiana con la normativa europea en base a consideraciones de fondo relativas a las limitaciones de los derechos humanos, remitiéndose a la jurisprudencia del TEDH y afirmando expresamente que la penalización es inadmisibles; la sentencia americana no lo es tanto, pues cierra las puertas a la criminalización recurrida, pero no en base a consideraciones de derechos humanos, sino sólo competenciales, no excluyendo la posibilidad del recurso a la criminalización por parte del Congreso.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALEINIKOFF, A. y otros (2003): *Migration and International Legal Norms*. Cambridge, Cambridge University Press.
- ARENDRT, H. (1973): *The Origins of Totalitarianism*, San Diego, Harcourt Brace Jovanovich.
- ARNOLD, C. R. (2007): «Racial profiling in immigration enforcement: State and local agreements to enforce federal immigration law», *Arizona Law Review*, n.º 49, 2007.
- BRANDARIZ, J. A. (2011): «La conexión entre migración, inseguridad y criminalidad: influencia de las retóricas mediáticas en la construcción de estereotipos negativos», en Muñoz Conde (dir.): *Un Derecho penal comprometido*. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- BUSTAMANTE, J. (2002): «Immigrant's Vulnerability as Subjects of Human Rights», en *International Migration Review*, vol 36, n.º 2, 2002.
- CALAVITA, K. (2006): «Contradicciones estructurales en la política de inmigración: los casos de la Europa del Sur y de los Estados Unidos», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 116, 2006.
- CANCADO TRINDADE, A. (2004): «Reflexiones sobre el desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica internacional», en VV. AA.: «La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI. ACNUR.
- CARENS, J. H. (2003): «Who Should Get in? The Ethics of Immigration Admissions», en *Ethics & International Affairs*, volumen 17, 1, marzo de 2003.

- CELADOR ARAGÓN, O. (2011): «Los derechos y libertades de los inmigrantes en el modelo estadounidense. A propósito de la Arizona Immigration Law sb 1070», *Derechos y Libertades*, n.º 24, 2011.
- CONSEJO DE EUROPA, COMISARIO DE DERECHOS HUMANOS (2010): «Criminalisation of Migration in Europe: Human Rights Implications», *CommDH/IssuePaper* n. 1, 2010.
- CHETAIL, V. (2007): «The Transnational Movement of Persons under General International Law. Mapping the Customary Law Foundations of International Migration Law», en Chetail, ed., *Mondialisation, migration et droits de l'homme: Le droit international en question/Globalisation, Migration and Human Rights: International Law under Review*. Bruylant ed
- CHOLEWINSKY y otros (2007): *International migration law: developing paradigms and key challenges*, La Haya, TMC Asser Press.
- DE JULIOS CAMPUZANO, ALFONSO (2007): «La crisis del ordenamiento: reflexiones sobre racionalidad jurídica y globalización», en De Julios Campuzano, Alfonso (ed.): *Ciudadanía y Derecho en la era de la globalización*, Madrid, Dykinson.
- DAUVERGNE, C. (2004): «Sovereignty, Migration and the Rule of Law in Global Times», *Modern Law Review*, n.º 67, 2004.
- (2008): *Making People Illegal*, Cambridge, Cambridge University Press.
- DE LUCAS, J. (1998): «La globalización no significa universalidad de los derechos humanos (en el 50 aniversario de la declaración del 48)», *Jueces para la democracia*, n.º 32, 1998.
- DI PASCALE, A., Y NASCIBENE, B. (2012): «La Sentencia del Tribunal de Justicia el Dridi y la inmigración irregular. Problemas y perspectivas en el Derecho de la Unión Europea y en el Derecho Italiano», en *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 42, 2012.
- DEPARTMENT OF HOMELAND SECURITY OF THE USA, OFFICE OF INSPECTOR GENERAL (2007): *ICE's compliance with detention limits for aliens with a final order of removal from the United States*, Washington.
- FAN, M. (2012): «Rebelious State crimmigration enforcement and the foreign affairs power», en Wash, *ULR*, vol. 89, 2012.
- FASSBENDER, B. (1998): «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998.
- FERNÁNDEZ BESSA, C (2010): «Movilidad bajo sospecha. El creciente vínculo entre inmigración y criminalidad en las políticas migratorias de la Unión Europea», en *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, n.º 35, 2010.
- FERNÁNDEZ NIETO, J. (2009): *La aplicación judicial europea del principio de proporcionalidad*, Madrid, Dykinson.
- FERRAJOLI, L. (2009): «La criminalizzazione degli immigrati (note a margine della legge n. 94/2009)», en *Questione giustizia* n. 5, 2009.
- GONZÁLEZ SAQUERO, P. (2011): «La directiva “retorno” y el alcance de la armonización del procedimiento de expulsión de extranjeros...», *Papeles de Derecho europeo e integración regional*, n.º 6, 20, 2011.
- HARVEY, C., Y BARNIDGE, JR., R. P. (2009): «Human Rights, Free Movement and the Right to Leave in International Law», en *International Journal of Refugee Law*, n.º 10, 2009.
- HELD, McGrew; GOLDBLATT, Perraton (1999): *Global transformations: Politics, Economics and Culture*, Stanford, Stanford University Press.
- HENRIOT, P. (2013): «Dépénalisation du séjour irrégulier des étrangers: l'opiniâtre résistance des autorités françaises (de l'arrêt El Dridi à la loi du 31 décembre 2012)», en *La Revue des Droits de l'Homme*, n.º 3, juin 2013, pp. 3-4

- HING, B. (2012): «Immigration Sanctuary Policies: Constitutional and Representative of Good Policing and Good Public Policy», *The University of California Irvine Law Review*, febrero 2012, volume 2, n.º 1.
- IGLESIAS SÁNCHEZ, S. (2010): «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», *WP del Institut de Dret Public*, n.º 3, 2010.
- JOHNSON, K. R. (2000): «The Case against Race Profiling in Immigration Enforcement», *Washington University Law Quarterly*, 78, 2000.
- JOPPE, C. (1998): «Why Liberal States Accept Unwanted Immigration», *World Politics*, n.º 50, 1998.
- JUSS, S. (2004): «Free Movement and the World Order», en *International Journal of Refugee Law*, n.º 16, 2004.
- KOBACH, K. B. (2008): «Reinforcing the rule of Law: What States can and should do to reduce illegal immigration», en *Georgetown Immigration Law Review*, n.º 22, 2008.
- LORENZON, S.: «“Tanto va la gatta al lardo...”», Il caso El Dridi e le conseguenze sulla politica repressiva italiana in materia di immigrazione», *Quaderni costituzionali*, 3/2011.
- MAILAENDER, P. (2003): *Toward a theory of immigration*, Nueva York, Palgrave.
- MEZZADRA, S. (2005): *Derecho de fuga: migraciones, ciudadanía y globalización*, Madrid, Tinta Limón Ed.
- NAFZIGER, J. (1983): «The General Admission of Aliens under International Law», en *American Journal of International Law*, n.º 77, 1983.
- NEUMAN, G. L. (1996): *Strangers to the Constitution. Immigrants, Borders and Fundamental Law*, New Jersey, Princeton University Press.
- NOGUEIRA, C. (2013): «Irregular inmigrations and the Human Rights in the European Union: The EU Returns Directive case-study», en <http://es.scribd.com/doc/78316962/Irregular-Immigration-and-Human-Rights-in-the-Eu-Cristiano-Antunes>
- OPESKIN y otros (2012): *Foundations of International Migration Law*, La Haya, Cambridge University Press.
- PASQUALI, L. (2011): «TJUE. Sentencia de 28.04.2011, Hassen El Dridi, alias Soufi Karim, C-61/11 PPU - La pena de prisión para inmigrantes irregulares perjudica la política de retorno de la Unión?», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2011 n.º 39, pp. 541-558.
- PASTOR RIDRUEJO, J. A. (2007): «La reciente jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos: temas escogidos», en *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gazteiz*, UPV.
- PEÑA, L. (1992): *El derecho del individuo a circular libremente y a escoger su residencia*, Madrid, CSIC.
- PHAM, H. (2006): «The constitutional right not to cooperate? Local sovereignty and the federal immigration power», *University of Cincinnati Law Review*, n.º 74, 2006.
- PLENDER y otros (1988) *International Migration Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff.
- POZO, C. (2007): «Foreign affairs power doctrine wanted dead or alive: reconciling one hundred years of preemption cases», Val. *ULR*, vol. 49, n.º 2, 2007.
- REYNOLDS, L. (2011): «Inmigración, federalismo y reglamentación local en EEUU», en *REALA*, 315-316, 2011.
- RIVERS, Julián (2006): «Proportionality and variable intensity of review», *Cambridge Law Journal*, vol. 65 n.º 1, Cambridge, 2006.
- RODRÍGUEZ, C.; CHISTI, M.; NORTMAN, K. (2008): *Testing the limits: a framework for assessing the legality of State and Local immigration measures*, Nueva York, National Center on immigrant integration policy.

- RODRÍGUEZ, C. M. (2008): «The Significance of the Local in Immigration Regulation», *Michigan Law Review* 106, 2008.
- ROMERO, V. (2008): «Who should manage immigration Congress or the States?», en VV. AA.: *Immigrant Rights, in the Shadow of Citizenship*, Nueva York, NY University Press.
- RUIZ RUIZ, R., Y TORRE MARTÍNEZ, L. (2001): «Algunas aplicaciones e implicaciones del principio de proporcionalidad», en *Rev. Telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 14, 2001.
- SCHOENHOLTZ, A. (2007): «Anti-terrorism laws and the legal framework for international migration», en Cholewinsky y otros: *International migration law: developing paradigms and key challenges*, La Haya, TMC Asser Press.
- URIARTE TORREALDAY, R (2009): «Algunas reflexiones críticas a partir de la jurisprudencia sobre emigración irregular», *Revista de Derecho Político*, n.º 74, 2009.
- VALDEZ ARROYO, M. (2004): *Ampliación del concepto de refugiado en el derecho internacional contemporáneo*, Lima, PUCP.
- VELASCO, F. (2011): «Un ejemplo de funcionamiento de la “preemption” americana: la regulación de la inmigración», en *Revista de Estudios Autonomics i Federals*, n.º 13, abril 2011.
- VILLASEÑOR, R., Y ACEVEDO, L. (2009): «La actividad legislativa estatal vinculada con la inmigración y los inmigrantes en Estados Unidos», en VV. AA.: *Las políticas públicas ante los retos de la migración mexicana a Estados Unidos*, México, CNP.
- VV. AA. (2012): «Immigration Conflict. Should states crack down on unlawful aliens?», *CQResearcher*, 2012, volumen 22, n.º 10.
- VITORIA, Francisco de (1989): *Relectio De Indis*, Madrid, 1989 (edición realizada por el CSIC que contiene el original y la traducción castellana).
- WIEVORKA, M. (1992): *El espacio del racismo*, Barcelona, Paidós Ibérica.
- ZOLBERG, A. (1987): «Wanted but not Welcome: Alien Labor in Western Development», en Alonso, W. A. (ed.), *Population in an Interacting World*, Cambridge, Harvard University Press.