

LA PROTECCION CONSTITUCIONAL DE LOS EXTRANJEROS ILEGALES EN ESTADOS UNIDOS

A propósito de la proposición 187
del Estado de California (*)

RUT RUBIO MARIN

*A Raúl
mi hermano*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONTEXTO, CONTENIDO Y PARÁMETROS DE ANÁLISIS DE LA PROPOSICIÓN 187 DEL ESTADO DE CALIFORNIA.—III. MECANISMOS DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS EXTRANJEROS FRENTE A LA ACCIÓN ESTATAL: 1. *La discriminación en razón de la condición de extranjero: el principio de igualdad.* 2. *Los límites competenciales de la acción estatal en materia de extranjería.*—IV. EL ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE LOS EXTRANJEROS ILEGALES: 1. *De Canas v. Bica.* 2. *Plyler v. Doe.*—V. EL FUTURO INCIERTO DE LA PROPOSICIÓN 187.

I. INTRODUCCION

La consolidación de un sector estable de la población formado por inmigrantes ilegales es una realidad que la sociedad americana comparte, cada vez más, con otras democracias liberales del próspero Occidente. Uno de los más claros retos que tal fenómeno plantea es el de determinar el grado de protección constitucional que han de disfrutar los que, de forma irregular, residen en el territorio del Estado. Reducir el debate sobre el estatuto jurídico constitucional de los extranjeros ilegales a la búsqueda del mínimo de protección que un Estado de derecho debe hasta al más pasajero turista es quedarse en el umbral del reto y cerrar los ojos a las dimensiones que la cuestión cobra cuando, como sucede en Estados Unidos, los extranjeros implicados constituyen un sector amplio de la población estable y activa del país.

El asentamiento del inmigrante ilegal en la sociedad de acogida típicamente favorece el desarrollo de vínculos laborales, sociales y familiares que lo

(*) Este artículo fue realizado durante mi estancia como visitante en la Universidad de Berkeley (California). Quiero expresar mi agradecimiento a la profesora Blum por su ayuda y apoyo.

sitúan en una posición material cada vez más parecida a la de cualquier nacional residente. Tales vínculos hacen del inmigrante una persona cada vez más dependiente de la posibilidad de permanecer en el territorio y disfrutar de una plenitud de derechos para su adecuado desarrollo, y cada vez más legitimada para contar con tal posibilidad si se tiene presente que la sociedad de acogida extrae beneficios de su integración social y de su trabajo.

Aunque tales realidades sociales ni puedan ni deban ser sin más ocultadas detrás de categorías conceptuales formales como las de «nacional» y «extranjero», y con independencia de que la mayoría de los textos constitucionales occidentales no se refieran a la cuestión de forma expresa, resulta difícil calificar la condición de extranjero, por no hablar de la de extranjero ilegal, de mera condición legal o de irrelevancia constitucional, sin atentar contra lugares comunes. Uno de estos lugares lo constituye la soberanía del Estado a la hora de decidir libremente sobre el acceso y las condiciones de residencia en su territorio de quienes, en su calidad de extranjeros, por definición, no son miembros de la comunidad política. Otro, la común asunción del deber del Estado de velar de forma prioritaria por la salvaguardia del bienestar y de los intereses de sus nacionales.

En este sentido, la experiencia americana pone de relieve la necesidad de adecuar las respuestas constitucionales a las crecientes tensiones entre la comunidad políticamente reconocida y la comunidad social en un mundo de Estados cada vez más interdependientes y estrechamente comunicados. Al mismo tiempo, la experiencia americana presenta una interesante problemática competencial específica de los Estados federales. Si, por su clara conexión con la política exterior del país, parece que debieran ser los poderes federales quienes decidieran sobre el control de fronteras y el estatuto de los extranjeros una vez en el territorio, lo cierto es que pocos problemas presentan una dimensión tan territorial como el de la inmigración ilegal. Típicamente, los estados o regiones fronterizas son los más afectados por el flujo de inmigrantes ilegales, y para ellos la cuestión no es tanto la del impacto que el trato de los extranjeros irregulares pueda tener sobre las relaciones exteriores del país cuanto la de saber cómo responder ante las necesidades que este sector de la población plantea, sin dejar de primar la salvaguardia de los intereses económicos y sociales de los ciudadanos residentes.

Lo que sigue pretende ser una exposición de los términos de la protección constitucional sustantiva, que no procesal, de los extranjeros ilegales en Estados Unidos ante la polémica suscitada por la reciente adopción de la proposición legislativa 187 en el estado de California. Previamente se analizarán los cauces constitucionales en los que viene asentándose la Corte Suprema a la hora de tratar los límites de la acción estatal en materia general de extranjería. Pero detengámonos antes en las dimensiones sociales de la cuestión.

II. CONTEXTO, CONTENIDO Y PARAMETROS DE ANALISIS
DE LA PROPOSICION 187 DEL ESTADO DE CALIFORNIA

La inmigración ilegal en Estados Unidos se caracteriza por ser un fenómeno de masas por sus dimensiones (1), y de minorías, por la considerable afinidad étnica y cultural de la población de inmigrantes ilegales con la siempre creciente comunidad hispano-americana (2). Desde que a finales del siglo pasado el país diera por terminada su política de fronteras abiertas (3), y una vez concluida la política oficial de reclutamiento de mano de obra agrícola de México (4), Estados Unidos ha asistido, hasta ahora sin mucha alarma, a la consolidación en su territorio de una población de inmigrantes clandestinos concentrada geográficamente en sus estados fronterizos e integrada en su mayoría por extranjeros de origen mexicano (5).

Entre las causas del singular fenómeno americano figuran la dificultad y el

(1) La cifra total de ilegales en el país es de difícil estimación. Con fecha de abril de 1980, el *United States Census Bureau* estimaba unos 2.047.000. De acuerdo con el índice de error viene caracterizando los cómputos de dicha oficina respecto a otros sectores de la población, la cifra debe entenderse más próxima a la de 5.965.000. Ante las dimensiones del fenómeno de la inmigración ilegal, el país se ha visto obligado a adoptar programas de amnistía. Se calcula que aproximadamente 1,4 millones de ilegales se acogieron la última amnistía prevista en el *Immigration Control and Reform Act (IRCA)* (Ley de Control y Reforma de la Inmigración) de 1986. Véase D. WEISSBRODT: *Immigration Law and Procedure*, Nutshell Series, West Publishing Company, Minnesota, 1992, págs. 22 y 32. Las traducciones del inglés son de la autora.

(2) En el continuo crecimiento de este sector influye el que las leyes de inmigración norteamericanas reconozcan el derecho a la reunificación familiar de los ciudadanos y extranjeros con residencia legal y el que la Constitución americana reconozca, en su enmienda XIV, el derecho a la nacionalidad americana a todos los nacidos en territorio americano, incluyendo los hijos de ilegales. De hecho, es una práctica común que muchas madres mexicanas embarazadas crucen clandestinamente la frontera justo antes de dar a luz en territorio americano.

(3) Aunque a partir de 1887 el Congreso empezó a aprobar leyes que restringían la inmigración de extranjeros considerados «indeseables» (prostitutas, nacionales chinos, delincuentes, lunáticos, idiotas, pobres, polígamos, enfermos, anarquistas, etc.), las restricciones numéricas no empezaron hasta finalizada la primera guerra mundial. Véase D. WEISSBRODT: *op. cit.*, págs. 6 y sigs.

(4) El llamado programa *Bracero* funcionó oficialmente entre 1942 y 1964, creando una red de información de oportunidades y una infraestructura que ha servido posteriormente para el reclutamiento de mano de obra de forma clandestina y por cauces particulares. Véase *Education & Pub. Welfare Div., Cong. Research Serv., 95th Cong., 1st Sess., Illegal Aliens, Analysis and Background 8*, Comm. Print 1977, págs. 51-52.

(5) Otros países de procedencia son: República Dominicana, Haití, Jamaica, Guatemala, Colombia, Perú, Ecuador, Filipinas, Corea, Tailandia, Grecia, India, Irán y Nigeria. Véase D. NORTH y M. HOUSTON: *The Characteristics and Role of Illegal Aliens in the U.S. Labor Market* (1976), pág. 39.

coste de la patrulla de la larga frontera con México y del establecimiento de mecanismos de control para la detección de ilegales una vez asentados en el territorio americano. A ello se une la existencia de grupos de presión con fuertes intereses en juego. Así, dada la conveniencia de una mano de obra barata, flexible y dispuesta a realizar las tareas menos lucrativas y gratificantes, el sector empresarial, fundamentalmente agrícola, ha desatendido las protestas de los sindicatos (6) y se ha opuesto sistemáticamente a la adopción de lo que podría ser el repelente más eficaz de la entrada ilegales: las medidas sancionatorias de la contratación de trabajadores ilegales (7).

No menos decisiva es la fuerza de presión de la minoría americana de origen hispano. Esta ha visto con recelo la adopción de medidas de control y represión de la inmigración ilegal más que por un sentimiento de solidaridad, por lo que parece ser un fundado temor de que tales medidas tuvieran efectos discriminatorios sobre los hispanos en situación regular que comparten rasgos fisionómicos y lingüísticos con el sector de ilegales (8).

Aunque gran parte de la opinión pública general aún reconoce el beneficio que el país extrae del fenómeno de la inmigración ilegal (9), la actual recesión económica y el consiguiente incremento del desempleo, así como los problemas asociados a la concentración geográfica de los ilegales en los estados fronterizos (10), han conseguido alarmar a amplios sectores de la opinión pública de estos estados. Resentidos con el gobierno federal por la laxitud con la que controla la frontera nacional, viven, cada vez más, como una amenaza a la cohesión social el creciente porcentaje de población hispana de difícil asimilación cultural, y toleran, cada vez menos, el gasto público que supone el acceso de ilegales a prestaciones públicas, fundamentalmente en materia educativa y sanitaria (11).

(6) Véase «Developments in the Law, Immigration Policy and the Rights of Aliens», en *Harv. L. Rev.*, 96 (1983), pág. 1440 (1286).

(7) Véase J. HOLLIFIELD: *Immigrants, Markets, and States*, Harvard University Press, Londres (Inglaterra), 1992, pág. 183. Hasta 1986 no logró el Congreso aprobar en la Ley de Reforma y Control de la Inmigración (IRCA) las primeras medidas de sanción a empresarios por la contratación de ilegales. Véase D. WEISSBRODT: *op. cit.*, pág. 23.

(8) Esto explica que las sanciones de empresarios previstas en el IRCA tuvieran que adoptarse acompañadas de medidas para impedir las prácticas laborales discriminatorias. Sobre el relativo fracaso de las precauciones adoptadas, véase WEISSBRODT: *op. cit.*, pág. 30.

(9) Para una relación de los argumentos que se barajan normalmente, véase, por todos, «Developments in the Law», *cit.*, pág. 1442.

(10) Sólo en California, el *Immigration and Naturalization Service* (Servicio de Inmigración y Naturalización; en adelante, INS) estima que con fecha de abril de 1994 California contaba con 1,6 millones de inmigrantes ilegales, cifra que de forma aproximada se ve incrementada en razón de unos 125.000 adicionales por año.

(11) Aunque los ilegales pagan impuestos y por su situación clandestina suelen infrautilizar los servicios públicos, gran parte de los tributos ingresan en las arcas federales. Y aunque la ad-

En este contexto, California sometió a referéndum legislativo (12) la proposición 187 lanzada en campaña electoral bajo el lema de *save our state* (SOS) [«salva nuestro estado» (13)] al objeto de frenar el flujo de inmigrantes ilegales a través de la denegación de prácticamente todas las prestaciones públicas de las que actualmente disfrutaban (14). La propuesta fue aprobada el 8 de noviembre de 1994, en una proporción de 59 por 100/41 por 100, pasando a tener fuerza de ley a partir del 9 de noviembre (15).

Nada más aprobada, fueron interpuestas sendas acciones judiciales por la vía estatal y federal solicitando la suspensión preventiva de la entrada en vigor de la ley, en vista de los irremediables daños que podrían derivarse de su ejecución y de la dudosa validez constitucional de la medida. Habiéndose accedido a las demandas, la proposición 187 se encuentra actualmente suspendida a la espera de que se pronuncien las respectivas instancias judiciales superiores. Se prevé que puedan pasar incluso años antes de que la Corte Suprema entre a resolver definitivamente la cuestión.

De acuerdo con la proposición 187, los extranjeros ilegales quedan excluidos del acceso a los centros públicos de enseñanza elemental y media (16) y a las universidades públicas (17). Quedan igualmente excluidos de la posibilidad de asistencia sanitaria pública, a excepción de la de carácter de emergencia que es de prestación obligatoria por mandato federal (18), así

ministración central reserva algunos fondos para los estados más afectados, abundan las quejas sobre la insuficiencia de las compensaciones.

(12) La Constitución de California prevé, en su art. II, § 8, que el pueblo de California ejerce poder legislativo cuando aprueba por referéndum leyes de iniciativa popular.

(13) El título oficial de la proposición legislativa es *Illegal Aliens. Ineligibility for public services. Verification and Reporting. Initiative statute* (Extranjeros ilegales. Inelegibilidad para prestaciones públicas. Verificación y notificación. Ley de iniciativa popular).

(14) En concreto, la sección primera de la proposición 187, reflejando la tensión social subyacente, dispone que el pueblo de California adopta la medida consciente de los daños que genera la inmigración ilegal en términos de criminalidad y perjuicios económicos, así como de su derecho a la protección de su gobierno frente a cualquier persona que entre ilegalmente en el territorio y al objeto de crear un mecanismo de cooperación entre las agencias locales y estatales y las federales y de establecer mecanismos de notificación entre las agencias pertinentes para impedir que los extranjeros ilegales puedan disfrutar de beneficios y prestaciones públicas en el estado de California.

(15) De acuerdo con el art. II, sec. 10, de la Constitución de California, las proposiciones aprobadas en referéndum cobran fuerza de ley al aprobarse y son de ejecución inmediata a no ser que ellas mismas dispongan lo contrario.

(16) Sección 7 de la proposición 187.

(17) Sección 8 de la proposición 187.

(18) Sección 6 de la proposición 187.

como, por último, de cualquier otro tipo de prestaciones sociales públicas (19).

Por lo que respecta al sistema de notificaciones, la proposición prevé que los distintos cuerpos de policía de California deben dar parte al servicio federal de inmigración de las personas detenidas en cualquier concepto sobre las que recaiga sospecha de residencia ilegal. Los agentes también tienen el deber de informar a la persona afectada sobre su aparente estado de ilegalidad y sobre la necesidad de que regularice su situación o abandone el país (20).

Similares obligaciones de notificación a las agencias federales de inmigración y al interesado recaen sobre las entidades públicas encargadas de la distribución de prestaciones sociales (21) y sobre los centros médicos (22), previniéndose, además, que tanto las prestaciones asistenciales como el tratamiento médico sean denegados ante la sospecha de residencia irregular y hasta la verificación de la legalidad de la estancia (23).

En cuanto a la enseñanza elemental, media y universitaria, se prevé un sistema progresivo de control de la legalidad de todos los niños y jóvenes matriculados (24), así como un sistema de notificación a los padres (o al interesado en el caso de la enseñanza universitaria) y al servicio de inmigración (25). Además, en el caso de la enseñanza elemental y media, el control se extiende al estatuto de los padres o guardianes legales (26), previniéndose la suspensión del derecho a la asistencia una vez transcurridos noventa días desde la notificación, plazo este que deberá servir para la tramitación del traslado del niño a un centro educativo del país de origen (27).

La polémica que ha suscitado la proposición 187 de California en Estados Unidos no se puede entender únicamente como un debate sobre los derechos que una nación debe o no garantizar a sus residentes irregulares cuando éstos

(19) Sección 5 de la proposición 187. Aunque los inmigrantes ilegales ya están excluidos de la mayor parte de las prestaciones públicas de los programas federales, tales como las prestaciones de desempleo o los bonos de alimentación, la medida afectaría a las ayudas sectoriales previstas para grupos vulnerables de la población (ancianos, ciegos y jóvenes con problemas), así como a las ayudas previstas para las familias necesitadas con hijos.

(20) Sección 4 de la proposición 187.

(21) Sección 5.c, 2 y 3, de la proposición 187.

(22) Sección 6.c, 2 y 3, de la proposición 187.

(23) Secciones 5.c, 1, y 6 de la proposición 187.

(24) Secciones 7.b-d y 8.b de la proposición 187.

(25) Secciones 7.e y 8.c de la proposición 187.

(26) Sección 7.d de la proposición 187.

(27) Sección 7.f de la proposición 187. Por último, en sus secciones 2 y 3 la proposición criminaliza a nivel estatal la manufactura, distribución, venta y uso de documentos ilegales introduciendo las pertinentes reformas en el Código Penal de California.

viven, crían a sus familias, trabajan y pagan impuestos en la comunidad. Lógicamente, lo que ha primado en la discusión han sido las consideraciones políticas sobre los posibles efectos perniciosos de la ley sobre la sociedad americana en general (28) o sobre la comunidad hispana.

No obstante, en el análisis que sigue pretendo centrarme en la discusión, no ya de la oportunidad política, sino de la constitucionalidad de la medida a la luz de sus declarados objetivos (29). El parámetro de constitucionalidad de referencia será el que ofrece la Constitución federal y no el de la Constitución de California (30). Asimismo, el foco de atención queda puesto sobre los extranjeros, obviando el problema de los efectos discriminatorios que la proposición pueda tener sobre los ciudadanos americanos. Por tratarse de una ley estatal, tampoco se tratará la compleja cuestión de la protección constitucional que el Estado federal debe a los extranjeros de acuerdo con la Constitución federal.

Por último, mi misión se dirige hacia un tipo muy concreto de extranjeros: los que se encuentran en el territorio del Estado de forma ilegal. Este es sin duda el tema más escabroso dentro de la doctrina de la Corte Suprema, dado que la mayor parte de los precedentes se refieren a la protección que los estados deben a los extranjeros que han sido aceptados por el gobierno federal en calidad de residentes. Dado que los mecanismos constitucionales en los que se asienta la jurisprudencia sobre extranjeros ilegales coinciden con los que tradi-

(28) Así, por ejemplo, se ha señalado que denegar el acceso a la asistencia sanitaria a personas con enfermedades contagiosas puede hacer peligrar la salud pública. Asimismo, denegar la educación pública a niños ilegales puede ir en detrimento de la seguridad y el orden públicos, en la medida en que la no escolarización de tales niños se traduzca, como es de esperar, en una progresiva degradación de su condición social y en un aumento de su conducta criminal. Otro de los grandes temas a debate es el de si en realidad la medida va a traducirse en ahorro o incremento del gasto público para California. Así, lo que a primera vista se plantea como un ahorro en prestaciones públicas tiene que ser ponderado a la vista de la posible reducción de ingresos tributarios de los extranjeros que abandonen el país, del gasto público que requeriría la ejecución de la medida y de la posible pérdida de ayudas federales que presumiblemente se derivarían tanto de la reducción del número de personas atendidas como de la descalificación de California para la obtención de las mencionadas subvenciones por no respetar los requisitos legales federales sobre la protección de la información confidencial de los usuarios.

(29) En el debate también se han subrayado los posibles efectos colaterales de la medida. Así, por ejemplo, ante el temor de que la policía indague sobre la legalidad de la residencia, se prevé que los ilegales que sean víctimas de crímenes puedan mostrarse extremadamente reticentes a denunciarlos, quedando relegados de esta forma a una situación de indefensión general.

(30) De ahí que todo lo dicho deba entenderse sin perjuicio de que de la Constitución de California se pueda derivar una protección constitucional adicional para los extranjeros que se encuentren en su ámbito jurisdiccional. Destacando la posibilidad de conflicto entre la proposición 187 y la Constitución de California, véase S. MAILMAN: «California's Proposition 187 and Its Lessons», en *New York Law Journal* (enero 1995), pág. 7.

cionalmente han servido de base a la doctrina constitucional sobre los extranjeros en general, procede exponerlos brevemente para apreciar luego la peculiar problemática que plantean los ilegales.

III. MECANISMOS DE PROTECCION CONSTITUCIONAL DE LOS EXTRANJEROS FRENTE A LA ACCION ESTATAL

Dos han sido los cauces constitucionales en los que se ha apoyado la Corte Suprema a la hora de revisar las leyes y medidas estatales que sancionan un trato diferenciado entre los extranjeros y los ciudadanos residentes. Por un lado, el principio de igualdad, que ampara también a los extranjeros, ha obligado a los estados a justificar las diferenciaciones sin que éstos hayan podido alegar que la expresa referencia de la Constitución Federal a la condición de ciudadano (31) abre sin más el camino a ulteriores distinciones entre las categorías de ciudadano y extranjero. Como se verá, junto a este mecanismo, y al amparo de la llamada doctrina de la *preemption* (doctrina de la prioridad), la Corte Suprema ha venido velando para que, en su actuación, los estados no se excedan en el ámbito de sus competencias entremetiéndose indebidamente en la política de inmigración y en las relaciones exteriores del país (32). Por partes.

(31) La enmienda XIV a la Constitución federal establece que todos los nacidos en territorio americano adquieren automáticamente la nacionalidad americana (U.S. Const., art. XIV, § I, cl. 1) y reserva las funciones de presidente (art. II, § I, cl. 5), senador (art. I, § 3, cl. 3) y diputado (art. I, § 2, cl. 2) para los ciudadanos americanos.

(32) Aunque el cauce competencial ha constituido, de acuerdo con la doctrina de la Corte, un parámetro adicional de control de la legislación estatal, en aras de una supuesta mayor coherencia doctrinal, algunos autores han defendido la conveniencia de unir en un solo hilo conductor de índole competencial los argumentos sustantivos y competenciales que hasta ahora han guiado a la Corte Suprema en la revisión de dicha legislación. Véanse, por ejemplo, PERRY: «Modern Equal Protection: A Conceptualization and Appraisal», en *Colum. L. Rev.*, 79 (1979), pág. 1023, y «The Equal Treatment of Aliens: Preemption or Equal Protection?», en *Stan. L. Rev.*, 31 (1977), pág. 1069. Lo cierto es que la Corte ha sido más bien poco sistemática a la hora de optar entre los dos parámetros de control constitucional, añorándose también una explicación clara de la interrelación entre ambos (véanse, por ejemplo, *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 [1971], apoyándose en ambos parámetros simultáneamente; *Toll v. Moreno*, 458 U.S. 1 [1982], resuelto en base a *preemption* exclusivamente, y *Sugarman v. Dougall*, 413 U.S. 634 [1973], resuelto en base a *equal protection* únicamente).

1. *La discriminación en razón de la condición de extranjero:
el principio de igualdad*

Desde muy pronto la Corte Suprema entendió que el principio de igualdad (*equal protection clause*) de la enmienda XIV a la Constitución federal (33) amparaba a todas las personas sobre el territorio americano (34). Sin embargo, hasta que en 1971, con *Graham v. Richardson* (35), la extranjería fue reconocida como causa específica de discriminación (36) (*suspect classification*), las leyes estatales que distinguían en razón de la condición de extranjero fueron sometidas a un control extremadamente tenue (37).

(33) La enmienda XIV a la Constitución federal prevé que ningún estado deberá, en su ámbito jurisdiccional, privar a persona alguna de la protección de las leyes en condiciones de igualdad (art. XIV, § 1, cl. 4: «nor shall (any state) deprive to any person within its jurisdiction the equal protection of the law»).

(34) Véanse *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356, 359 (1866), y *Wong Wing v. United States*, 163 U.S. 228 (1896).

(35) 403 U.S. 365 (1971).

(36) Tradicionalmente han sido dos los tipos de controles judiciales que han funcionado al amparo de la *equal protection clause* de la enmienda XIV. El *rational basis test* (o control de racionalidad) se conforma con la identificación de algún objetivo legítimo que pueda motivar la adopción de la ley y que esté racionalmente conectado a la distinción que la ley opera (véase, por ejemplo, *Lindsley v. Natural Carbonic Gas Co.*, 220 U.S. 61 [1911]).

Mucho más exigente es el *strict scrutiny test* (o control estricto). Este se aplica cuando la distinción legislativa se asienta en algún criterio de discriminación específica, siendo la raza (véase, por ejemplo, *McLaughlin v. Florida*, 379 U.S. 184, 192 [1964], sobre la discriminación de personas de color) y el origen nacional (véase, por ejemplo, *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 216 [1944], sobre la discriminación de americanos de origen japonés), prototipos de *suspect classifications*. El *strict scrutiny test* también opera cuando lo que la ley limita de forma significativa es el ejercicio de algún derecho fundamental (véase, por ejemplo, *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618, 634 [1969], sobre el derecho fundamental a la libre circulación interestatal). En el control estricto el juez no se conforma con que medie un interés legítimo cualquiera, sino que exige al legislador estatal o federal la alegación de un interés esencial (*compelling interest*), así como que no existan medios alternativos menos onerosos para la consecución del mismo.

(37) Aunque al amparo de lo que a partir de *Truax v. Raich*, 239 U.S. 33 (1915), pasó a conocerse como la doctrina del interés público especial (*special public interest doctrine*) se venía ya exigiendo que las discriminaciones contra extranjeros estuvieran asentadas en algún interés público especial, la amplitud con la que tal concepto se interpretaba sirvió para justificar la exclusión de los extranjeros de los más diversos sectores, actividades y beneficios públicos. Así, fueron declaradas constitucionales leyes estatales que prevenían la limitación del acceso de los extranjeros a los recursos naturales animales y minerales del país (*Patson v. Pennsylvania*, 232 U.S. 138 [1914], sobre la caza mayor, y *McCready v. Virginia*, 94 U.S. 391 [1876], acerca de la cría de marisco); al derecho de propiedad de la tierra (*Terrace v. Thompson*, 263 U.S. 197 [1923]); al empleo público (*Heim v. McCall*, 239 U.S. 175 [1915], y *Crane v. People of New York*, 239 U.S. 195 [1915]), y hasta a la gestión de salas de billar (*Ohio ex rel. Clarke v. Deckebach*, 274 U.S. 392 [1927]).

Graham v. Richardson invalidó las leyes de varios estados que exigían el requisito de la nacionalidad americana o, alternativamente, para los extranjeros, el de determinado número de años de residencia en el país como condición de acceso a determinadas prestaciones sociales. Según la Corte, siendo la extranjería un criterio diferenciador de dudosa validez constitucional, el mero deseo de privilegiar a los nacionales en el disfrute de prestaciones públicas no puede constituir un interés legítimo suficiente para discriminar a los extranjeros (38). Ni el genérico deseo de poner a los extranjeros en situación de desventaja con respecto a los nacionales ni cualquier otro interés público de carácter general satisfacen las exigencias de un control que requiere la alegación de un interés estatal esencial que, además, no pueda lograrse por medios menos onerosos (39).

Por su parquedad a la hora de justificar la inclusión de la extranjería entre los factores de discriminación específica desencadenantes del control judicial reforzado, la sentencia ha sido sin duda una de las más controvertidas en la materia (40). Entre los criterios barajados por la doctrina (41) para justificar la calificación de la condición de extranjero como *suspect classification* (42) figuran el hecho de que tal condición, al menos durante el tiempo de residencia

(38) 403 U.S. 365, 374.

(39) En concreto, la Corte en *Graham* estimó que ni la preocupación por la integridad fiscal del programa ni el deseo de limitar el gasto público justificaban el trato diferencial de residentes extranjeros que, al igual que los ciudadanos, pagan impuestos, pueden ser reclutados para las fuerzas militares y pueden de hecho llevar muchos años viviendo y trabajando en el estado contribuyendo a su crecimiento económico (403 U.S. 365, 376).

(40) Parte de la doctrina y un sector de los magistrados liderado por el actual presidente de la Corte Suprema, Chief Justice Rehnquist (véase, por todas, su opinión disidente en *Toll v. Moreno*, 458 U.S. 1, 41 [1982]), han mostrado su descontento con la doctrina, lo que explica la falta de consenso en muchas de las sentencias sobre extranjería posteriores a *Graham*.

(41) Véase, al respecto, «A Dual Standard for State Discrimination Against Aliens», en *Harv. L. Rev.*, 92 (1979), págs. 1512-1527 (1516).

(42) A lo largo de su jurisprudencia, la Corte Suprema se ha referido de forma más bien indirecta a los criterios en base a los cuales se puede considerar que una distinción legislativa levanta sospecha de inconstitucionalidad, siendo por consecuencia merecedora de un control judicial reforzado. Entre los criterios barajados destacan el que la distinción legislativa esté en claro conflicto con el propósito de abolir una sociedad de castas que históricamente animó la *equal protection clause* (véase H. KARST: «Foreword: Equal Citizenship Under the Fourteenth Amendment», en *Harv. L. Rev.*, 92 [1977], pág. 1); el que el grupo social al que se refiere la clase diferenciada haya sido objeto de persistente discriminación en el pasado (expresamente refiriéndose a este criterio, véase *San Antonio Indep. School Dist. v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 28 [1973]); el que la distinción pueda tener efectos estigmatizadores sobre un determinado grupo social; el que la clasificación esté basada en una característica o condición del individuo difícilmente alterables o, en todo caso, ajenos a la voluntad individual, y, por último, el que la discriminación se dirija contra una minoría social aislada y políticamente desventajada (véase, en este sentido, *United States v. Carolene Products. Co.*, 304 U.S. 144, 152-153, n. 4 [1938]).

requerido para la naturalización, no sea una condición alterable a voluntad del individuo; el que los extranjeros hayan sido un grupo históricamente discriminado (43), y, por último, el que los extranjeros cuenten con claras desventajas en el proceso político.

Aunque ni la selección de criterios ni su concreta aplicación al caso de los extranjeros haya sido lugar pacífico en la doctrina (44), desde *Graham* las discriminaciones estatales en razón de la extranjería siguen siendo sometidas, como regla general (45), a la rigurosa inspección judicial propia de las *suspect classifications* (46). De que ello siga siendo así dependerá, obviamente, el grado de protección que la *equal protection clause* preste a los extranjeros ilegales. Sin embargo, como se verá, tanto o más decisivo será el que la Corte pueda entender que, dentro de los extranjeros, el grupo de ilegales constituye un subgrupo, que, por sus peculiares características, no sería merecedor de tan elevada protección constitucional.

(43) Véase A. BICKEL: *The Morality of Consent*, New Haven, Yale University Press, 1975, págs. 46-48, describiendo la historia de discriminación contra extranjeros.

(44) Incluso la justificación defendida con mayor vigor en la doctrina, la de la carencia de derechos políticos que permitan al extranjero defender sus intereses en el juego político (véanse, por todos, G. ROSBERG: «Aliens and Equal protection: Why not the Right to Vote», en *Mich. L. Rev.*, 75 [1977], pág. 1105 [1092], y el magistrado Blackmun en su opinión concurrente en *Toll v. Moreno*, 458 U.S. 1, 22-23 [1982]), ha sido polémica entre autores de la doctrina y algunos magistrados que subrayan la rareza de que tales privaciones de derechos, de por sí constitucionalmente intachables, puedan sin embargo servir de base para sentar la presunción de inconstitucionalidad de las leyes que discriminan contra extranjeros precisamente en razón de la vulnerabilidad política en que tales exclusiones necesariamente se traduce (véase, por todos, la opinión disidente de Rehnquist en *Toll v. Moreno*, 458 U.S. 1, 41 [1982]).

(45) La única excepción significativa la constituyen las exclusiones de extranjeros de funciones públicas que impliquen el ejercicio de potestad soberana estatal que la Corte Suprema se conforma con someter a un control mínimo de racionalidad. La doctrina, conocida con el nombre de *political function exception* (excepción de la función pública), fue formulada por primera vez en calidad de *obiter dictum* en *Sugarman v. McDougall* (413 U.S. 634 [1973]). De contornos cada vez más borrosos, la *political function exception* ha llegado a amparar la exclusión de extranjeros del cuerpo estatal de policías (*Foley v. Connelie*, 435 U.S. 291 [1978]) e incluso de la enseñanza pública (*Ambach v. Norwick*, 441 U.S. 68 [1979]), amenazando de este modo la excepción con acabar con la regla general.

(46) Aplicando el *strict scrutiny test*, la Corte ha invalidado, por su carácter discriminatorio, medidas que dificultaban el acceso de extranjeros a determinadas prestaciones sociales (*Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 [1971]); a ayudas para la realización de estudios universitarios (*Nyquist v. Mauclet*, 432 U.S. 1 [1977]); a la admisión al ejercicio de la abogacía (*Application of Griffiths*, 413 U.S. 717 [1973]) y de la notaría (*Bernal v. Fainter*, 467 U.S. 216 [1984]); a la adquisición de la licencia de ingeniero civil (*Examining Bd. of Eng'rs, Architects & Surveyors v. Otero*, 426 U.S. 572, 606 [1976]), e incluso al acceso de forma indiscriminada y general a cualquier tipo de cargo público (*Sugarman v. McDougall*, 413 U.S. 634, 646 [1973]).

2. *Los límites competenciales de la acción estatal en materia de extranjería*

Los poderes federales son sin duda los protagonistas en la materia de extranjería. La Constitución federal reserva al Congreso la competencia exclusiva de regular de forma homogénea la naturalización en el país (47). Además, el ejecutivo federal goza de plena potestad sobre las relaciones y el comercio internacionales, así como de la facultad de controlar la frontera del país (48). A mayores, la Corte Suprema ha interpretado tales reservas en un sentido amplio incluyendo en ellas la definición de la política de inmigración del país y la determinación de las condiciones de acceso y residencia de extranjeros en el territorio nacional, al considerar que tales asuntos son expresión de soberanía nacional y pueden incidir sobre las relaciones exteriores del país (49).

Ante la declarada naturaleza política de la inmigración, y en aras del máximo respeto hacia la discreción del Congreso en la materia, la Corte ha procurado limitar tanto sus propias facultades de control de la acción federal (50) como las facultades legislativas de los estados en la materia. Ahora bien, aunque se entienda que la determinación de las condiciones genéricas de acceso y residencia en el país queda cubierta por la competencia federal en materia de inmigración, no toda ley estatal que de alguna manera aluda al criterio diferenciador de la nacionalidad ha de entenderse como interferencia en la política inmigratoria de la nación. La dificultad, claro está, reside en trazar la línea que separe lo que es política inmigratoria de lo que no lo es. La jurisprudencia de la Corte no ayuda a resolver la cuestión de forma taxativa (51).

(47) Véase U.S. Const., art. 1, § 8, cl. 4.

(48) Véase *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202, 225.

(49) Véanse, por ejemplo, *Takahashi v. Fish & Game Comm'n*, 334 U.S. 410 (1948), y *Hines v. Davidowitz*, 312 U.S. 52 (1941).

(50) Para un análisis de la jurisprudencia de la Corte sobre la protección constitucional de los extranjeros frente a la acción discriminatoria federal, véanse K. L. KARST: «The Fifth Amendment's Guarantee of Equal Protection», en *N. Car. L. Rev.*, 55 (1977), pág. 541; G. M. ROSBERG: «The Protection of Aliens from Discriminatory Treatment by the National Government», en *The Supreme Court Review* (1977), pág. 275; «Legal Status of Undocumented Aliens: in Search of a Consistent Theory», *op. cit.*, págs. 701-708.

(51) El art. VI, cl. 2, de la Constitución federal contiene la *supremacy clause* (principio de supremacía), que sirve de parámetro constitucional de los conflictos de jerarquía normativa y competenciales. Aunque literalmente se limite a la sanción de la supremacía normativa de la Constitución y de las leyes federales que se promulguen de acuerdo con la misma, en virtud de su interpretación jurisprudencial, ha servido de base a la llamada doctrina de la *preemption* (doctrina de la prioridad). De acuerdo con tal doctrina, quedan anuladas no sólo las leyes estatales que vayan contra la Constitución o las leyes federales, sino también aquellas que regulen indebida-

Limitando el margen de maniobra de los estados, la Corte ha mantenido que los estados no deben burlar la decisión federal de admitir al extranjero a la globalidad del territorio nacional a través de la imposición de condiciones de residencia que dificulten de forma extrema la posibilidad real de subsistencia (52). Por encima de este umbral, la Corte ha reducido el margen de maniobra de los estados de dos maneras. Una, entendiendo que no ya sólo el imperativo constitucional de la *equal protection clause*, sino también las leyes federales, sancionaban una política de igualdad, en virtud de la cual todas las personas que residen legalmente en el país han de poder vivir en cualquier estado en igualdad de privilegios legales y al amparo de leyes no (53). Y otra, interpretando que la legislación federal sobre el régimen general de la extranjería (54) debe leerse como un esquema regulatorio exhaustivo en la materia (55).

Por último, la Corte tampoco se ha mostrado favorable a que los estados se valgan de determinadas categorías de extranjeros, definidas en leyes federales, con la finalidad de agravar las condiciones de residencia con limitaciones que no deriven directamente de la propia configuración federal de la categoría. Dada la amplitud de los poderes constitucionales de la federación, en principio, los estados no pueden añadir ni quitar nada a las condiciones legales que siente el Congreso acerca de la admisión, naturalización y residencia de extranjeros en el país (56).

mente ámbitos competenciales reservados a la titularidad de los poderes federales (bien por mandato constitucional expreso, bien por declaración expresa del Congreso) o ámbitos que estén ya exhaustivamente cubiertos por regulación federal en la materia.

(52) Entre estas condiciones figuran, por ejemplo, la de impedir el ejercicio digno de una actividad laboral (*Truax v. Raich*, 239 U.S. 42 [1915]) y la de vetar el acceso a prestaciones sociales sin las cuales la residencia puede resultar poco viable (*Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 [1971]).

(53) Véase *Takahashi v. Fish and Game Commn.*, 334 U.S. 410, 418-419, haciendo una interpretación extensiva de leyes federales que sancionan la igualdad racial en el país. Además, de acuerdo con la doctrina de la Corte, ni siquiera la autoridad federal puede autorizar a los estados a adoptar medidas en violación del mandato de la *equal protection clause* (véase *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365, 382). La Corte deja así entrever las limitaciones que la doctrina de la *equal protection clause* puede imponer a una lógica de índole exclusivamente competencial.

(54) Fundamentalmente, el *Immigration and Nationality Act* (INA) (Ley de inmigración y nacionalidad) de 1952, aunque también el *Immigration Control and Reform Act* (IRCA) (Ley de Control y Reforma de la Inmigración) de 1986 y el *Immigration Act* (Ley de Inmigración) de 1990.

(55) Véase *Elkins v. Moreno*, 435 U.S. 647, 664-666 (1978), en que la Corte desechó la posibilidad de que el estado se basara únicamente en la existencia de la categoría de funcionario de organismos internacionales definida en el INA para imponer al grupo restricciones sobre la posibilidad de domiciliación local no previstas expresamente en la ley.

(56) En este sentido, se aprecia una evolución jurisprudencial. En un primer momento, la Corte no parecía objetar a que los estados se valieran internamente de categorías federales. En

Ahora bien, dado que los inmigrantes ilegales lo son porque acceden al territorio estatal en violación de las leyes federales, no parece que frente a las eventuales medidas de los estados contra tales extranjeros pueda tener validez el argumento de que, al adoptarlas, los estados están atentando contra una política federal en favor de la igualdad o plenitud de derechos de los extranjeros admitidos al territorio. Lo que sí que puede suponer un obstáculo es entender que la lucha contra la inmigración ilegal, sobre todo cuando la misma alcanza determinadas dimensiones, debe constituir parte de la política migratoria de la nación y, por tanto, quedar relegada al ámbito competencial federal. Por último, también hay que tener en cuenta que aunque no se las considere contrarias a la competencia exclusiva de los poderes federales, las concretas medidas estatales pueden resultar lesivas de los preceptos constitucionales y federales que sancionan las garantías y derechos asociados a la presencia más o menos continuada de los ilegales en el territorio nacional (57).

IV. EL ESTATUTO DE LOS EXTRANJEROS ILEGALES

Aunque escasas, las sentencias de la Corte Suprema que se refieren a los extranjeros ilegales ayudan a aclarar su postura sobre las cuestiones apenas suscitadas. De ellas, y de la voluntad de la Corte de respetar o apartarse de su anterior doctrina, parece depender la resolución del control de constitucionalidad de la proposición 187.

este sentido, véase, por ejemplo, *Terrace v. Thompson*, 263 U.S. 197 (1923), en que la Corte Suprema entendió válido el uso que el estado hacía de la distinción federal entre extranjeros naturalizables y no naturalizables para denegar a estos últimos la facultad de adquirir y transmitir tierra. En sentencias posteriores, la Corte se aparta claramente del precedente. Véanse *Takahashi*, 334 U.S. 410, 418-419, y *Hines v. Davidowitz*, 312 U.S. 52, 66.

(57) En todo caso, hay que tener en cuenta que el que la Corte se decante en favor de una competencia federal amplia en la materia puede servir de base a la invalidación de medidas estatales concretas, pero, en último término, no tiene por qué traducirse en un mayor grado de protección constitucional de los ilegales. Así, aunque cuando la Corte Suprema ha detectado la extralimitación competencial de los estados, lo ha hecho casi siempre para invalidar limitaciones adicionales al estatuto residencial de los extranjeros legales, otras consideraciones entran en juego en el caso de los ilegales. Sin el respaldo de una política federal que les sea favorable, y ante la mayor reticencia de la Corte a la hora de revisar la acción federal en materia de inmigración, la resolución de la cuestión competencial en favor de los poderes federales puede significar un llamamiento a los poderes federales a que entren a regular la cuestión; pero, de hecho, acabar colocando a los ilegales en un ámbito de mayor discrecionalidad política y, consiguientemente, de menor amparo constitucional.

1. *De Canas v. Bica*

En *De Canas v. Bica* (58) la Corte Suprema se esfuerza por definir los límites de lo que en un sentido estricto deba considerarse competencia federal en materia de inmigración. Según la Corte, tal competencia abarca principalmente el poder de determinar quién debe y quién no debe ser admitido en el país, así como las condiciones bajo las cuales un residente legal puede permanecer. Sin embargo, el hecho de que determinada regulación estatal pueda tener efectos indirectos sobre la inmigración del país no la convierte de por sí en regulación de inmigración en sentido estricto ni prejuzga, consiguientemente, su inconstitucionalidad por extralimitación competencial (59).

A debate estaba la validez constitucional de una ley de California que prohibía el empleo de extranjeros ilegales a sabiendas, siempre que dicho empleo pudiera tener efectos perjudiciales sobre los residentes legales del Estado (60). En *De Canas*, la Corte Suprema entiende que la regulación del empleo de extranjeros ilegales queda avalada por el interés general del estado en regular las condiciones del mercado de trabajo y fortalecer su economía ante la clara repercusión que tal empleo puede tener en la determinación de las condiciones laborales de los trabajadores en situación regular y en la efectividad de su protección sindical (61).

Además de la delimitación estricta de la competencia federal y de la identificación de un interés autónomo y fuerte del Estado en la regulación del empleo de ilegales, dirimir la cuestión competencial requiere, según la Corte en *De Canas*, comprobar si el sector estaba reservado a la regulación federal a raíz de que el Congreso hubiera expresamente declarado su intención de ocuparlo

(58) *De Canas v. Bica*, 424 U.S. 351 (1976). El magistrado Brennan expresa la opinión unánime de la Corte.

(59) 424 U.S. 351, 355. A la luz de la argumentación de la Corte en *De Canas*, la anterior doctrina, en virtud de la cual *cualquier* gravamen sobre el estatuto del extranjero no previsto expresamente por el Congreso atenta contra la regulación federal de inmigración, más que quedar abolida, parece circunscrita al caso de los extranjeros legales, dado que éstos, y no los extranjeros ilegales, constituyen el objeto principal de la regulación y políticas federales. Así lo reconoce la Corte expresamente en *De Canas* al citar, sin contrariar, la doctrina tradicional (424 U.S. 351, 357, n. 6) y lo confirma una sentencia posterior (*Toll v. Moreno*, 458 U.S. 1 [1982]). Véase, sin embargo, el voto disidente del magistrado Rehnquist en esta última sentencia proponiendo una lectura más amplia de *De Canas* al objeto de reconducir toda la jurisprudencia anterior de la Corte sobre acción estatal discriminatoria en razón de la extranjería a una lógica competencial que además sea resuelta a través de una aplicación más estricta y, por tanto, menos intrusiva en la competencia de los estados, de la doctrina tradicional de *preemption* (458 U.S. 1, 26-32).

(60) *California Labor Code Ann* § 2805 (a).

(61) 424 U.S. 351, 355-356.

en exclusividad (62). Sin embargo, la Corte no identifica la requerida declaración. Por un lado, se declara no dispuesta a presumirla de la mera promulgación de la Ley de Inmigración y Naturalización (en adelante, INA), cuyo objeto principal es el de la regulación de los términos y condiciones de entrada y residencia de los extranjeros en condiciones regulares (63). Por otro, constata la existencia de una ley federal que refleja el deseo de que sean los estados quienes la regulen (64). Según la Corte, la propia pasividad del Congreso al no adoptar medidas generales para regular el empleo de ilegales refleja su entender de que el asunto aún no requiere una regulación nacional homogénea, siendo suficiente su gestión local por parte de cada estado (65).

Descartada la posibilidad de intromisión en la competencia federal, la Corte cree necesario analizar el impacto que la regulación estatal puede tener sobre la federal, expresada no sólo en el tenor literal del INA, sino también en los propósitos y objetivos generales del Congreso a la hora de adoptar dicha ley. Sin embargo, en *De Canas* la cuestión queda remitida a los tribunales inferiores al entender la Corte que es a éstos a quienes compete resolverla en primera instancia una vez desechado el argumento general de la extralimitación competencial en que tales tribunales habían apoyado sus decisiones (66). Por todo esto, la Corte entiende que la ley de California es, en principio, conforme a la Constitución.

Resumiendo, *De Canas* confirma la singularidad de la extranjería ilegal con respecto al parámetro competencial tal y como éste venía siendo aplicado en materia general de extranjería. Por un lado, la Corte desecha la posibilidad de que la adopción de medidas estatales que puedan afectar a los extranjeros ilegales pueda sin más constituir ya una intromisión en la competencia federal en materia de inmigración. Sin embargo, por otro, en un intento de seguir siendo lo más respetuosa posible con dicha competencia, la Corte vela para que la medida estatal no atente contra la manifiesta voluntad del Congreso de ocupar el ámbito regulatorio, para que no resulte lesiva de la legislación fe-

(62) 242 U.S. 351, 356.

(63) 424 U.S. 351, 358-359.

(64) La Corte hace mención a una ley federal (*Farm Labor Contractor Registration Act*) que prevé determinadas sanciones en detrimento de quienes contraten a trabajadores ilegales para la realización de faenas agrícolas, a modo de complemento de la acción sancionatoria estatal (424 U.S. 351, 361-362).

(65) 424 U.S. 351, 360, n. 9.

(66) 424 U.S. 351, 363-365. De todas formas, la Corte parece avanzar su parecer cuando señala que realmente la legislación de California más que perjudicar refuerza la protección federalmente prevista para los extranjeros legales en el INA, dado que también este grupo de personas se puede ver perjudicado por la competencia que supone la mano de obra ilegal (424 U.S. 351, 358, n. 6).

deral existente y, por último, para que no tenga efectos que puedan comprometer los objetivos federales en política inmigratoria.

2. *Plyler v. Doe*

Aunque *De Canas* puede resultar de gran interés a la hora de dirimir las cuestiones competenciales que plantea la proposición 187, el precedente que más claramente puede obstaculizar su plena constitucionalidad es *Plyler v. Doe* (67). Resuelto en 1982, el caso suscitó una acalorada polémica revivida a la sazón del referéndum legislativo de California. A debate entonces estaba la constitucionalidad del § 21.031 del Código de Educación de Texas (68), que autorizaba a las escuelas públicas a cobrar tasas a los niños que no hubieran sido admitidos legalmente en los Estados Unidos e incluso a denegarles la posibilidad de matrícula. Ante los tribunales inferiores, la ley encontró objeciones de inconstitucionalidad al considerársela lesiva de la *equal protection clause* y de la doctrina competencial de la *preemption*. Ante la Corte Suprema, el magistrado Brennan fue ponente de la opinión de la mayoría (69).

Lo primero que la Corte confirma en *Plyler* es que la enmienda XIV y su *equal protection clause* amparan también a las personas con residencia ilegal en el país, desechando de esta manera la ficción interpretativa formulada por el estado, en virtud de la cual ha de entenderse que un extranjero ilegal no está propiamente dentro del ámbito de la jurisdicción estatal. La Corte es contundente a la hora de afirmar que la entrada ilegal, que sin duda puede servir de motivo de expulsión del territorio, no permite, sin embargo, ignorar el hecho de la presencia física del extranjero, hecho tan determinante de su deber de sujeción al cumplimiento de las leyes civiles y penales como de su derecho a la protección de las leyes del país en condiciones de igualdad (70).

Más complicada se presenta la cuestión de saber qué tipo de control judi-

(67) 457 U.S. 202 (1982).

(68) *Texas Education Code Ann. & 21.031 (Vernon Cum. Supp. 1981)*.

(69) El grado de controversia del caso se pone de manifiesto si se observa que la mayoría ganó por un solo voto de diferencia. Aun así, tres de los cuatro magistrados que concurrieron con Brennan (Marshall, Blackmun y Powell) formularon votos particulares, mientras que los cuatro magistrados en desacuerdo se expresaron en una opinión disidente conjunta.

(70) 457 U.S. 202, 210-215. En este pasaje, la Corte señala que el objetivo que se perseguía con la incorporación de la *equal protection clause* a la Constitución federal, el de eliminar todo tipo de legislación de castas, quedaría claramente desatendido si se considerara que determinadas personas están sometidas al cumplimiento de la ley sin gozar al mismo tiempo de su amparo. Véase también E. HULL: «Undocumented Alien Children and Free Public Education: an Analysis of *Plyler v. Doe*», en *U. Pitt. L. Rev.*, 44 (1983), pág. 409.

cial merecen exactamente las leyes que, como la de Texas, discriminan en base a la condición de extranjero ilegal. Brennan reconoce que la realidad social de «una casta permanente de extranjeros residentes indocumentados motivados por parte de un sector de la sociedad a permanecer en tanto que mano de obra barata y, sin embargo, excluidos del disfrute de beneficios que nuestra sociedad ofrece a sus ciudadanos y residentes legales» (71) resulta problemática en una nación que se precia de respetar el principio de igualdad.

No obstante, el magistrado ponente rechaza que la condición de extranjero ilegal pueda sentar de por sí las bases de una *suspect classification* en la medida en que la inclusión en la clase no sólo es producto de una opción voluntaria del individuo, sino que presupone la comisión de un ilícito como es el de la entrada ilegal en el país. Según Brennan, tratar el estatuto de extranjería ilegal como simple irrelevancia constitucional sería ignorar los poderes que asisten al gobierno federal a la hora de dirigir la política exterior del país decidiendo, entre otras cosas, qué extranjeros pueden tener acceso al territorio y quiénes de entre ellos pueden adquirir la nacionalidad. Y aunque en principio los estados carecen de este tipo de facultades, nada les impide valerse de las clasificaciones federalmente establecidas (72).

A continuación, Brennan descarta también la posibilidad de que haya un derecho fundamental en juego, y con ello, la segunda vía de acceso al control judicial reforzado al acogerse a la anterior doctrina de la Corte, en virtud de la cual el derecho a la educación no merece la calificación de derecho fundamental (73). Sin embargo, después de constatar que ni estamos ante una *suspect classification* ni hay un derecho fundamental en juego, Brennan se decanta por un control judicial elevado. En una de las argumentaciones más polémicas de la sentencia, el magistrado ponente concluye que la imposición de por vida de la tara de analfabetismo sobre un grupo específico de niños ino-

(71) 457 U.S. 202, 219.

(72) 457 U.S. 202, 219 n. 19. Algunos autores han añorado que la Corte justificara de forma más elaborada su decisión de excluir a los extranjeros ilegales de la más genérica *suspect class* de los extranjeros. Después de todo, este subgrupo de extranjeros carece de cualquier oportunidad de hacer valer sus intereses en el proceso político dado que los ilegales no sólo no pueden votar, sino que ni siquiera pueden salir a la luz pública para expresar sus intereses y necesidades e influir de esta manera en el resto de la comunidad. Además, la indefensión política de los niños aquí implicados se vería agravada por el hecho de que éstos ni siquiera pueden contar con que sus padres actúen públicamente en defensa de sus intereses. A ello se añade el hecho de que el grupo de ilegales ha sido claramente objeto de explotación y discriminación en el pasado. Por último, a falta de un acto discrecional por parte del Congreso, la condición de extranjero ilegal es inalterable a voluntad del individuo. En este sentido, contrástense las posturas doctrinales de E. HULL: *op. cit.*, pág. 419, y T. GERETY: *op. cit.*, pág. 394.

(73) *San Antonio School of Education v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 35 (1973).

centes requiere la alegación de un interés *sustancial* por parte del estado, capaz de contrarrestar los costes que para el país (74) y para los niños se derivarían de la medida en cuestión (75).

La justificación que Brennan ofrece en la sentencia se asienta en una doble consideración. Por un lado, está el hecho de que lo que hay en juego, la educación, sin ser un derecho fundamental, tampoco puede tratarse como un mero beneficio público (76) dada su importancia tanto para el desarrollo personal de los afectados (77) como para la sociedad en general (78).

La segunda consideración decisiva es que dentro de los extranjeros ilegales, el subgrupo al que la medida va específicamente dirigida, está constituido por menores que no pueden ser considerados responsables de su estatuto de ilegalidad en el país al no haber podido decidir ni afectar la conducta de sus padres y, consiguientemente, su propia condición de extranjeros ilegales. Según la Corte, cargar a los hijos con las consecuencias de la conducta ilícita de sus padres va contra los más fundamentales principios de justicia (79).

(74) En su opinión concurrente, Powell se refiere de manera expresa al previsible aumento de la criminalidad, del desempleo y de la demanda de prestaciones sociales en que se traduciría la aplicación de la medida legislativa, 457 U.S. 202, 241.

(75) 457 U.S. 202, 224.

(76) 457 U.S. 202, 221.

(77) Según la mayoría, privar a niños de educación implica aminorar de forma casi segura e irreparable sus posibilidades de bienestar futuro en el terreno social, económico, intelectual y hasta psicológico. Privar de educación a un grupo social, de por sí ya políticamente desventajado, implica agravar la indefensión de sus miembros en el proceso político. Concretamente, en el caso de los niños de ilegales, significa además privarlos de los medios de los que éstos podrían valerse para elevar su autoestima dañada por una mayoría hostil y progresar socialmente gracias al mérito individual. Ni siquiera lo incierto de que estas personas vayan a pertenecer algún día a la comunidad política, votando o ejerciendo algún otro tipo de función pública, justifica la medida. Y ello porque, en realidad, puntualiza Brennan, es sabido que de hecho muchos van a quedarse en Estados Unidos indefinidamente y, entre ellos, algunos incluso llegarán algún día a ser ciudadanos americanos. Brennan se apoya en estadísticas presentadas por expertos ante los tribunales inferiores en virtud de las cuales entre el 50 y el 60 por 100 de los trabajadores extranjeros del momento fueron en su día inmigrantes ilegales (457 U.S. 202, 222).

(78) Brennan destaca que la educación presenta un interés público que trasciende el interés individual de los afectados en la medida en que sirve de mecanismo de difusión de valores esenciales para el mantenimiento del orden social, las instituciones del país y su legado cultural y político (457 U.S. 202, 422).

(79) 457 U.S. 202, 220-221. En concreto, Brennan se apoya en la analogía entre estos niños ilegales y los hijos naturales o ilegítimos. Marshall, en nombre del sector disidente, rechaza los argumentos de la mayoría alegando que la *equal protection clause* no pretende ser un igualador social de todas las posibles diferencias o desventajas ajenas a la responsabilidad individual, sino sólo de aquellas de naturaleza arbitraria. De acuerdo con la voz disidente, la analogía con los hijos ilegítimos además es errónea porque la condición de extranjero ilegal no es un estatuto que

Entrando ya en la concreta aplicación del control judicial reforzado, Brennan concluye que no existe ningún interés suficientemente importante como para justificar la medida del legislador de Texas. En primer lugar, son rechazados los posibles intereses relacionados con la política nacional de inmigración. Al hacerlo, la Corte, que declara su intención de resolver el caso en base a la doctrina de la *equal protection*, evitando así el parámetro competencial (80), parece introducir este último por la puerta trasera. Y ello con el consiguiente perjuicio de oscurecer la ya turbia interrelación entre ambos parámetros. Sin llegar a formular de forma expresa el alcance de sus apreciaciones, la Corte entiende que el legislador de Texas, en su actuación, no se ha podido amparar en ninguna política federal de inmigración, siendo incluso posible que de hecho esté comprometiendo algún aspecto de la misma.

Así, según Brennan, la presunta desaprobación de la presencia de ilegales en el territorio nacional por parte del Congreso no legitima de por sí la autoridad de los estados para agravar la condición de éstos con otro tipo de impedimentos y desventajas. A falta de competencia en la materia de inmigración, los estados carecen del necesario margen de discreción para establecer clasificaciones o usar libremente clasificaciones federales, salvo que puedan demostrar que su acción refleja objetivos federales y está motivada por un legítimo y específico interés estatal (81).

De acuerdo con la Corte, no hay evidencia alguna de que la conservación de recursos educativos haya sido alguna vez una preocupación del Congreso a la hora de limitar la inmigración en el país (82). Además, la ley de Texas puede entenderse en conflicto con el esquema de regulación federal en la medida en

le sea impuesto al individuo a la hora de su nacimiento, sino que es más bien consecuencia del legítimo ejercicio de las prerrogativas que el Congreso tiene constitucionalmente reconocidas. En realidad, más que decir que los niños en cuestión estén siendo penalizados por el estatuto de sus padres habría que decir que lo están siendo por el suyo propio, como lo demuestra el hecho de que los hijos de ilegales nacidos en territorio americano (y, por tanto, con la nacionalidad americana) no quedan excluidos de la educación a pesar de la situación de ilegalidad de sus padres (457 U.S. 202, 445-446).

(80) 457 U.S. 202, 210 n. 8.

(81) 457 U.S. 202, 225. La Corte distingue el caso en cuestión de *De Canas*, al entender que allí la ley estatal reflejaba la política federal de prohibir el empleo de todos aquellos que carecen de permiso de trabajo en el país. En realidad, la Corte parece estar reformulando la doctrina de *De Canas*, en virtud de la cual la adopción de medidas contra la inmigración ilegal no tiene por qué considerarse de por sí una intromisión en materia de inmigración y sólo ha de anularse en el caso de que comprometa la política inmigratoria del país entendida en sentido amplio. En contra de la lectura que *Plyler* hace de la sentencia, *De Canas* no parece exigir, como condición de validez, el que las medidas estatales se apoyen en una concreta política inmigratoria federal.

(82) 457 U.S. 202, 226.

que, aunque los extranjeros en cuestión sean deportables, el que tal deportación vaya a tener lugar depende únicamente de que las autoridades federales, llegado el momento oportuno, les exima o no de su ejecución (83). Dado lo delicado de la cuestión, la Corte, en todo caso, se resiste a imputar al Congreso la intención tácita de privar a estos niños de educación y concluye que sólo la existencia de un interés sustancial por parte del estado puede salvar en último término la constitucionalidad de la ley (84).

A la hora de buscar el posible interés de Texas, la Corte contempla y desecha las distintas opciones que se le presentan. La voluntad de preservar los recursos económicos en favor de los residentes legales no constituye de por sí un interés suficiente (85). Y aunque Brennan reconoce el interés público del estado en evitar los perjuicios económicos y sociales asociados a un flujo de inmigración ilegal que el gobierno federal se demuestra incapaz de frenar, no parece igualmente dispuesto a admitir que la inmigración ilegal repercuta efectivamente de forma negativa en la economía estatal en términos globales ante la evidencia de que los inmigrantes ilegales contribuyen con su trabajo e impuestos a la economía del estado, mientras que claramente infrutilizan los servicios públicos (86).

Aun asumiendo que el perjuicio global se diera, según Brennan, fallaría la necesaria conexión entre los medios y el fin que la medida legislativa se propone alcanzar. No está en absoluto claro que privar de educación pública a los hijos sea un medio eficaz de frenar la llegada de personas fundamentalmente motivadas por las oportunidades laborales, sobre todo si se lo compara con la alternativa de prohibir el empleo de extranjeros ilegales (87).

(83) 457 U.S. 202, 226.

(84) 457 U.S. 202, 226.

(85) Brennan no justifica el argumento, sino que se limita a la mención del precedente de *Graham v. Richardson*, 457 U.S. 202, 227. Obsérvese, sin embargo, que *Graham* trataba de extranjeros con residencia autorizada. Por el contrario, el voto disidente no tiene dificultad alguna en admitir el interés legítimo del estado en distinguir entre extranjeros legales e ilegales a la hora de distribuir los limitados recursos públicos del estado (457 U.S. 202, 250).

(86) 457 U.S. 202, 228.

(87) 457 U.S. 202, 228. Por el contrario, para la opinión disidente que entiende que, a falta de derecho fundamental o de una *suspect classification* en juego, basta con un control mínimo de racionalidad, el interés alegado es suficiente para justificar la medida legislativa: aun aceptando que no sean las más eficaces para frenar por completo el flujo de inmigrantes ilegales, no deja de ser razonable que Texas adopte medidas que sirvan para desincentivar la entrada subrepticia de familias enteras con intención de establecerse definitivamente. La inmigración clandestina de familias enteras presumiblemente acarrea mayores problemas económicos y demográficos que la de trabajadores de temporada que típicamente vienen sin sus familias y por un período limitado de tiempo (457 U.S. 202, 249 n. 10).

En cuanto al alegado interés por mejorar la calidad de la enseñanza, el problema, según la Corte, es que los mismos términos en los que el interés se formula presuponen aceptar, sin más, que las necesidades educativas de los otros niños merecen mayor consideración que las de los niños ilegales. Sin embargo, dada la igualdad de necesidades y la igualdad de costes que implica la educación de ambos grupos de niños, no basta con simplemente argüir, sin justificar, que la exclusión de un grupo se traduce en un ahorro ventajoso para la educación del otro (88).

Por último, el hecho de que haya una menor probabilidad de que los niños ilegales vayan a quedarse en calidad de residentes permanentes, pudiendo de tal manera contribuir con los retornos sociales y políticos de la educación que les fue dada, tampoco constituye un interés suficiente. Aun asumiendo que dicho interés fuera legítimo, la Corte señala que se trata de un interés de difícil cuantificación. En realidad, el estado carece de cualquier tipo de evidencia de que ninguno de los niños a los que educa vaya algún día a usar la educación recibida en aras del interés público.

Por otro lado, dado lo incierto de que los niños ilegales lleguen a ser deportados algún día, y siendo esto algo que depende exclusivamente del gobierno federal, lo que, según la Corte, parece claro es que el estado no puede estar interesado en crear y perpetuar dentro de su territorio una subclase en la población formada por analfabetos. Los costes sociales que derivarían de esta realidad excederían con creces los ahorros en educación (89). Ante la ausencia de intereses estatales suficientemente relevantes que la justifiquen, la mayoría declara la medida inconstitucional (90).

Sintetizando, aunque *Plyler* introduce una cierta confusión en la aplicación del parámetro competencial a las medidas estatales dirigidas a los inmigrantes ilegales y en la conexión de dicho parámetro con el que ofrece el principio de igualdad, resulta de enorme interés por su doctrina sobre el principio de igualdad (91). Por lo que respecta a esta última, *Plyler* apunta hacia la conve-

(88) 457 U.S. 202, 259.

(89) 457 U.S. 202, 229-230.

(90) Algunos autores y los magistrados que suscriben el voto disidente acusan a la mayoría de haber entrado, en su forma de proceder, en un juicio de valoraciones políticas, usurpando el terreno del legislador federal al objeto de contrarrestar la pasividad del Congreso ante el problema de la inmigración ilegal (457 U.S. 202, 254).

(91) Sin embargo, el hecho de que *Plyler* fuera decidido por un solo voto de diferencia y de que tres de los cinco magistrados de la mayoría formularan votos concurrentes subrayando el carácter absolutamente singular del caso dificultan la concreción de su alcance doctrinal. Para un análisis más detallado de las cuestiones doctrinales que *Plyler v. Doe* deja sin resolver, véase D. J. HUTCHINSON: «More Substantive Equal Protection? A Note on *Plyler v. Doe*», en *The Supreme Court Review*, 167 (1982).

niciencia de un control reforzado, al menos de las medidas discriminatorias que afectan al sector más vulnerable, el de los menores ilegales (92).

V. EL FUTURO INCIERTO DE LA PROPOSICION 187

A la luz de la jurisprudencia expuesta, es difícil predecir el futuro de la proposición 187 del estado de California. El hecho de que los defensores de *Plyler* no estén ya en la Corte, y sí algunos de sus claros rivales, llena de esperanza a los que ven en la proposición de California una invitación expresa a que una Corte, de tendencia claramente más conservadora que la de 1982, rompa con el precedente y abra para el futuro el camino a seguir por parte de otros estados e incluso del Estado federal en materia de inmigración ilegal (93). En todo caso, aquí sólo se trata de señalar los parámetros en los que tendrá que moverse la Corte y las posibles implicaciones de las conclusiones a las que llegue.

Lo primero por resolver, a la luz de la anterior doctrina sobre *preemption*, será si la proposición interfiere en materia constitucionalmente reservada a la federación. Aunque, según *De Canas*, el hecho de que la legislación estatal pueda tener efectos indirectos sobre la inmigración no implica de por sí una intromisión en la competencia del Congreso (94), la proposición de California

(92) Blanco de numerosas críticas doctrinales, se ha llegado a decir, crítica y gráficamente, que lo que aquí hace la Corte equivale a sumar «cero más cero» para alcanzar el resultado de «uno». Ni *suspect classification*, ni derecho fundamental y, sin embargo, control judicial reforzado (véase D. J. HUTCHINSON: «More Substantive Equal Protection? A Note on *Plyler v. Doe*», en *The Supreme Court Review*, 167 [1982], pág. 193). El voto disidente apunta al mismo tipo de crítica cuando acusa a la mayoría de haber optado por una argumentación *ad hoc* y orientada a la consecución de un objetivo prefijado (457 U.S. 202, 244)). Sin embargo, otro sector ha aplaudido la sentencia por lo que supone de avance hacia una nueva doctrina sobre la *equal protection* que abandone definitivamente las distinciones rígidas en torno a las que ha venido operando la Corte a la hora de decidir el tipo de control en aras de una única escala gradual de control. Dicha escala vendría definida por la naturaleza de los criterios en los que se basen las distinciones, por la relativa importancia para el individuo del beneficio denegado y por el supuesto interés público involucrado (véanse, al respecto, MARSHALL en su opinión disidente en *Dandridge v. Williams*, 379 U.S. 420-521, y J. LICHTENBERG: «Within the Pale: Aliens, Illegal Aliens, and Equal Protection», en *U. Pitt. L. Rev.*, 44 [1983], pág. 351).

(93) De los cinco magistrados que votaron en favor de *Plyler*, sólo Stevens sigue en la Corte. Dos de los que suscribieron la opinión disidente, O'Connor y el actual presidente, Rehnquist, siguen en la Corte. Recuérdese que este último se ha venido oponiendo sistemáticamente a la inclusión de la extranjería entre los criterios de discriminación específica y ha abogado por la resolución de los casos de extranjeros a través del parámetro competencial únicamente defendiendo, además, una aplicación de dicho parámetro más respetuosa para con las prerrogativas estatales.

(94) 424 U.S. 351, 355.

puede resultar mucho más intrusiva de lo permisible. A diferencia del supuesto en *De Canas*, la iniciativa de California refleja el deseo de dar una respuesta global al problema de la inmigración ilegal más que el de regular determinado sector de interés público y adoptar, sólo de forma marginal, medidas para repeler los efectos que la inmigración ilegal puedan tener sobre el mismo (95).

Aun en el supuesto de que la proposición no encontrara obstáculos en los títulos competenciales constitucionalmente reconocidos (96), sería necesario ver si el Congreso ha declarado su intención de ocupar el ámbito regulatorio en exclusividad (97). No siendo posible presumir tal intención de la mera promulgación del INA (98), puede aquí resultar decisiva la existencia de leyes federales que pretendan regular de forma global el problema de la inmigración ilegal (99) y el estatuto de derechos de los ilegales en el territorio nacional puede resultar decisiva (100).

Aun en el supuesto de que la Corte no aprecie intromisión del estado en materia de competencia federal, sin duda tendrá que decidir si la proposición 187 entra en conflicto con leyes o políticas federales en vigor (101). Por lo que

(95) Sin embargo, hay que recordar aquí la confusión que introducía la lectura que *Plyler* hace de *De Canas* (457 U.S. 202, 225-226). Si, tal y como *Plyler* parece apuntar, ha de entenderse que la regulación del estado en materia de inmigración puede justificarse siempre que el estado tenga algún interés implicado y que la legislación estatal refleje una política federal (457 U.S. 202, 225-226), la Corte puede verse tentada a liquidar su análisis de la proposición 187 con la constatación de que la denegación de todas o algunas de las prestaciones a las que ésta se refiere queda amparada en los objetivos federales que animan las leyes federales que limitan el acceso de los extranjeros ilegales a programas federales de prestaciones públicas. Refiriéndose a estos programas federales y al limitado acceso de los extranjeros a los mismos, véase J. M. CALVO: «Alien Status Restrictions on Eligibility for Federally Funded Assistance Programs», en *N. Y. U. Rev. of L. & Social Change*, 16 (1987-1988), pág. 395.

(96) Este sería, por ejemplo, el caso de que la Corte defendiera un concepto más restrictivo de política de inmigración en virtud del cual ésta ampara únicamente la determinación de quiénes pueden entrar y qué condiciones y quiénes no. Véase *De Canas v. Bica*, 424 U.S. 351, 355.

(97) *De Canas v. Bica*, 424 U.S. 351, 356.

(98) *Idem.*, 358-359.

(99) En este sentido hay que recordar que la mencionada Ley de Control y Reforma de la Inmigración de 1986 perseguía, entre uno de sus objetivos prioritarios, dar respuesta al problema de la inmigración ilegal, para lo cual estableció un mecanismo de sanción de la contratación de mano de obra ilegal y configuró un programa general de amnistía al que pudieron acogerse todos aquellos que habían entrado en Estados Unidos antes de enero de 1982.

(100) Cabe, por último, que aunque la Corte entienda que el esquema de regulación federal existente en la materia no es lo suficientemente exhaustivo, aprecie de todas formas un interés en que el problema de la inmigración ilegal quede regulado de forma homogénea en todo el país. Véase, por ejemplo, *Pennsylvania v. Nelson*, 350 U.S. 497 (1956).

(101) *De Canas v. Bica*, 424 U.S. 351, 363-364. En este sentido, la tipología de extranjeros en la que se basa la proposición parece problemática en cuanto que no coincide con las categorías

respecta a los extranjeros ilegales, la proposición puede encontrar obstáculos si se aprecian interferencias con el sistema federal general de prevención y actuación frente a la inmigración ilegal y, más concretamente, con el mecanismo federal previsto para la deportación (102) o con el conjunto de prerrogativas que los ilegales tienen federalmente amparadas (103).

Por último, dado que los estados no son en principio competentes para la regulación en materia de inmigración (104), la Corte habrá de identificar y juzgar la legitimidad y suficiencia de los intereses que California presente como avales de las medidas legislativas (105). En este sentido, el declarado objetivo de la proposición es el de evitar los perjuicios económicos y sociales que conlleva la inmigración ilegal, convirtiendo en menos atractiva la posibilidad y, sobre todo, menos onerosa la realidad de la inmigración ilegal en California. La suficiencia del interés, así como la adecuación de las medidas de la proposición 187 a la consecución del mismo, habrán de ser valoradas de acuerdo con la importancia de los intereses en juego y con el grado de protección que se entienda que merece el grupo afectado (106).

clasificadoras federales y, como consecuencia, excluye a determinados extranjeros, como los refugiados políticos, de servicios y prestaciones a los que, por ley federal, pueden tener derecho. Véase S. MAILMAN: *op. cit.*, pág. 6.

(102) Así, por ejemplo, de entenderse que el sistema de notificaciones de la proposición puede venir a operar como un mecanismo paralelo de deportación, la violación de los preceptos del INA que prevén la autoridad federal competente, así como las necesarias garantías y remedios de la ejecución de la orden de deportación podría comprometer la validez de la proposición. En concreto, el INA prevé que la deportación requiere un juicio ante un juez federal de inmigración con derecho a personación y a asistencia legal del interesado, recayendo la carga de la prueba sobre la administración (véanse INA, §§ 242 [b], 292 [USC §§ 1252 (b)], 1362, y *Woody v. INS*, 358 U.S. 279 [1966]). Dado que algunas de estas garantías derivan directamente de la cláusula constitucional del *due process*, o proceso debido (art. XIV, § I, cl. 3), si se considerara que la proposición contempla un mecanismo de deportación, cabría apreciar su inconstitucionalidad por lesión directa del mencionado precepto constitucional (véase, por ejemplo, *Wong Yang v. McGrath*, 339 U.S. 33 [1950], refiriéndose a la necesidad de un proceso con formalización de expediente y audiencia del interesado previo a la orden de deportación).

(103) Así, por ejemplo, se sospecha de que la proposición incumple algunos de los requisitos de confidencialidad de datos personales federalmente impuestos a las entidades públicas. Por otro lado, la denegación de prestaciones públicas sin que medie proceso con vista del interesado también puede resultar constitucionalmente objetable (véase *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 33 [1950]).

(104) *Hines v. Davidowitz*, 312 U.S. 52, 85 (1941), y *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67, 81 (1941).

(105) Véase *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202, 226.

(106) En el caso de que la Corte aplicara sólo el *rational basis test*, el interés alegado por el estado de California sería seguramente suficiente. En *Plyler*, la Corte reconoció la legitimidad de tal interés y sólo lo encontró insuficiente en la medida en que, amparada por el control judicial re-

A menos que la Corte esté dispuesta revocar el precedente de *Plyler*, parece claro que, al menos por lo que respecta a la denegación de la escolarización a los niños ilegales, la proposición 187 va a encontrar obstáculos difíciles de superar. Mucho más dudoso es que la Corte se muestre favorable a extender el mismo grado de protección de estos menores de manera que la tutela constitucional de la *equal protection* cubra de forma efectiva su derecho a un trato igual en el acceso a la educación universitaria (107), a la asistencia sanitaria y al resto de las prestaciones públicas (108).

Aún más precaria es la situación de los adultos implicados de quienes *Plyler* dijo expresamente que no constituían una *suspect class* (109). Sólo un enfoque que, dejando de lado clasificaciones rígidas, se muestre sensible a valorar todos los costes que en términos individuales y sociales se derivan de la proposición 187 abriría la esperanza para este sector de la sociedad americana (110). Este enfoque sustantivo podría requerir la ponderación de los pre-

forzado que estaba aplicando, se permitió cuestionar la alegación de que la inmigración ilegal perjudicara globalmente al estado de Texas y que la medida adoptada fuera adecuada a la consecución del objetivo propuesto (457 U.S. 202, 226-228). El hecho de que, a diferencia de Texas en *Plyler*, California ya se haya preocupado por sancionar medidas menos onerosas para prevenir los perjuicios de la inmigración ilegal, tales como la sanción del empleo de inmigrantes ilegales (véase *California Labor Code Ann & 2805 a.*), sólo puede jugar en favor de la constitucionalidad de la proposición 187.

(107) Aunque muchos de los jóvenes excluidos de la educación pública universitaria pudieran derivar su estatuto de ilegalidad de la conducta inicial de sus padres, en tanto que adultos, la Corte probablemente consideraría que su permanencia en la ilegalidad es jurídicamente relevante. Además, es probable que la Corte apreciara que la denegación de educación universitaria tiene perjuicios menos graves tanto para el individuo como para la sociedad que los de la educación primaria.

(108) Véase, al respecto, *Dandridge v. Williams*, 397 U.S. 471, 485 (1970), en que la Corte desechó la necesidad de someter a un control reforzado las distinciones legislativas que no afectaran a intereses constitucionalmente amparados aunque estuvieran relacionadas con «las más básicas necesidades económicas de los seres humanos en la pobreza». Véase también Blackmun, en su opinión concurrente en *Plyler*, insistiendo en que lo determinante del caso es que se refiere al derecho a la educación y en que privar de educación a un grupo social puede con facilidad traducirse en la creación de una sociedad de castas en violación de las más básicas exigencias de la *equal protection clause* (457 U.S. 202, 234). Contrástese, sin embargo, con la opinión concordante de Powell, que subraya la inocencia y vulnerabilidad de los niños en cuestión, llegando a afirmar literalmente que «si a los hijos residentes de extranjeros ilegales se les denegara prestaciones sociales a las que el resto de los niños tienen acceso, también en este caso se estaría indebidamente penalizando a los hijos por el estatuto de sus padres» (457 U.S. 202, 238 n. 2).

(109) 457 U.S. 202, 219 n. 19.

(110) Apuntando a este tipo de enfoque, aunque claramente sin prejuzgar el resultado al que conduciría en el caso en cuestión, véase Marshall en su opinión concurrente en *Plyler* (457 U.S. 202, 231). En favor de un enfoque sustantivo que no permita cerrar la puerta a apreciaciones

juicios reales que para el estado de California se derivan de la inmigración ilegal, así como la valoración de los efectos disuasorios que la denegación de las prestaciones puede tener sobre los inmigrantes ilegales (111) y los que la proposición puede tener sobre la sociedad americana en su conjunto.

En último término, puede que la resolución del caso que plantea la proposición 187 requiera reconocer, con Lichtenberg, que

«la doctrina de la *equal protection* sólo ofrece un esquema mínimo para reflexionar sobre la posición que ocupan los extranjeros en la sociedad americana contemporánea. Para resolver la cuestión de manera más sistemática, si es que cabe, sería necesario afrontar cuestiones de mayor complejidad, tales como las de la propia naturaleza de la comunidad social, la de los criterios de pertenencia y la de los lazos morales que unen a los miembros entre sí y hacia los que quedan fuera. A falta de respuestas a todas estas preguntas habrá que ir resolviéndolas caso por caso. Razonar presumiendo la validez de asunciones de partida acerca de estas cuestiones supone esquivar las preguntas más importantes e interesantes» (112).

sobre la realidad social de los indocumentados bajo el único pretexto de la comisión del ilícito inicial de la entrada ilegal en el país, véase J. LICHTENBERG: *op. cit.*, pág. 375. Hacia un semejante enfoque sustantivo apunta también G. Rosberg cuando defiende la necesidad de tener presentes los vínculos efectivos entre el individuo y la sociedad más allá de las meras categorías legales. Véase G. ROSBERG: «Discrimination Against the "Nonresident" Alien», en *U. Pitt. L. Rev.*, 44 (1983), págs. 406-407 (399).

(111) Ambas consideraciones fueron tenidas en cuenta en *Plyler*, 457 U.S. 202, 228.

(112) J. LICHTENBERG: *op. cit.*, pág. 350.

JURISPRUDENCIA

