

LA LEGISLACIÓN MIGRATORIA DE LOS ESTADOS UNIDOS

Breve reseña de los aspectos más salientes de la US Immigration and Nationality Act

por MARIO J. A. OYARZÁBAL*

SUMARIO: § I. Fuentes. § II. La Ley de Inmigración y Nacionalidad. § III. Visitantes temporarios. § IV. Inmigrantes. § V. La expulsión de extranjeros. § VI. Comentarios finales.

§ I. Fuentes

Aunque la fuente del Derecho migratorio estadounidense debe buscarse en los derechos y garantías consagrados por la Constitución Federal de 1787 y sus enmiendas, las principales normas que gobiernan la inmigración a este país han sido aprobadas por sucesivas leyes del Congreso, en su mayoría contenidas en la “Ley de Inmigración y Nacionalidad” (Immigration and Nationality Act), normalmente conocida como INA. Numerosas disposiciones que afectan las migraciones, sin embargo, no están codificadas en la INA y pueden ser encontradas en la legislación original en que fueron sancionadas.

Como la mayoría de las leyes, la INA contempla sólo situaciones generales y deja a los “Servicios de Nacionalidad e Inmigración” (US Citizenship and Immigration Services), también llamados USCIS,

* Profesor adjunto ordinario de Derecho Internacional Privado de la Universidad Nacional de La Plata y de la Universidad Argentina de la Empresa. Miembro Asociado de la American Society of Comparative Law. Candidato al título de Master en Leyes (I.L.M) de la Universidad de Harvard (2004-05).

amplia autoridad para reglamentar y aplicar sus normas a situaciones específicas y detalladas, a través de regulaciones (INS Rules and Regulations)¹. Algunas cuestiones migratorias involucran asimismo a otros organismos de la Administración como son el Departamento de Trabajo para las visas de trabajo, y el Departamento de Estado para las visas de diplomáticos extranjeros y funcionarios de organismos internacionales con sede en el país.

Una fuente importante de interpretación de las leyes y regulaciones migratorias son las “decisiones administrativas” (*Administrative Decisions*) que dictan los jueces de inmigración (*Immigration Judges*) y los directores distritales del Departamento de Seguridad Interior (DHS)². Sin embargo, su interpretación y aplicación última recae en el “Consejo de Apelaciones para Cuestiones de Inmigración” (Board of Immigration Appeals-BIA), órgano independiente dentro del Departamento de Justicia, que revé casos de migraciones y dicta “decisiones administrativas de alzada” (*Appellate Administrative Decisions*) vinculantes para los USCIS en todo el país. Todas las decisiones del Consejo son apelables en la justicia federal.

§ II. La Ley de Inmigración y Nacionalidad

Entre 1790 y 1952, el Congreso de los Estados Unidos aprobó 75 leyes principales dirigidas a regular el flujo de visitantes, trabajadores e inmigrantes a ese país. La Ley de Inmigración y Nacionalidad (Immigra-

¹ El 1-3-2003, las funciones del entonces “Servicio de Inmigración y Naturalización” (US Immigration and Naturalization Service-INS) fueron transferidas de la órbita del Departamento de Justicia al nuevo Departamento de Seguridad Interior (Department of Homeland Security-DHS) creado luego de los atentados del 11 de septiembre, juntamente con las funciones de inspección del entonces Servicio Aduanero (US Customs-USC) y otros organismos federales, y reorganizados en la Oficina de Cumplimiento Migratorio y Aduanero (Bureau of Immigration and Customs Enforcement-BICE). La función de la BICE, en lo que nos concierne, es aplicar las leyes migratorias y aduaneras dentro de los Estados Unidos, ya que en el extranjero tal función recae en el Departamento de Estado.

² Existen 33 departamentos u oficinas distritales (*District Office*) de los USCIS en todos los Estados Unidos, algunas de las cuales están divididas en suboficinas (*Sub-Offices*), además de numerosísimas oficinas locales (*Field Offices*) y oficinas para temas específicos, por ejemplo, las solicitudes de asilo.

tion and Nationality Act-INA) del 27 de junio de 1952³ recogió y codificó muchas de las disposiciones existentes y reorganizó la estructura del Derecho migratorio estadounidense.

Desde su sanción, la INA ha sufrido alrededor de 100 modificaciones, pero continúa siendo el cuerpo legal básico del Derecho migratorio de los Estados Unidos. El cambio más importante fue introducido por la Ley de Inmigración (Immigration Act) del 29 de noviembre de 1990⁴, que establece la mayoría de las categorías migratorias actuales y los techos numéricos anuales de inmigrantes al país.

§ III. Visitantes temporarios

Un no-inmigrante o visitante temporario es el extranjero que ingresa a los Estados Unidos temporariamente y con un propósito específico. Una vez en los Estados Unidos puede realizar sólo aquella actividad por la cual se le otorgó la visa, debiendo a su término abandonar el país.

El Departamento de Estado (State Department), a través de los consulados y embajadas estadounidenses en el extranjero, es el principal órgano responsable de determinar la elegibilidad de los solicitantes y otorgar las visas para ingresar a los Estados Unidos. La visa no garantiza, sin embargo, el ingreso de su titular al país, ya que las autoridades de inmigración tienen facultades para denegar la admisión y determinar el período que la persona puede permanecer en territorio estadounidense. El control del ingreso se realiza a través del formulario I-94, donde el funcionario de migraciones establece el plazo de permanencia autorizado y que el viajero debe entregar a las autoridades de la aerolínea cuando deja el país. Si la persona desea o necesita permanecer en los Estados Unidos más allá del plazo autorizado debe solicitar una extensión ante la oficina regional correspondiente de los USCIC, que tiene facultades discrecionales para otorgarla o denegarla. También es posible solicitar un cambio de status o de categoría migratoria si la persona ha sido

³ Ley McCarran-Walter, *Public Law* N° 82-414. A pesar de que constituye un cuerpo legal independiente, la INA se encuentra también incorporada al United States Code (USC), que constituye un compendio de todas las leyes de los Estados Unidos. El USC está organizado en cincuenta títulos por orden alfabético, correspondiendo el título 8 a los "Extranjeros y Nacionalidad" (*Aliens and Nationality*).

⁴ *Public Law* N° 101-649.

admitida legalmente a los Estados Unidos, su status migratorio se encuentra vigente y no ha cometido un delito que lo haga inelegible. Determinadas categorías de visas no pueden ser cambiadas en los Estados Unidos, debiendo el interesado abandonar los Estados Unidos y solicitar la nueva visa ante la embajada o consulado estadounidense respectivo.

La mayoría de las personas que viajan a los Estados Unidos lo hacen por razones de turismo o de negocios (*Business or Pleasure Visitors*), para lo que deben solicitar y obtener una visa B1. El solicitante debe demostrar que califica para tal categoría de visa a la luz de los requisitos y condiciones establecidos en la INA. La presunción es que todo visitante tiene la intención de inmigrar a los Estados Unidos y debe probar lo contrario, demostrando que el propósito del viaje es genuino, que planea permanecer allí por un período específico y limitado de tiempo, y que tiene residencia fuera de los Estados Unidos y lazos suficientes que aseguran que regresará al final de la visita.

Los nacionales de ciertos países pueden también viajar a los Estados Unidos sin visa a través del Programa de Exención de Visa (Visa Waiver Program-VWP). El VWP fue aprobado por la Ley de Reforma y Control Migratorio de 1986 (Immigration Reform and Control Act) e incorporado a la INA⁵. Permite a los nacionales de los países designados solicitar la admisión a los Estados Unidos por 90 días o menos como turista o persona de negocios sin obtener la respectiva visa. La desventaja es que la persona no puede extender su permanencia o cambiar de status en los Estados Unidos. El Departamento de Seguridad Interior, en consulta con el Departamento de Estado, determina los países participantes en dicho Programa, sobre las siguientes bases: que el país ofrezca un tratamiento similar a los ciudadanos estadounidenses; que el número de ciudadanos a los que se les rechazó la visa para ingresar a los Estados Unidos en los últimos años sea bajo, y que el país comience a otorgar pasaportes digitalizados a sus ciudadanos antes del 26 de octubre de 2004. Los países actualmente participantes del VWP son: Alemania, Andorra, Austria, Australia, Bélgica, Brunei, Dinamarca, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Irlanda, Islandia, Italia, Japón, Liechtenstein, Luxem-

⁵ *Public Law* Nº 99-603 (Section 217, INA).

burgo, Mónaco, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, San Marino, Singapur, Suecia y Suiza. Argentina participó del VWP hasta el 20 de febrero de 2002, fecha en que el Departamento de Justicia dispuso su cese de emergencia a la luz del crecimiento del número de argentinos que habían intentado ingresar a los Estados Unidos bajo el VWP y permanecer ilegalmente en el país. El 15 de abril de 2003, el Departamento de Estado también retiró del Programa a Uruguay, único país latinoamericano que aún participaba del Programa.

Otras categorías de visas de no-inmigrante son: funcionarios de gobiernos extranjeros (A); extranjeros en tránsito (C); tripulantes (D); comerciantes e inversores (E); estudiantes universitarios (F); funcionarios de gobiernos extranjeros acreditados ante organizaciones internacionales (G); trabajadores temporarios (H); empleados representantes de medios periodísticos extranjeros (I); participantes de programas de intercambio (J); prometida/o de ciudadano/a estadounidense (K); transferidos dentro de una misma compañía (L); estudiantes vocacionales y de idioma (M); atletas y artistas (P); trabajadores con alguna habilidad excepcional o destacada (O); participantes de programas culturales de intercambio (Q); trabajadores religiosos (R); testigos/informantes (S); víctimas de una forma grave de tráfico de personas (T); víctimas de ciertos crímenes (U). Por razones de espacio nos referiremos exclusivamente a tres categorías de no-inmigrantes: los trabajadores temporarios, los estudiantes y los participantes de programas de intercambio.

Para que un empleador pueda contratar a un trabajador extranjero para realizar trabajos o servicios en los Estados Unidos debe solicitar autorización ante los Servicios de Inmigración y Nacionalidad (USCIS), acompañando toda la documentación exigida para la categoría de visa de que se trate. En algunos casos, el empleador debe obtener la previa autorización o certificación del Departamento de Trabajo. Si la solicitud es aprobada, los USCIS lo notifican al empleador y el potencial empleado puede concurrir a obtener la visa correspondiente ante una embajada o consulado estadounidense. Todo el procedimiento demora entre 45 días y 6 meses desde la fecha en que se presenta la solicitud inicial. El plazo de permanencia autorizado en los Estados Unidos del nuevo trabajador, así como la posibilidad de extenderlo a su vencimiento, varía según la categoría de visa (vgr., 3 años renovables por otros 3 para los

titulares de una visa H; 3 años renovables cada 2 años hasta un límite de 7 para las visas L; 3 años renovables cada 2 años hasta un límite de 5 para las visas R).

Las personas que desean cursar estudios en los Estados Unidos ingresan con una visa F1, para cuya obtención deben estar inscritas en un programa educacional académico (generalmente estudios universitarios), de aprendizaje de idioma o vocacional, otorgado por una institución aprobada por los USCIS. Además, tiene que tratarse de un programa de estudios de dedicación de tiempo completo, el estudiante debe demostrar conocimiento del idioma inglés (a través del TOEFL), a menos que esté inscrito en un curso de idioma, que posee fondos suficientes para mantenerse durante la estadía proyectada en los Estados Unidos y que posee una residencia en el exterior a donde planea regresar al término de sus estudios. Una vez inscrito en el programa educativo, la universidad o institución envía el comprobante de inscripción y fondos, conocido como formulario I-20, al futuro estudiante, quien debe presentarlo ante la embajada o consulado estadounidense para obtener la visa.

Existen, finalmente, dos tipos de categorías de visas para participantes de programas de intercambio (*Exchange Visitors*). La visa J es para los programas designados por el Departamento de Estado y que tienen como fin promover el intercambio de personas, conocimiento y experiencias en los campos educativo, artístico o científico. La visa Q es para los programas designados por los USCIS y que tienen por fin proveer entrenamiento práctico y empleo, y compartir la historia, cultura y tradiciones del país de origen en los Estados Unidos. El requisito de fondos es generalmente cubierto o garantizado por la institución patrocinadora en la forma de una beca, estipendio o sueldo.

Una categoría especial de no-inmigrantes es el Status Temporal Protegido (*Temporary Protected Status-TPS*)⁶, por el que se permite a los nacionales de determinados países permanecer temporalmente en los Estados Unidos mientras duren los conflictos armados, efectos temporarios de un desastre natural u otras condiciones extraordinarias y temporarias en su país de origen. Los nacionales de los países designados que se encuentran residiendo legal o ilegalmente en los Estados

⁶ IMMACT, *Public Law* N° 101-649.

Unidos por un determinado período de tiempo pueden solicitar un permiso de trabajo, aunque no la residencia permanente. Cuando las condiciones que dieron origen a la designación de un determinado país en el TPS cesan, sus nacionales retornan a la categoría migratoria que poseían anteriormente. En los últimos años 16 países han sido designados en el TPS, entre ellos El Salvador, a raíz de los devastadores terremotos que afectaron a ese país a principios de 2001. A principios de 2002, el Gobierno argentino inició gestiones ante el Gobierno estadounidense para que considere la eventual designación de nuestro país como país beneficiario del TPS a raíz del deterioro de la situación económica en nuestro país.

§ IV. Inmigrantes

Los extranjeros que pueden acceder a la residencia permanente en los Estados Unidos se dividen en dos categorías:

- 1) Los que pueden obtener la residencia sin limitación numérica alguna: cónyuge, viuda/o e hijos solteros de ciudadanos estadounidenses, y padres de un ciudadano/a estadounidense que es mayor de 21 años; ex residentes permanentes de los Estados Unidos que regresan luego de haber permanecido un año o más en el exterior.
- 2) Los que están sujetos a una limitación numérica anual: 226.000 para otros parientes no directos de ciudadanos estadounidenses; 140.000 para trabajadores, y 55.000 para participantes en la lotería de visas.

Existen cupos según el grado de parentesco o el tipo de empleo de que se trate. Por ejemplo, hay un límite de 23.400 visas para hijos solteros de ciudadanos estadounidenses y sus hijos y otro tanto para los hijos casados, 65.000 para los hermanos, y 114.200 para hijos solteros de residentes permanentes. El número máximo de visas de trabajo disponible se divide entre trabajadores prioritarios (personas que poseen alguna habilidad especial en las ciencias, artes, educación, negocios, deportes; profesores e investigadores destacados, y ciertos ejecutivos y gerentes de empresas multinacionales) (28,6%); profesionales (que poseen títulos de estudios avanzados y personas que poseen una habilidad

especial en la artes, las ciencias o los negocios) (28,6%); trabajadores especializados (trabajadores especializados con un mínimo de dos años de experiencia, y otros trabajadores cuya habilidad escasee en los Estados Unidos) (28,6%); inmigrantes especiales (ciertos trabajadores religiosos, empleados retirados de organizaciones internacionales y familiares inmediatos, empleados o ex empleados del Gobierno estadounidense) (7%); inversores (personas que creen empleo para más de 10 personas por medio de una inversión de capital o una empresa comercial en los Estados Unidos; el mínimo capital requerido es entre US\$ 500.000 y 1.000.000, dependiendo de la tasa de empleo del área geográfica donde haya de radicarse la inversión). Algunas personas, como los trabajadores prioritarios, los inversores, ciertos inmigrantes especiales y los ganadores de la lotería de visas, pueden solicitar ellos mismos la visa. En otros casos, el pariente o empleador debe "pedirlas".

La lotería de visas (*Diversity Immigrant Visa Lottery*)⁷ es un programa administrado por el Departamento de Estado que permite que hasta 55.000 ciudadanos nativos de determinados países puedan vivir y trabajar permanentemente en los Estados Unidos cada año. Se trata de países con una baja tasa de inmigración a los Estados Unidos (menos de 50.000 inmigrantes en los últimos 5 años), de ahí que Argentina esté incluida y México, por ejemplo, no. La inscripción es generalmente durante el mes de octubre de cada año y los seleccionados son notificados a principios del año siguiente. Ganar la lotería no garantiza, sin embargo, el otorgamiento de la visa, ya que la persona debe acreditar que cumple con determinados estándares de educación o preparación y que no tiene otros impedimentos que lo hacen inelegible para inmigrar a los Estados Unidos. Los ganadores pueden llevar también a su cónyuge e hijos menores de 21 años.

Otros canales de inmigración a los Estados Unidos son: adopción internacional; asilo; nacionales de determinados países (*Country-Specific Adjustments*); ciertos cubanos (CCA)⁸; ciertos haitianos (HRI-FA)⁹; ciertos Hmongs¹⁰; ciertos nicaragüenses y centroamericanos (NA-

⁷ Section 203, INA.

⁸ Cuban Adjustment Act de 1996.

⁹ Haitian Refugee Immigration Fairness Act de 1998.

¹⁰ Hmongs Veterans Naturalization Act de 2000.

CARA 202/203)¹¹; ciertos asilados y refugiados sirios¹²; residencia habitual (Micronesia); trabajadores religiosos; médicos de zonas necesitadas¹³; leyes de inmigración especiales (PDF)¹⁴; reasentamiento de refugiados; registro (residencia permanente para personas que acrediten una residencia continuada en Estados Unidos desde el 1-1-72); residentes que regresan (SB-1); esposas e hijos de ciudadanos estadounidenses víctimas de abusos (VAWA), y la amnistía.

La última amnistía para que los inmigrantes irregulares y otros extranjeros no-inmigrantes puedan radicarse permanentemente en los Estados Unidos fue aprobada por el Congreso Federal por la Ley de Reforma y Control de la Inmigración de 1986¹⁵, y ya ha caducado. Consecuentemente, los extranjeros que han ingresado a los Estados Unidos sin una visa, o se encuentran ilegalmente en los Estados Unidos o han aceptado empleo sin autorización de los USCIS, son inelegibles para obtener la residencia permanente salvo contadas excepciones.

§ V. La expulsión de extranjeros

Los extranjeros admitidos y que se encuentran en territorio de los Estados Unidos pueden ser removidos o expulsados si son hallados en violación de la legislación migratoria estadounidense, sea que hayan ingresado ilegalmente a los Estados Unidos o que lo hayan hecho legalmente pero subsecuentemente violaron los términos de la categoría migratoria en la que habían sido admitidos. La deportación es ordenada por un juez de inmigración (*Immigration Judge*) que es un abogado nombrado por el Departamento de Justicia (y, consecuentemente, un funcionario administrativo) para estos procedimientos, luego de una audiencia en la que el extranjero tiene derecho a ser asesorado y representado por un abogado. Como medida accesoria, el extranjero es objeto de una prohibición de reingresar a los Estados Unidos por un determinado período de tiempo (3 a 10 años). La decisión es apelable ante el Consejo de Apelaciones para Cuestiones de Inmigración (BIA) y excep-

¹¹ Nicaraguan Adjustment and Central American Relief Act de 1997.

¹² Syrian Adjustment Act de 2000.

¹³ National Interest Waiver for Physicians in Underserved Areas.

¹⁴ House of Representatives Rules and Policies for Private Immigration Bills.

¹⁵ Immigration Reform and Control Act de 1986 (IRCA).

cionalmente ante la justicia federal. La persona que acepta voluntariamente abandonar el territorio estadounidense acepta la expulsión para evitar la prohibición de reingresar en el futuro.

§ VI. Comentarios finales

El Derecho migratorio estadounidense constituye un plexo voluminoso y detallado de disposiciones legales y reglamentarias dictadas por el Congreso Federal y otros organismos de la Administración destinadas a organizar el flujo de visitantes, trabajadores e inmigrantes a ese país. Los párrafos que preceden no constituyen más que una brevísima –y, como tal, poco precisa y llena de omisiones– reseña de sus principales disposiciones, y en particular de aquellas que pueden interesar a eventuales viajeros argentinos.