

Trump vs. Hawái:

la legalidad de las restricciones de viaje

Año y medio tardó la administración Trump para poder sacudirse todos los recursos legales en contra de las restricciones de viaje impuestas en contra de nacionales de países principalmente musulmanes. Como lo prometió durante su campaña electoral, una de sus primeras acciones como presidente de Estados Unidos fue emitir la orden ejecutiva 13,769, firmada el 27 de enero de 2017, a través de la cual restringió el ingreso a territorio estadounidense —por 90 días— a nacionales de Irán, Somalia, Iraq, Libia, Sudán, Siria y Yemen, supuestamente por haber sido identificados por administraciones presidenciales anteriores como países que representan un alto riesgo terrorista.

Todos recordamos los reportes de los medios de comunicación sobre el caos generado en los aeropuertos con la aplicación de dicha medida que, por los diferentes tipos de estatus migratorios que dentro de una familia —originaria de los Estados antes mencionados y con residencia en Estados Unidos— pueden existir (esto es, nacionales estadounidenses, residentes perma-

nentes, con visa de turista de sus familiares), literalmente provocó separación familiar. Muchas personas quedaron varadas en terceros Estados por no poder abordar sus vuelos de conexión a Estados Unidos; otras tantas con visa estadounidense tuvieron que cancelar sus planes de estudio, y para las más desafortunadas se cerró la posibilidad de solicitar refugio en ese país.

El argumento inicial esbozado por Donald Trump durante su campaña presidencial se esgrimió en respuesta al ataque terrorista perpetrado en junio de 2016 en la discoteca Pulse, en Orlando, Florida, donde 50 personas de la comunidad LGTB fallecieron a manos de una persona afiliada al Estado Islámico (esto es, al grupo terrorista ISIS). En ese tiempo Trump criticaba el sistema migratorio estadounidense y prometía que, de ganar, en respuesta a este tipo de ataques, suspendería “la migración de aquellas partes del mundo donde haya una historia probada de terrorismo en contra de Estados Unidos, Europa o [sus] aliados, hasta tener un pleno entendimiento sobre cómo acabar con dichas amenazas”.

Característico de su estilo, aparte de declarar que el “Islam los odia”, entonces Trump también mezcló el tema del terrorismo con el de los refugiados, estigmatizando ambos escenarios de



forma negativa y proponiendo la misma medida para los dos casos: detener el flujo de los migrantes/extranjeros (en específico, proponía rescindir el compromiso adquirido por Barack Obama de recibir a 10,000 refugiados sirios). A dos años de sus declaraciones vemos que el panorama ha cambiado mucho, y no para bien: la Suprema Corte de Estados Unidos declaró legales las restricciones de viaje y durante mayo y junio de 2018 se presenció el drama —con narraciones, audios, imágenes y videos— de cómo padres e hijos menores de edad migrantes (principalmente peticionarios de asilo), recién arribados a territorio estadounidense, eran separados de manera inhumana en la frontera y posteriormente transferidos a centros de detención.

Órdenes ejecutivas

El camino para que la Suprema Corte decretara la legalidad de las restricciones de viaje que la administración Trump emitió no fue sencillo. Para poder llegar a este punto la administración Trump tuvo que emitir diferentes órdenes ejecutivas a través de las cuales, poco a poco, fue modificando su argumentación jurídica para poder librar los múltiples recursos interpuestos en su contra. De esta manera, tenemos que de la primera orden

ejecutiva que restringía el ingreso a Estados Unidos a nacionales de siete países musulmanes (Irán, Somalia, Iraq, Libia, Sudán, Siria y Yemen) el espectro se terminó ampliando a países no musulmanes (para evitar las acusaciones de discriminación) incluyendo —aparte de los considerados inicialmente— a nacionales de Chad, Corea del Norte y Venezuela (aunque al final Chad, Iraq y Sudán quedaron fuera de la medida restrictiva).

De igual forma, el criterio subjetivo empleado al principio para designar a los países vetados tuvo que ser revestido de cierta objetividad mediante la integración de criterios específicos que calificaban el grado de cooperación de los Estados extranjeros con las autoridades estadounidenses. De este modo había tres rubros por analizar: primero, en relación con la administración de la información de identidad se valoraba si las autoridades nacionales garantizaban la fiabilidad de los documentos de viaje; segundo, si las autoridades nacionales compartían información personal relacionada con vínculos terroristas, antecedentes penales, registros de nombres de pasajeros y tripulación, y tercero, si se tomaban en cuenta diferentes factores de riesgos, entre los cuales destacaba que el Estado era considerado refugio de terroristas o se negaba a admitir a sus

nacionales que eventualmente fueran deportados de Estados Unidos.

Con ese criterio las autoridades estadounidenses identificaron 47 Estados con supuestas fallas de cooperación, con los que —después de acercamientos diplomáticos para que mejoraran sus esfuerzos— se determinó que ocho seguían con procedimientos deficientes y no cooperaban con las autoridades norteamericanas. Para esos ocho países identificados se establecieron diferentes excepciones específicas en lo que respecta a visas de estudiantes o de intercambio y de aquellas personas que —aun siendo nacionales de dichos países— ya contaban con el estatus de residentes permanentes o de refugiados en Estados Unidos, y se reconoció la facultad de las autoridades migratorias para evaluar caso por caso y determinar una posible exención a la restricción de viaje.

De esta manera se evidenció el cambio radical de la primera orden ejecutiva, que de forma arbitraria y sin ofrecer razones claras restringía el acceso a territorio estadounidense a todos los nacionales de esos países.

Análisis de la opinión de la Corte

Como se pudo apreciar en los párrafos anteriores, el Ejecutivo federal buscó a toda costa sacudirse el estigma de que sus medidas solamente tenían como destinatarios a países musulmanes, lo cual, a final de cuentas, fue el argumento que le sirvió al estado de Hawái como base para su demanda. De conformidad con cálculos de la American Civil Liberties Union (ACLU), de los 150 millones de personas eventualmente afectadas con las restricciones de viaje, 95 por ciento son musulmanes, razón por la cual los demandantes argüían la violación a la *establishment clause* de la primer enmienda de la Constitución de Estados Unidos —según la cual se busca evitar que el gobierno estadounidense se pronuncie a favor de

una religión o establezca *de facto* una religión oficial— ya que a su parecer las restricciones no obedecían a cuestiones de seguridad nacional sino simplemente a prejuicios en contra de una religión.

Ante la Suprema Corte, el Ejecutivo federal estadounidense contraargumentó que no era justiciable el caso por tratarse de un tema político relacionado con la exclusión de extranjeros de territorio estadounidense, y como tales, dichos extranjeros no tenían ningún derecho para reclamar su ingreso a Estados Unidos. La Corte inició su análisis centrándose en las facultades presidenciales conforme a la Immigration and Nationality Act, en la que se reconoce que el presidente tiene el poder de “suspender la entrada de todos los extranjeros o de cualquier clase de extranjero” cuando “encuentre” que su ingreso “pueda ser perjudicial a los intereses de los Estados Unidos”.

Bajo esa perspectiva la Corte confirmó que, primero, el presidente de Estados Unidos cuenta con “amplios poderes” para decretar esas restricciones; segundo, no existe una obligación para que se señale una fecha específica sobre cuándo van a terminar dichas restricciones; tercero, no es necesario realizar una justificación concluyente para respaldar sus conclusiones empíricas; cuarto, el presidente tiene la facultad no sólo de restringir el acceso de un grupo de extranjeros sino de “todos los extranjeros”; quinto, el ejercicio de esa facultad no contradice otras disposiciones de la ley, como las que contemplan el sistema de visas o de extensión de visados, y sexto, tal facultad es un atributo fundamental del poder de soberanía de Estados Unidos. En este sentido, la Corte se refirió a la aplicación anterior de esas restricciones, recordando que han sido empleadas en contra de nacionales de Cuba, Sudán, Rusia, Corea del Norte e Irán, en diferentes momentos históricos,

e inclusive como represalia en materia de política exterior.

La Suprema Corte señaló que la visa es un privilegio y ningún extranjero tiene un derecho constitucional para exigir su ingreso a Estados Unidos. Por lo tanto, la visa sólo concede el derecho a tocar la puerta de ese país, pero no garantiza que el migrante pueda ingresar a territorio estadounidense. En otras palabras, son dos procesos completamente distintos: el que, por un lado, los cónsules estadounidenses siguen para determinar si una persona es elegible para la emisión de una visa, y, por el otro, el de la "determinación de admisibilidad" que las autoridades migratorias estadounidenses realizan en el Puerto de Entrada. Estos dos procesos son independientes y compatibles con cualquier restricción adicional que pueda establecer el presidente estadounidense.

De esta forma, la Suprema Corte de Estados Unidos, en una votación cerrada (5-4), concluyó que las restricciones de viaje impuestas por el Ejecutivo federal estadounidense respondían a un interés legítimo de seguridad nacional y son producto de un proceso de revisión realizado por varias agencias gubernamentales y miembros del gabinete, y que fueron emitidas conforme a las facultades que le otorga la ley al presidente.

Conclusión

Realmente ha sido difícil dejar de dar seguimiento a lo que acontece en Estados Unidos, especialmente por la incredulidad ante la postura radical que la administración federal actual ha adoptado durante los últimos 18 meses respecto del resto de la comunidad internacional. Fiel a su lema de campaña "America First, America First", Donald Trump ha adoptado una política exterior realista mediante la cual literalmente se conduce como si no existieran otros países y con una estrategia de negociación distributiva donde forzosamente existe un ganador y un perdedor.

Esta actitud ha desembocado en un desconcierto general ante la renuncia tácita de Estados Unidos a

su liderazgo global (especialmente en el mundo unipolar en el que vivimos) y la actitud que ha adoptado frente a temas de gran importancia a nivel global que ha desembocado en su salida del Acuerdo de París, del Acuerdo con Irán (que a su vez derivó en la presentación de una demanda en contra de Estados Unidos ante la Corte Internacional de Justicia por la reimposición de sanciones en contra de Irán), de la UNESCO, del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y del Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica; así como en la guerra comercial con China y la Unión Europea; su intercambio amenazante con Corea del Norte (aunque hay que reconocer que se logró celebrar una cumbre entre ambos países); el bombardeo unilateral realizado en contra de Siria; las desavenencias con sus mayores socios comerciales al amenazar con dar por terminado el TLCAN; el cambio de su embajada de Israel a Jerusalén; la confrontación con los países del G-7 y de la OTAN, y su retórica amenazante en la ONU donde retoma el argumento bipolar: "Están con nosotros o en contra de nosotros".

Si bien existen instituciones sólidas en Estados Unidos que han servido de contrapeso a la presidencia, es evidente cómo aquella reticencia se diluye cada vez más, especialmente al topar con la innegable facultad presidencial para definir temas de política exterior, seguridad nacional y comercio internacional. Lamentablemente, estas "falacias nominales" apoyadas de un positivismo jurídico nacionalista muchas veces truncan la visión monista bajo la cual debieran operar los Estados *vis-à-vis* la normativa internacional de derechos humanos. En este sentido, no queda más que seguir en nuestro papel de espectadores en espera de que este cambio de política no afecte más el ya de por sí frágil sistema de pesos y contrapesos a nivel mundial. 🚩

* Doctor en Derecho y diplomático de carrera experto en Derecho internacional.
Contacto: @VE_Corzo.