

UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO

**LA LEY DE EXTRANJERÍA DE ESPAÑA COMO
ANTECEDENTE PARA ACTUALIZAR LAS
NORMAS SOBRE EXTRANJEROS EN CHILE**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

MARÍA ISABEL GUTIÉRREZ RIFFO

2008

ÍNDICE

Introducción.....	8
I. La Movilidad humana.....	11
1. Condición jurídica del extranjero. Algunos antecedentes de su evolución histórica.....	11
2. El fenómeno migratorio. Conceptos generales.....	18
3. Algunos antecedentes jurídicos internacionales de la migración.....	24
4. Delitos específicos que se reconocen en el ámbito internacional contra los migrantes.....	26
a) El tráfico ilícito de migrantes.....	26
b) La trata de personas.....	27
5. Algunos antecedentes de la migración en España.....	28
6. Antecedentes de la migración en Chile.....	36
7. Chilenos en España.....	42
8. Migrantes indocumentados.....	45
II. Las normas españolas sobre migración.....	50
9. Historia de la Ley de extranjería en España.....	50
10. Evolución de la Ley 4/2000.....	53
11. Estructura y breve análisis del contenido de la Ley de Extranjería española.....	56
12. Normativa complementaria a la Ley de Extranjería española.....	62
III. Instituciones en la Ley española de relevancia para Chile.....	66
13. Ingreso y permanencia de extranjeros en España.....	66

14. Requisitos específicos para el ingreso de extranjeros en España.....	67
15. Prohibiciones de ingreso.....	70
16. Tipos de visados.....	72
17. Visado de Tránsito.....	73
18. Visado de Estancia.....	74
19. Visado de Residencia.....	75
a). Residencia temporal.....	75
b). Residencia temporal en virtud de reagrupación familiar..	77
c). Residencia temporal en supuestos excepcionales.....	78
20. Visado de Residencia y Trabajo.....	78
a). Residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.....	78
b). Residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada.....	80
c). Residencia temporal y trabajo por cuenta propia.....	80
d). Residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios.....	81
21. Visado de Estudios.....	82
22. Arraigo Social.....	85
23. Reagrupación Familiar.....	89
24. Estructura orgánica de control.....	92

IV. Algunas sugerencias para actualizar la Ley chilena de Extranjería.....

25. Principales reclamos de los extranjeros en Chile. Jurisprudencia chilena en materia de extranjería.....	96
26. Expulsión y límite a las facultades discrecionales.....	96
27. Expulsión por malos antecedentes.....	99
28. Falencias de la Ley de Chile.....	101
29. Consideración de los derechos fundamentales.....	103
30. Reducción del articulado y mayor claridad de sus normas..	106

31. Actualización en materia de visados.....	108
32. Disminución de facultades discrecionales de la Autoridad Administrativa.....	111
Síntesis y Conclusiones.....	114
Bibliografía.....	118

*A mi familia,
en especial
a mis padres,
David e Hilda,
y a mi marido, Pablo,
quien me ha dado
su amor y apoyo
incondicional.*

*No me llames extranjero, porque haya nacido lejos,
o porque tenga otro nombre la tierra de donde vengo
no me llames extranjero, porque fue distinto el seno
o porque acunó mi infancia otro idioma de los cuentos...*

*...No me llames extranjero, traemos el mismo grito,
el mismo cansancio viejo que viene arrastrando el hombre
desde el fondo de los tiempos, cuando no existían fronteras,
antes que vinieran ellos, los que dividen y matan,
los que roban los que mienten los que venden nuestros sueños,
los que inventaron un día, esta palabra, extranjero...*

*...No me llames extranjero que es una palabra triste,
que es una palabra helada huele a olvido y a destierro...*

*...No me llames extranjero, mírame bien a los ojos,
mucho más allá del odio, del egoísmo y el miedo,
y verás que soy un hombre, no puedo ser extranjero.*

*Fragmento de poema
No me llames extranjero
de Rafael Amor*

INTRODUCCIÓN

En este trabajo pretendo mostrar, en parte, uno de los fenómenos más complejos que en la actualidad vivimos a nivel

nacional e internacional. Sin duda, el fenómeno migratorio ha existido en todas las épocas de la humanidad, sin embargo, hoy adquiere una espectacularidad desconocida anteriormente, debido, en lo fundamental, al fenómeno de la globalización, que ha traído consigo el desarrollo de los medios de comunicación y con ello, el rápido intercambio en la información. Adicionalmente, se debe considerar el avance en los medios de transporte y el abaratamiento de sus costos, haciéndolos más accesibles a todas las personas.

Son muchas las causas que pueden llevar a una persona a salir de su país de origen pero, en general, se puede decir que entre las principales causas están aquellas ligadas a la búsqueda de mejores condiciones de vida, instinto que llevamos inscrito en nuestra naturaleza, como seres humanos. En este sentido un autor afirma que “el desplazamiento de los seres vivientes en busca de condiciones favorables a su evolución y desarrollo es algo que está en la naturaleza. Ocurre con las plantas, que tienen el llamado fototropismo para buscar la luz, y con los animales, que se movilizan desde zonas áridas en busca de agua y alimento. Las aves emprenden largos periplos hacia zonas de temperaturas más adecuadas, y los peces se mueven desde aguas inhóspitas hacia otras más amables y seguras. No puede ser diferente para los humanos, más evolucionados y con la capacidad de inteligir sus vivencias y tomar decisiones fundadas en la racionalidad y no sólo en el instinto. El impulso migratorio de las personas es, en definitiva, el instinto de supervivencia inscrito en su naturaleza, procesado por la inteligencia según tiempo y lugar. Y si en el caso de animales y plantas ese instinto puede verse limitado por ciertas circunstancias adversas, para los seres humanos las limitaciones son sólo obstáculos a vencer con la capacidad de su cerebro racional. Por eso las migraciones de individuos y grupos son una constante a lo largo de la historia de la humanidad que, en la era de la globalización de

las comunicaciones y los medios de desplazamiento resultan simplemente imparables”.¹

Es así como debemos tener en cuenta que los obstáculos que se presenten a una persona que desea emigrar, ya sea físicos, normativos, económicos, policiales, etc., siempre serán sorteados por el hombre, dando lugar, muchas veces, a que la migración se desarrolle de manera irregular. Es por ello que el Derecho no se puede quedar atrás y debe regular en forma íntegra este fenómeno.

A lo largo de estas páginas haré referencia a la migración tanto en Chile como en España, países que, en la actualidad, se han convertido en sociedades receptoras.

En el caso de España, fundamentalmente latinoamericanos y africanos, son los que llegan a su territorio, cuyo auge se atribuye, principalmente, al despegue de su economía por encima del resto de las europeas. Para los latinos, además, es el más importante destino debido a la cercanía cultural, al compartir un pasado histórico común, que nos ha legado muchas de sus instituciones y también el idioma.

Chile a su vez, como país receptor del movimiento migratorio, lo es fundamentalmente de países vecinos, los cuales nos ven como un lugar donde pueden lograr una mejor calidad de vida, ello debido a que dentro del continente Americano, nuestro país es reconocido internacionalmente por su estabilidad económica, gobernabilidad política y seguridad ciudadana, si se le compara con nuestros principales vecinos.

En el trabajo se destacan algunas instituciones de la Ley de Extranjería de España, la cual es de reciente data (año 2000) y ha sufrido modificaciones en los últimos años, por lo que es una de las más actuales en la materia. España ha debido crear y

¹ Casanueva, Héctor. El impulso migratorio, en Migraciones: experiencias en América Latina y la Unión Europea. Centro Latinoamericano de Relaciones con Europa CELARE. Santiago, Chile. 2006. Pág. 13.

modificar su legislación migratoria, debido a que en muchos supuestos la realidad superó a la norma.

Finalmente, me refiero a los principales problemas que presenta nuestra ley de extranjería y propongo algunas sugerencias para que ésta sea modificada. Estimo que existe la urgente necesidad de actualizar estas normas para que sean coherentes con lo que es el fenómeno migratorio en la actualidad. Además, se requiere una reestructuración de la perspectiva con que se debe afrontar la materia, que hoy debe considerar los Derechos Fundamentales para todas las personas, incluyendo los extranjeros. Por último, sería muy positivo lograr una redacción más inteligible y moderna de una ley que interesa, principalmente, a personas que no comparten nuestra misma cultura. Todas estas modificaciones contribuirían al desarrollo de nuestro Derecho nacional y ayudarían a tener mayor control y gobernabilidad de este importante fenómeno, el cual, estimo, se encuentra regulado deficientemente por una legislación absolutamente desfasada.

I. LA MOVILIDAD HUMANA

1. CONDICIÓN JURÍDICA DEL EXTRANJERO. ALGUNOS ANTECEDENTES DE SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

En primer lugar, es interesante determinar qué entendemos por extranjero y hacer una breve reseña histórica de la evolución que ha tenido su condición jurídica.

Nuestra ley de extranjería, Decreto Ley N° 1094 de 1975, no nos da una definición de *extranjero*, por lo que para determinar su alcance debemos recurrir a la doctrina y a nuestro Código Civil. Así, el profesor Camilo Mori Ganna nos dice que “la palabra *extranjero* deriva del latín *extraneus* y esta voz de *extra*, que quiere decir fuera”.² El tratadista Diego Guzmán Latorre, profundizando en el término señala que “jurídicamente, extranjero es todo individuo que se encuentra en un país distinto de aquel de donde es nacional”.³ Por otra parte, el autor español Miaja de la Muela, nos dice que para él, “el concepto de extranjero es puramente negativo: es extranjero en un país el individuo o la persona jurídica al que sus leyes no le confieren la cualidad de nacional, séalo en otro Estado o se encuentre en situación de apatridia”.⁴

De lo anterior podemos concluir que, extranjero es toda persona que no es de la nacionalidad del país en que se encuentra.

² Mori Ganna, Camilo. Apuntes de Derecho Internacional Privado. Prensas de la Escuela de Derecho de Valparaíso de la Universidad de Chile, Valparaíso, Chile 1962. Pág. 89

³ Guzmán Latorre, Diego. Curso de Derecho Internacional Privado. Editorial Jurídica. Santiago, Chile. 1973. Pág. 367

⁴ Citado por Guzmán Latorre, Diego. (cita n° 3), Pág. 367.

Tradicionalmente se ha considerado que cada estado es libre y soberano para determinar mediante sus propias normas internas, ya sean civiles o constitucionales, quiénes son nacionales y quiénes extranjeros.

En nuestro país la situación es la siguiente: el artículo 55 del Código Civil divide las personas en chilenos y extranjeros. Por su parte el artículo 56 del mismo Código, se limita a decir que “son chilenos los que la Constitución del Estado declara tales. Los demás son extranjeros”.

Nuestra Constitución Política, en su artículo 10, determina quiénes son chilenos, por lo que todo aquel que no se encuentre comprendido en las hipótesis que contempla la norma, será extranjero.

Ya decíamos que las razones por las que una persona va a otro país son múltiples y siempre han existido. En todos los tiempos y en todas las edades ha habido personas, y a veces grupos considerables, que han tenido alguna razón para desplazarse dentro del mismo país, o bien para migrar de un país a otro, pasando a ser extranjeros o forasteros en este último, sin embargo, no siempre se les ha dado el mismo trato.

A lo largo de la historia de la humanidad, el extranjero no ha sido visto como actualmente lo es, sino que su status jurídico ha pasado por diversas etapas. Así lo reconoce Romero del Prado cuando nos dice “Hoy en día todos los Estados civilizados reconocen la personalidad jurídica del extranjero, se los admite como sujetos de derechos, pero ha sido variada su suerte a través del tiempo y en los distintos pueblos. En los pueblos antiguos denominados *teocráticos*, la religión era el eje alrededor del cual giraba la vida jurídica. Ciudadano era quien poseía la religión de la ciudad y el extranjero que no participaba en los ritos religiosos, que

no gozaba de la protección de los dioses, no disfrutaba de derecho alguno.”⁵

Por su parte, Duncker señala que el extranjero era considerado “como un enemigo al cual se le negaban los derechos más fundamentales”.⁶ Sales y Ferrè señala al respecto que “la extranjería equivalía a la privación de todos los derechos políticos y civiles”.⁷

El autor Romero del Prado nos describe algunas situaciones paradigmáticas de lo que ocurrió en los distintos pueblos en la antigüedad, en los siguientes términos: “En la India, los extranjeros carecieron de todo derecho; eran seres impuros, excluidos del régimen social de las castas... colocados aún después de algunos animales. En el antiguo Egipto, no gozaban de ninguna consideración durante el periodo sacerdotal. Y en Roma, el extranjero es el *hostis* o enemigo, que carece de derechos en un principio y a quien, después, se le califica de *peregrinii* y *socii*”.⁸

En algunos pueblos también se le reconocían ciertos derechos a cierto tipo de extranjeros. Por ejemplo ello ocurría en Persia, en la civilización Asirio-Caldea, entre los hebreos, los árabes, y otros. Así, en el pueblo Hebreo, existía el mandato divino según el cual debían respetar y amar al extranjero, “y al extranjero no engañarás ni angustiarás...”⁹ o, “Amaréis, pues, al extranjero; porque extranjero fuisteis en la tierra de Egipto”.¹⁰

Sin embargo, al haber elementos de contacto entre los distintos pueblos, los cuales se relacionaban entre sí “comienza a

⁵ Romero del Prado, Víctor. Manual de Derecho Internacional Privado, Tomo I, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina 1944. Pág. 219.

⁶ Duncker Biggs, Federico. Derecho Internacional Privado, parte general, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile 1950. Pág. 288.

⁷ Sales y Ferrè, citado por Romero del Prado, Víctor. (cita n° 5), Pág. 219.

⁸ Romero del Prado, Víctor. (cita n° 5), Pág. 221 y sgtes.

⁹ Éxodo capítulo 22, versículo 21. Biblia Antigua Versión de Casiodoro De Reina (1569) Revisada por Cipriano de Valera (1602) Revisión de 1960.

¹⁰ Deuteronomio capítulo 10, versículo 19. Biblia (cita n° 9)

practicarse la *hospitalidad*, protección dispensada al transeúnte que se considera como un alto honor...”.¹¹

“En tiempos tan remotos, la hospitalidad era el único lazo que unía a los hombres y la única seguridad del viajero. En todas partes el extranjero era enemigo; pero si iba solo e indefenso, se le recibía con los brazos abiertos”.¹² Es así como se ve el primer signo de evolución en cuanto al trato dado al extranjero.

“En la Edad Media, bajo el régimen feudal, se conservó todavía al extranjero fuera del derecho común. El extranjero, conocido con el nombre de *aubana*, era todo individuo que había nacido fuera del territorio del señor”. Estaba afectado por una serie de incapacidades y no podía beneficiarse con actos por causa de muerte, de donde se originó el famoso adagio que decía: el extranjero vive libre, pero muere esclavo”¹³. En la Edad Media, y aún en el siglo XVII, según nos dice Romero del Prado “los extranjeros eran víctimas, también, del llamado derecho de naufragio, por el cual los bienes y luego las personas de los náufragos, considerados como despojos del mar, eran presa de los soberanos ribereños”.¹⁴ Sólo el progreso y la civilización consiguieron extirpar esta costumbre, y hoy día estas víctimas son protegidas no sólo por los artículos de los códigos, sino también por la conciencia pública y la caridad ejercida por sociedades particulares, llamadas de salvamento de náufragos.

Poco a poco la condición del extranjero fue evolucionando y tornándose más favorable a éste, se afirma por Romero del Prado que “contribuyeron a mejorar la situación del extranjero o en otros términos al progreso del régimen de

¹¹ Romero del Prado, Víctor. (cita nº 5), Pág. 220.

¹² Romero del Prado, Víctor. Tratado de Derecho Internacional Privado, Tomo I, Editorial Assandri, Córdoba, Argentina 1942. Pág. 331.

¹³ Duncker Biggs, Federico. (cita nº 6), Pág. 290.

¹⁴ Romero del Prado, Víctor. (cita nº 5), Pág. 249.

extranjería, además del desarrollo del comercio, el cristianismo y las cruzadas”.¹⁵

Posteriormente, en la época de cambios que trae consigo la Revolución Francesa, la Asamblea Constituyente, “obrando bajo la influencia de las ideas de igualdad y fraternidad, suprimió las incapacidades a que estaban afectos los extranjeros en el antiguo régimen”.¹⁶

Llegamos así al momento en que se reconoce la igualdad jurídica del extranjero a nivel internacional y en que diversos organismos y conferencias comienzan a preocuparse por su status. Así, “... el Instituto de Derecho Internacional, en su sesión de Oxford (1880), aprobó el siguiente principio: El extranjero, cualquiera que sea su nacionalidad o su religión, debe gozar de los mismos derechos civiles que el nacional, salvo las excepciones expresamente establecidas por la legislación actual”.¹⁷

Las Conferencias Panamericanas se han ocupado también con especial interés de la condición jurídica de los extranjeros.

Sólo en la época contemporánea se consolida a nivel internacional la tendencia que afirma la igualdad jurídica del extranjero, y es así como “la tendencia asimiladora del extranjero al nacional en el goce de los derechos privados, triunfa en las Constituciones de los Estados Unidos de América y República Argentina”.¹⁸

Sin embargo, esta situación sufre un pequeño revés cuando tiene lugar la primera Guerra Mundial. Como plantea Ramírez Necochea, “Desgraciadamente, la primera guerra mundial demostró los peligros potenciales que encierra la presencia de extranjeros en un Estado. Desde entonces, ideologías nacionalistas,

¹⁵ Romero del Prado, Víctor. (cita nº 5), Pág. 250.

¹⁶ Duncker Biggs, Federico. (cita nº 6), Pág. 292.

¹⁷ Duncker Biggs, Federico. (cita nº 6), Pág. 292.

¹⁸ Romero del Prado, Víctor. (cita nº 12), Pág. 366.

el deseo de proteger al trabajador nacional, la alarma ante el excesivo número de extranjeros en ciertos países, y consideraciones de reciprocidad, han rebajado considerablemente el nivel jurídico del extranjero, y la mayoría de los países civilizados ha vuelto a establecer preferencias y prerrogativas a favor de los nacionales y en desmedro de los extranjeros”.¹⁹

Pero, finalmente, al menos en teoría, se ha impuesto la tesis de la igualdad jurídica del extranjero y de que los Estados no pueden cerrar arbitrariamente las fronteras, aún cuando en la práctica hemos podido ver un nuevo retroceso en la materia, a raíz de los atentados sufridos por Estados Unidos, el 11 de Septiembre de 2001.

En cuanto a los derechos que se reconocen a los extranjeros, tenemos que los Derechos Privados o Civiles son reconocidos por todos los Estados, existiendo diversos sistemas nacionales de reconocimiento. Chile sigue el sistema de la asimilación de los derechos del extranjero a los del nacional, aún cuando esta asimilación no es absoluta.

Los Derechos Fundamentales o Derechos Humanos son inalienables, inherentes a la persona humana, por lo que gozan de ellos, al menos en teoría, tanto nacionales como extranjeros. Nuestra Constitución Política los enumera en su artículo 19, donde se aseguran a todas las personas, sin hacer distinción entre chilenos y extranjeros.

Sobre los derechos políticos o cívicos, Duncker señala que “Estos derechos, según un principio generalmente admitido por los tratadistas y por casi todos los países, corresponden exclusivamente a los nacionales y no a los extranjeros, quienes sólo pueden tener opción a ellos abandonando su condición de tales mediante la naturalización”.²⁰

¹⁹ Ramírez Necochea, citado por Guzmán Latorre, Diego. (cita nº 3), Pág. 376.

²⁰ Duncker Biggs, Federico. (cita nº 6), Pág. 319.

Con respecto a lo que ocurre en nuestro país, el artículo 14 de la Constitución Política, señala que los extranjeros avecindados en Chile por más de cinco años, que hayan cumplido 18 años de edad y que no hayan sido condenados a pena aflictiva, podrán ejercer el derecho a sufragio en los casos y formas que determina la ley.

Hoy en día no cabe ninguna duda de que el extranjero debe ser tratado correctamente y con respeto de sus derechos, ya que se considera que "... el Estado tiene obligaciones impuestas por el derecho de gentes, por la comunidad internacional, o en otros términos, su libertad tiene límites y si se atreviere a tratar mal a los extranjeros o simplemente a autorizar con su no intervención semejantes excesos, ciertamente se expondría a reclamaciones a las cuales sin retardo debería dar una satisfacción. Ello es de práctica corriente y la costumbre diplomática sirve aquí de señal indudable de existencia de un derecho internacional constante, limitando la libertad del Estado".²¹

Por último, corresponde que la persona que ingresa en un país distinto al de su origen sea tratada con respeto de sus derechos y conforme al principio de la igualdad, así lo estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Opinión Consultiva cuando indicó que "el principio de igualdad tiene carácter de *ius cogens*".²² La Corte señaló que si bien los Estados no pueden discriminar contra los migrantes, pueden darles cierto tratamiento diferente con relación a los nacionales y distinguir entre los autorizados y los no autorizados, siempre que lo hagan de manera razonable, objetiva, proporcional y respetuosa de sus derechos humanos.

²¹ Pillet citado por Romero del Prado, Víctor. (cita nº 5), Pág. 217.

²² Opinión Consultiva OC-18, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. 17 de septiembre de 2003, párrafo 111-120

2. EL FENÓMENO MIGRATORIO. CONCEPTOS GENERALES.

La migración es un fenómeno social que en la actualidad preocupa por su masividad, miles de personas salen diariamente de sus países originarios para ingresar a otro. En cuanto a cifras, el coordinador del Programa Migración y Desarrollo de CELARE Pedro O. Hernández, ha señalado que, “la OIM (Organización Internacional para la Migración creada en 1951) informa que los migrantes representan tan sólo el 2,9% de la población mundial –entre 185 y 192 millones de personas- y según las estimaciones de la División de Población de las Naciones Unidas, 49% son mujeres”.²³

Como ya hemos señalado, los desplazamientos humanos han existido desde siempre. Así, a lo largo de la historia de la humanidad es posible encontrarse con migraciones individuales o masivas, voluntarias o forzadas. Paula Crispi señala al respecto que “la emigración, entendida como una manifestación social en virtud de la cual las personas abandonan voluntariamente su entorno para incorporarse a otra sociedad con el fin de mejorar sus condiciones de vida, ha sido un hecho visible en todos los tiempos”.²⁴ Corresponde muchas veces a lo que el ser humano lleva en su instinto de supervivencia, o a la capacidad que tenemos para sobreponernos y superar las adversidades, y de esta manera buscar una vida mejor.

Pero, si bien, las migraciones han existido siempre, hoy adquieren una gran connotación porque debido a la globalización y al rompimiento de límites que ella implica, ya sea en materia de comunicación, de transporte, etc., las migraciones se

²³ Hernández, Pedro O. Elementos para una agenda euro latinoamericana de Migración y Desarrollo, en Migraciones: experiencias en América Latina y la Unión Europea. (cita n° 1) Pág. 119.

²⁴ Crispi, Paula de Dios. Inmigrar en Chile: Estudio de una cadena migratoria hispana. Editorial Universitaria, S.A. Santiago, Chile. 1993. Pág. 13.

tornan masivas y con tendencia al crecimiento. Así lo señala Ivonne David, ex directora del Centro de Información y Orientación para Inmigrantes de Madrid, al plantear que hoy en día “somos testigos de un creciente y sostenido movimiento migratorio, que adquiere mayor espectacularidad por su carácter masivo, desde las regiones en crisis y más pobres del planeta, hacia los países más estables y de mayor nivel de desarrollo”.²⁵ Por su parte Pedro Martínez-Vargas, Primer Consejero de la Delegación de la Comunidad Europea en Chile, señala que “La mundialización de los intercambios y la facilidad de acceso a la información, han tenido como consecuencia la aceleración de la movilidad de las personas, y a su vez, ello ha aumentado el número de países emisores de migrantes y las categorías de personas que desean emigrar”.²⁶

Sin lugar a dudas, son muchas las causas de la migración, pero hoy en día, la más importante de ellas es la pobreza. No deja de ser desgarradora la historia de miles de personas que viven en la más absoluta miseria y pasando necesidades de todo tipo, o de aquellos que si bien no se encuentran en ese extremo, están seguros de que en otro lugar se les brindarán oportunidades a las que no pueden acceder en su país de origen y con ello podrán mejorar ostensiblemente su calidad de vida. Se reconoce entonces que “ha sido básicamente, la movilidad de los capitales lo que ha impulsado a las personas a salir tras ellos en busca de oportunidades que no encuentran en sus países de origen”.²⁷ Las personas siguen al capital, que constituye para ellas fuente de trabajo y oportunidades de las que carecen en el país del cual son nacionales. Tenemos así, que la migración actual presenta un rasgo principalmente económico o de tipo laboral.

²⁵ David, Ivonne. Entre la Necesidad y el Rechazo, en Migraciones: experiencias en América Latina y la Unión Europea (cita nº 1), Pág. 71.

²⁶ Martínez-Vargas, Pedro. La política de inmigración de la UE, en Migraciones: experiencias en América Latina y la Unión Europea (cita nº 1), Pág. 33.

²⁷ Pérez Villar, Carmen Gloria. Condición Jurídica de los extranjeros. La migración Internacional. Trabajo presentado para su publicación a la Sociedad Chilena de Derecho Internacional. Pág. 1.

Al respecto, Nicolás Torrealba quien fuera Jefe del departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior de Chile, con respecto a lo señalado, expresa que “una de las principales causas de la migración la encontramos en la desigual distribución de la riqueza, tanto en el plano interno como a nivel internacional. La comunidad internacional ha sido incapaz de solucionar un problema que cada día se agudiza más. Así como la migración interna (principalmente del campo a la ciudad) se produce por la búsqueda de mejores expectativas de vida en áreas geográficas donde existe la imagen de mayor prosperidad, la migración internacional –con características económico-laborales-, responde a los mismos patrones”.²⁸

Haciendo hincapié en lo mismo, pero mencionando, además, otras causas del fenómeno migratorio Jaime Ensignia, Director de Proyecto socio-político de la Fundación Friedrich Ebert, señala que el Panorama Laboral 2002 de la OIT en América Latina y el Caribe sobre Migración internacional y Mercado de trabajo global, reconoce que “las principales causas que motivan la decisión de emigrar son económicas, asociadas con las expectativas de los trabajadores (as) de obtener mayores ingresos en el extranjero que en su país de origen. Sin embargo, también inciden otras variables, de naturaleza diferente, como los conflictos bélicos, la discriminación racial, social o cultural, y la persecución política en el país de origen”.²⁹ Podríamos agregar, catástrofes naturales, problemas de salud, etc. Todas ellas, razones que empujan a las personas hacia otro país, hacia una sociedad donde se facilite la solución de estos problemas. Pero además, existen razones de orden psicológico que también juegan un rol preponderante al momento que una persona se plantea la posibilidad de emigrar, así lo reconoce

²⁸ Torrealba, Nicolás citado por Ensignia, Jaime. La migración como un Derecho Humano, en Migraciones: experiencias en América Latina y la Unión Europea (cita nº 1), Pág. 19.

²⁹ Panorama Laboral 2002: documento de la OIT que contiene los análisis de la coyuntura en materia de empleo, remuneraciones, progreso laboral de los países y proyecciones de corto plazo. Citado por Ensignia, Jaime. (cita nº 28), Pág. 20.

Paula Crispi, quien señala que “...nos encontramos con una serie de motivaciones psicológicas que, pese a su importancia, no han sido lo suficientemente consideradas a la hora de evaluar este proceso. En varios casos, una determinada disposición anímica, ciertas insatisfacciones personales o con el medio que los rodea, el deseo de romper con ciertas ataduras sociales, de emular al indiano que regresaba a su tierra triunfante o el enorme atractivo de lo desconocido, podían significar razones determinantes a la hora de partir”.³⁰

La migración puede ser libre o dirigida. Es libre, cuando el migrante decide salir de su país de origen y lo hace por sus propios medios, y es dirigida cuando es el Estado receptor el que fomenta la inmigración y se encarga del viaje e instalación de los extranjeros en el país. En nuestro país, esta última tuvo lugar a propósito de la colonización en las regiones del sur, a fines de 1800 y principios de 1900.

Podemos hacer, además, otra distinción a propósito de las migraciones entre forzadas y voluntarias. Son migraciones forzadas aquéllas en que las personas se ven obligadas a abandonar su lugar de residencia al ser “víctimas de persecución individual o cuando huyen de situaciones de violencia generalizada, de conflictos armados o de desastres naturales. Por el contrario, se denomina migraciones voluntarias a los flujos que obedecen a la decisión de mejorar las condiciones de vida personales y familiares. Cabe destacar que la voluntariedad en las migraciones por razones económicas es cuestionable, ya que en muchos casos, las condiciones económicas son tan adversas que la migración se convierte en la única opción para sobrevivir”.³¹ Tal es el caso de miles de personas que viven en la más absoluta miseria en países africanos, y que ante su desesperación se lanzan al mar en precarias

³⁰ Crispi, Paula de Dios. (cita nº 24), Pág. 54.

³¹ Olea Rodríguez, Helena. Derechos Humanos y Migraciones. Un nuevo lente para un viejo fenómeno, en Anuario de Derechos Humanos Nº 3-2007. Santiago, Chile 2007. Pág. 198.

embarcaciones con el objetivo de alcanzar las costas españolas o portuguesas. Es de conocimiento público en España, que los marroquíes por ejemplo, prefieren dedicarse al comercio ambulante o incluso mendigar en calles españolas con tal de no vivir en sus pueblos, pues por lo menos en España pueden alimentarse, cosa que muchas veces ni siquiera pueden hacer una vez al día en su país.

Siguiendo esta misma línea, la Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración de España, Consuelo Rumí³², señala que hace ya varios siglos Montesquieu resumió este devenir constante al afirmar que los seres humanos siguen siempre la senda de la libertad y de la riqueza, entendida esta última como la expectativa de un porvenir con unas condiciones más dignas para sobrevivir, dado que áreas enteras del planeta viven marcadas por la pobreza, el retraso, la marginalidad y la desigualdad. Para mostrar la gran diferencia que existe entre los distintos países, nos da unos datos estremecedores: un ciudadano de Noruega tiene la misma renta que 491 congoleños; la de un ciudadano suizo es igual a la de 416 etíopes. Esto demuestra la gran desigualdad, la inmensa brecha que existe entre los países desarrollados y los subdesarrollados, y justifica por qué tantas personas lo arriesgan todo, incluso en ocasiones su vida, para ingresar a un país, que muchas veces no quiere su presencia.

El migrante puede tener la suerte de ser bien acogido en la sociedad receptora, caso en que su soledad, anhelo y añoranza por su tierra serán más fáciles de sobrellevar, pero también puede ocurrir (y me atrevería a decir que es lo más corriente) que no tenga un grato recibimiento y que su estadía en el país receptor sea difícil, puesto que, además de su tristeza propia de inmigrante, deberá lidiar con el rechazo social, racismo, xenofobia y discriminación por parte de los ciudadanos de ese país, situación que se agrava cuando el

³² “La procura impulsa el estudio y análisis de la inmigración y la justicia”, por Raúl de Andrés, en Revista española Procuradores. Editorial Nueva Época, N° 69. Madrid, España, agosto 2007. Pág. 10 y 11.

migrante se encuentra en irregularidad administrativa. Es muy duro ser inmigrante, es difícil convivir con personas que tienen ideas xenófobas muy arraigadas. Ello suele ocurrir en todas las sociedades receptoras, aunque en algunas más que en otras. Incluso en nuestro país, hoy receptor de nuestros vecinos del norte, ya hemos podido ver algunas manifestaciones de este tipo.

A propósito de la nostalgia y de lo que extraña el inmigrante, se habla incluso de un mal o síndrome psicológico. Javier Torres Ailhaud, decano del Colegio Oficial de Psicólogos de las Islas Baleares define el Síndrome de Ulises como “el dolor oculto del inmigrante”. Este no deja de ser un dolor anónimo y callado que sufren los desplazados en países ajenos al propio, en soledad y en silencio para no hacer más dolorosa su separación, ni hacérsela participe a sus allegados. “Es, en definitiva, una pérdida que da lugar a un proceso de duelo. Duelo por la familia y amigos, duelo por la tierra, duelo por las tradiciones y cultura,... duelo por haber tenido que salir de su país”.³³

Por último, estimamos que debe producirse un cambio en la perspectiva con que se ve el fenómeno migratorio, para que ella deje de ser vista como un defecto de nuestra sociedad, y se asuma como un hecho que también puede significar efectos positivos, ya sea como un elemento dinamizador, tanto de la economía de los países receptores, como de su cultura, sin desconocer el importante rol que cumplen en el plano laboral y social, pues como es de conocimiento público “las economías más ricas tienen crecimientos demográficos muy lentos. De ahí que estas sociedades tienden a tener una relación ambigua con la migración. Se defienden del migrante, pero al mismo tiempo lo atraen porque lo necesitan”.³⁴ El inmigrante es necesario para suplir carencias de

³³ Periódico español Baleares sin Fronteras, “El Síndrome de Ulises: el dolor oculto del inmigrante” de Ivis Acosta. 2ª quincena de enero de 2008. Pág. 16.

³⁴ Gazmuri, Jaime. Una reflexión sobre las migraciones en América Latina y Chile, en Migraciones: experiencias en América Latina y la Unión Europea (cita nº 1), Pág. 86.

mano de obra y vacíos demográficos en los países receptores, y en ellos aportan su trabajo contribuyendo a la riqueza de los mismos. Un autor señala que “En el último siglo, la migración ha salvado a la economía de muchos países. Sin migrantes, Estados Unidos, Canadá y Australia no estarían entre los países más ricos del mundo. La migración es riqueza y los países con grandes extensiones lo han sabido hace mucho tiempo”.³⁵

Es necesario reconocer los aportes positivos de los inmigrantes, tomar conciencia de su vulnerabilidad y respetar sus derechos y, por que no decirlo, tener una mirada más positiva frente a este fenómeno, que no puede dejar de ser una mirada más humana.

El 4 de diciembre de 1990 la Asamblea General de las Naciones Unidas, teniendo en cuenta que existe un importante número de inmigrantes en el mundo, y que ese número continua incrementándose, proclamó el 18 de diciembre Día Internacional del Migrante, este fue un importante reconocimiento en esta materia y como dice Juan Pablo Blanco “El 18 de diciembre, es una fecha para que la celebremos todos como ciudadanos del mundo ¿Quién no ha tenido en sus ancestros un familiar que no haya emigrado algún día a otro país?”.³⁶

3. ALGUNOS ANTECEDENTES JURÍDICOS INTERNACIONALES DE LA MIGRACIÓN.

Se ha reconocido, ampliamente, en importantes instrumentos internacionales, el derecho de toda persona a salir de cualquier país. En la actualidad, es un derecho que todos tenemos y que, en cualquier momento podemos ejercer. “En un mundo

³⁵ Hernández González, Pedro. Elementos para una agenda Eurolatinoamericana de Migración y Desarrollo, en Migraciones: experiencias en América Latina y la Unión Europea (cita nº 1), Pág. 120.

³⁶ Periódico español Baleares sin Fronteras, “Reflexiones en Baleares por el día internacional del inmigrante” de Juan Pablo Blanco. 1ª quincena de diciembre de 2007. Pág. 2.

naturalmente global, donde la libre movilidad de personas es un derecho de todos, las interacciones humanas ya no son exclusivamente intrafronterizas sino cada vez más extraterritoriales”.³⁷

Este derecho se reconoce, expresamente, en los más importantes instrumentos de Derechos Humanos, como los siguientes:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 13.2, establece que “Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”.

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce este derecho al señalar en su artículo 12.2, que toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.

Sin embargo, el problema que surge es que este derecho a salir del país “no tiene su correlato en un derecho a ingresar a otro país, y esta prerrogativa, por el momento, aun está reservada a la regulación del Derecho Interno de cada Estado”.³⁸

Hay que reconocer que a nivel internacional ha habido varios avances en cuanto al reconocimiento de la vulnerabilidad de los migrantes y a su protección y respeto de sus derechos, como así también, en cuanto a la persecución de los delitos de que pueden ser objeto o víctimas. Así, en una resolución de la Cumbre de Viena, los Jefes de Estado y de Gobierno europeos y latinoamericanos hicieron un fuerte llamado a “tratar de manera seria y responsable este neurálgico tema de las migraciones y, de ese modo, evitar actitudes de xenofobia, nacionalismos a ultranzas y

³⁷ Bastón, Carlos. Las migraciones en los procesos de integración regional, en Migraciones: experiencias en América Latina y la Unión Europea (cita nº 1), Pág. 77.

³⁸ Pérez Villar, Carmen Gloria. La movilidad humana y su reflejo en el Derecho Internacional Actual, en Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público, Editorial LexisNexis. Santiago, Chile. 2005.

otros hechos que afectan a las minorías de inmigrantes en los países de ambos continentes”.³⁹

La primera buena práctica de los países latinoamericanos y otros, fue la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional, del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, y del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños.⁴⁰

4. DELITOS ESPECÍFICOS QUE SE RECONOCEN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL CONTRA LOS MIGRANTES.

A nivel internacional se reconoce que los migrantes y sus familias pueden ser víctimas de los delitos que a continuación se señalan, los cuales han sido consagrados en importantes instrumentos jurídicos:

a) Tráfico ilícito de migrantes. Este delito se encuentra tipificado y regulado en el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada, de 15 de Noviembre de 2000⁴¹. Esta es una infracción a la legislación migratoria de un país, pues facilita la migración irregular, asistida por un grupo delictivo organizado (traficante), que es el sujeto activo en el delito. Por su parte el sujeto

³⁹ Ensignia, Jaime. (cita nº 28), Pág. 20.

⁴⁰ Rodríguez, Gabriela. Las migraciones internacionales de la perspectiva latinoamericana, en Migraciones: experiencias en América Latina y la Unión Europea (cita nº 1), Pág. 65.

⁴¹ Aprobado en Chile por Decreto Supremo N° 342 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 16 de febrero de 2005.

pasivo es el Estado, puesto que es un delito contra la soberanía del Estado.

El migrante es siempre objeto del delito y su consentimiento no lo convierte en copartícipe. En los casos que conllevan violaciones a los derechos humanos, el Protocolo relativo al tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, tipifica el delito de tráfico ilícito de migrantes *agravado*.

Son frecuentes las violaciones de los derechos humanos de los migrantes en manos de traficantes inescrupulosos, que incluyen torturas, malos tratos, lesiones, abandono antes de alcanzar el destino y que fácilmente pueden terminar en tragedias.

La profesora Carmen Gloria Pérez ha señalado que, en el caso de Chile “la tipificación en nuestro derecho interno del delito de tráfico de migrantes requerirá la modificación de nuestra legislación migratoria actualmente vigente”.⁴²

b) Trata de personas. Este delito está regulado en el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de Naciones Unidas Contra la Delincuencia Transnacional Organizada, de 15 de noviembre de 2000. Este es un delito contra las personas, que vulnera los derechos humanos porque incluye elementos de coacción, violencia física o psíquica, abuso y explotación. Se trata de la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos. El delito atenta contra la vida, la libertad, la dignidad y la integridad física, y puede tener carácter nacional o internacional.

⁴² Pérez Villar, Carmen Gloria. (cita nº 38), Pág. 119.

Cabe destacar el creciente interés de la comunidad internacional en proteger efectiva y plenamente los derechos humanos de los migrantes, y se plantea como absolutamente necesario seguir trabajando a nivel internacional por asegurar el respeto de los derechos y las libertades fundamentales de todos los migrantes.

5. ALGUNOS ANTECEDENTES DE LA MIGRACIÓN EN ESPAÑA.

España, al igual que como ocurre hoy en Chile, se ha convertido en un país receptor de los flujos migratorios, siendo destino de miles de personas y uno de los principales centros de atracción de migrantes en el mundo. Sin embargo, en otras épocas la situación era diametralmente opuesta, como lo señala Ivonne David, “España, por tradición país de emigrantes, con un desplazamiento de trabajadores españoles hacia América de alrededor de 2.200.000 personas entre 1906 y 1950, y hacia países europeos como Alemania, Francia y Suiza de un millón durante la década de los 60, ha visto evolucionar este perfil migratorio hacia otro totalmente diferente, el de un país de reciente desarrollo que se transforma en el objetivo de millares de ciudadanos de América Latina, África y Europa del Este. Esta corriente en sentido inverso a lo que ya era tradicional, se inicia con la llegada de la democracia a España y como consecuencia del auge económico experimentado por este país en la década de los 80”.⁴³

Hoy en día, con flujos inmigratorios constantes, tenemos que “el 9,3% de la población residente en España es extranjera. En 2015, según algunas previsiones, podrá llegar al 18%,”

⁴³ David, Ivonne. (cita nº 25), Pág. 73.

y así en cinco años (2001-2006), el número de inmigrantes en España se ha multiplicado por tres”.⁴⁴

La cifra de inmigrantes en España, entonces, es bastante considerable, y las cifras que se señalan, para el año 2007, son de 4.482.568 de extranjeros.⁴⁵ Así, España, no sólo ha visto evolucionar su pasado, al transformarse de país productor de emigración, en receptor, sino que, además, las altas cifras de inmigrantes lo convierten en el segundo país receptor de inmigración del mundo, después de Estados Unidos.

Pero ¿cuáles son las causas para que millones de personas vean a España como el destino favorito para residir y trabajar? Hassan Arabi, presidente de la Asociación Solidaria para la Integración del Inmigrante (ASISI), explicó que “son varios factores los que hacen de España un destino importante para la inmigración: el idioma para los latinoamericanos; la cercanía con el continente africano, y el crecimiento económico registrado en nuestro país en los últimos años, tendencia, que los analistas predicen, continuará al menos hasta el año 2010”.⁴⁶

A estas razones, es necesario agregar el hecho de que España es una de las puertas naturales de entrada al continente Europeo, por lo que ingresar a España para muchos equivale, entonces, ingresar a Europa. Por último, agregar también una de las causas fundamentales de la migración en general, que como ya decíamos, es la pobreza de miles de personas que viven sin poder satisfacer, en muchas ocasiones, sus necesidades más básicas y que por ello buscan ingresar un país que les ofrezca mejores condiciones de vida, por cualquier medio, ya sea regular o irregular.

De allí que hoy son cada día más numerosas y comunes “las *pateras* y *cayucos*, precarias y a menudo mortales

⁴⁴ Datos para la reflexión, en Revista española Procuradores. (cita nº 32), Pág. 13.

⁴⁵ Diario La Tercera de Chile, “Eligen los 5 países del mundo donde inmigrantes tienen mejor calidad de vida”, por Isabel Herrera León. 17.II.08. Pág. 11.

⁴⁶ “Inmigración, factor clave en el mercado de trabajo”, por Raúl de Andrés en Revista española Procuradores. (cita nº 32), Pág. 20.

embarcaciones en las que los africanos del norte se lanzan al mar, empezando la aventura de llegar a las costas españolas, para buscar un trabajo y quedarse, o desde allí penetrar en la Europa de las oportunidades”.⁴⁷

Es así como muchos de los inmigrantes se esfuerzan y hacen todo lo posible por ingresar al país de manera regular, pero también son muchos los que, por falta de información o simplemente porque no tienen otra opción, se aventuran a ingresar como turistas y quedarse en situación irregular cuando sus visas se vencen o así también, algunos ingresan, lisa y llanamente, por vías no habilitadas, convirtiéndose, a partir de ese momento, en irregulares.

Sin embargo, miles de personas sortean todos los obstáculos que se les puedan presentar, a fin de lograr residir en España y tener un trabajo en dicho país, ya que son muchos los beneficios que se obtienen en una sociedad como la española, desde luego el nivel de vida europeo, que no tiene comparación con el que les ha tocado vivir en sus países de origen y también, entre otras cosas, el sentir que en España sí se valora el trabajo y se retribuye de manera adecuada con el esfuerzo que implica para el trabajador.

Pero además, existe otro incentivo, cual es, el ingreso al continente europeo, ya que los residentes extranjeros con más de 5 años en la Unión Europea, tienen un status jurídico comparable al de los ciudadanos de los estados miembros de la Unión, esto quiere decir que pueden desplazarse y fijar su residencia en cualquier país de la Unión que ellos deseen, sin perjuicio de otros beneficios.

Es por esta última razón que la Unión Europea se encuentra en alerta y pretende reunificar las normativas relativas a la inmigración, ya que España es, por lo dicho anteriormente, la entrada a Europa. Así tenemos que, “hoy las autoridades españolas

⁴⁷ Casanueva, Héctor. (cita nº 1), Pág. 14.

se encuentran empeñadas en buscar soluciones que, por una parte le permitan hacer frente a emergencias como la que vive actualmente con la llegada masiva de inmigrantes en *pateras* por el Atlántico desde países como Senegal y Nigeria a las costas de las Islas Canarias, y por otra cumplir con sus compromisos como miembro de la Unión Europea, la cual se encuentra empeñada en volver a reunificar las normativas que regulan el ingreso de trabajadores extracomunitarios al espacio europeo”.⁴⁸

Por su parte, como lo señala Casanueva “España trata de administrar con sentido humanitario una avalancha de nuevos inmigrantes, y rechaza culpas en lo que se ha venido en denominar el *efecto llamada* supuestamente producido por una normativa migratoria que los demás socios comunitarios consideran demasiado permisiva”.⁴⁹

Estimamos que es necesario asumir la migración internacional como un fenómeno humano, y comprender que si éste es regulado y dirigido por el Estado, con la debida protección de los derechos de los migrantes, puede llegar a ser positivo para un país. Es así como en España se enfatiza en la contribución positiva de los inmigrantes legalmente admitidos, tanto respecto del crecimiento económico, la diversidad cultural y el enriquecimiento social de Europa en general. Debido a la escasez de mano de obra para algunos trabajos básicos y al interés en atraer personal cualificado, para una economía globalizada, y a una sociedad que va envejeciendo, la inmigración toma una nueva dimensión, para dejar de ser vista como un problema, o como una situación negativa, por lo que “el mensaje que se escucha hoy es que Europa necesita más inmigrantes. Las proyecciones demográficas indican que, de aquí al 2030, Europa experimentará un declive de alrededor de 20 millones

⁴⁸ David, Ivonne. (cita nº 25), Pág. 75.

⁴⁹ Casanueva, Héctor. (cita nº 1), Pág. 14.

de empleos debido exclusivamente al envejecimiento de la población, por efectos de la jubilación”.⁵⁰

Como se sabe, la regla general es que los países desarrollados tienen un bajo crecimiento demográfico, debido a que las parejas no quieren tener hijos, o bien si los tienen es en número reducido, por lo que la población europea en general, y la española, en particular, se va envejeciendo y disminuyendo.

La inmigración aparece, por tanto, como una de las soluciones para compensar el cambio demográfico y para asegurar el financiamiento de los sistemas de pensiones.

En la misma línea, de acuerdo a cálculos realizados, se estima que España “necesitará dentro de 40 años el doble de trabajadores inmigrantes de los que tiene actualmente para el mantenimiento de su economía, debido fundamentalmente a la baja de la natalidad y el envejecimiento de la población local”.⁵¹

José García Cantera, consejero delegado del banco español Banesto señala que “la inmigración es el factor más determinante en el crecimiento de la población española, con efectos muy positivos en el rejuvenecimiento de la misma, ya que dos de cada diez nacimientos en España corresponden actualmente a familias extranjeras. Además, estos inmigrantes constituyen una población joven, más del 50% tiene una edad comprendida entre los 20 y los 39 años”,⁵² por lo que la inmigración viene a influir positivamente en la situación demográfica de España.

Junto con el aspecto demográfico, se puede apreciar cómo también la inmigración ha tenido aspectos positivos en la economía, cosa que reconocen muchos de los españoles. Al respecto García Cantera nos dice que “sin la inmigración, no hubiera sido posible el despegue económico de España de la última década ni el

⁵⁰ Martínez-Vargas, Pedro. (cita nº 26), Pág. 36.

⁵¹ David, Ivonne. (cita nº 25), Pág. 74.

⁵² Datos para la Reflexión, en Revista española Procuradores. (cita nº 32), Pág. 13.

crecimiento de nuestra economía muy por encima del resto de las economías europeas”.⁵³

Alfonso Cuenca Miranda, ex viceconsejero en funciones de Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid, señaló que “los efectos beneficiosos de la inmigración están fuera de toda duda, y citó como ejemplo que en los últimos años se ha podido evitar el mal endémico de la inflación gracias, entre otras cosas, a la contención salarial provocada por la llegada masiva de inmigrantes”.⁵⁴

La inmigración es entonces un elemento de riqueza para España y es por ello que muchos abogan para que los inmigrantes sean tratados con respeto de sus derechos y para que ellos también obtengan beneficios económicos importantes por sus trabajos y aporten al crecimiento de la economía española; no olvidemos que esta es una de las principales razones por las cuales muchos han emigrado a España, para poder obtener mejores ingresos y ahorrar para ayudar a sus familiares que han quedado en el país de origen o para invertir en él, a fin de poder retornar a sus tierras con algún elemento de riqueza. Con respecto a esto, durante el año 2006, los inmigrantes enviaron a sus países de origen cerca de 7.000 millones de euros.⁵⁵ Por lo que no sólo se beneficia el país que recibe la inmigración, sino también el país de origen.

La revista estadounidense *Foreign Policy*, señala los cinco países donde los inmigrantes son más bienvenidos y tienen un mejor estilo de vida. Estos son Irlanda, Canadá, Nueva Zelandia, Israel y España, quienes son los que dan más facilidades a las personas que llegan al país y, en lo que estamos analizando, señala que en economía, desde el 2002 España ha creado la mitad de los trabajos de la zona euro, con un crecimiento económico promedio

⁵³ “La inmigración en números”, por Raúl de Andrés en Revista española Procuradores. (cita nº 32), Pág. 11.

⁵⁴ “Los retos y problemas de la justicia”, por Raúl de Andrés en Revista española Procuradores. (cita nº 32), Pág. 14.

⁵⁵ Datos para la Reflexión, en revista Procuradores. (cita nº 52), Pág. 13.

de 3,1% en los últimos años. Además, se señala que los españoles valoran a los inmigrantes. Según una reciente encuesta de Harris Interactive, un 42% de los españoles cree que los inmigrantes han ayudado a su país, mientras sólo el 19% de los británicos y franceses opinan lo mismo.⁵⁶

Se dice que a pesar de que muchas veces se presentan actitudes racistas y xenófobas, de las cuales incluso a veces tomamos conocimiento a través de los medios de comunicación, en general, la sociedad española brinda un buen recibimiento a los inmigrantes, es decir, son mayores las cosas positivas que las negativas, en cuanto a la aceptación social.

Sin embargo, es tan difícil vivir en otro país, es tan duro para el que migra, el poder adaptarse a una nueva sociedad en la que todo es distinto, y en la que muchas veces no se es bien mirado. Son miles las personas que han recibido alguna vez un trato discriminatorio y de rechazo por ser inmigrante.

Dora Aguirre, presidenta de la Asociación Hispano-Ecuatoriana Rumiñahui, reflexionó sobre “el rechazo social que muchos inmigrantes sienten al vivir en España, que a su vez genera el rechazo de los inmigrantes hacia una sociedad que les estigmatiza y no les acoge”.⁵⁷

Es por ello que lo más difícil para los inmigrantes es la integración. A propósito la autora Cristina Santamaría, nos dice que “mientras los niños expresan una natural apertura y comprensión ante lo diverso y lo nuevo que les facilita una integración múltiple en la diversidad... los adolescentes exhiben de forma más clara las dificultades del tránsito migratorio. Por su parte los jóvenes más mayores asumen la inserción social como la búsqueda de una compatibilización entre las culturas de origen de las que proceden y el interés por aprovechar todas las posibilidades

⁵⁶ Diario La Tercera de Chile, “Eligen los 5 países del mundo donde inmigrantes tienen mejor calidad de vida” de Isabel Herrera León. 17.II.08. Pág. 11.

⁵⁷ “Los retos y problemas de la justicia”, en Revista Procuradores. (cita nº 54), Pág. 15.

que les ofrece la nueva realidad en la que están y ante la que se sienten notablemente seducidos. Y finalmente, los adultos presentan dos momentos claramente distintos según el grado de inserción que sienten y experimentan: a menor inserción el objetivo fundamental es buscar ingresos y por lo tanto alguna forma de empleo remunerado, pero cuando se saben mejor insertos, tienen, sienten y experimentan cada vez más, potencialidades a desarrollar como forma de aprovechamiento de las posibilidades de esta cultura, es decir de esta forma de organización de lo social y lo económico”.⁵⁸

Por último, estimo que es necesario avanzar hacia una verdadera integración de los inmigrantes y reconocer a este grupo como personas que aportan un sin número de elementos positivos, como ocurre en el caso de la sociedad española. Así, Dora Aguirre reivindica “el papel de los inmigrantes como un colectivo preparado, trabajador, emprendedor y esencial para el desarrollo económico de España, y pide que se trabaje para evitar que sean tratados como ciudadanos de segunda clase”.⁵⁹ Lo más importante en el camino hacia la integración es el reconocimiento y el respeto de los derechos fundamentales.

Ana Calderón, directora de Etnia Comunicación (Consultora de comunicación y marketing que ofrece servicios sobre consumo de los inmigrantes en España),⁶⁰ se manifiesta sobre los cuatro puntos que a su juicio son esenciales para que la sociedad española avance en la plena integración de los inmigrantes: **a)** que la sociedad asuma con una actitud positiva la nueva España como un país multicultural y multirracial; **b)** que el inmigrante acceda a puestos de trabajo más acordes con su cualificación (el 75 por cien

⁵⁸ Santamarina, Cristina. Consumo y ocio de los inmigrantes latinoamericanos en España: un acercamiento desde la perspectiva cualitativa. Editorial IDD, Madrid, España 2005. Pág. 75 y 76.

⁵⁹ “Los retos y problemas de la justicia”, en Revista Procuradores. (cita nº 54), Pág. 15.

⁶⁰ “Claves para la integración social de los inmigrantes”, por Raúl de Andrés, en Revista Procuradores. (cita nº 32), Pág. 18

de los inmigrantes ocupan puestos no cualificados, a pesar de que tienen un nivel de estudios por encima de la media española); **c)** que los medios de comunicación dejen de dar una visión sesgada de la inmigración; y, **d)** por último, que el inmigrante ejerza su derecho al voto y pase a ser un ciudadano pleno, con todos los derechos y todas las obligaciones.

6. ANTECEDENTES SOBRE LA MIGRACIÓN EN CHILE.

Chile, a lo largo de su historia, ha tenido importantes períodos de inmigración y también de emigración, fundamentalmente en épocas de convulsión, ya sea política o económica. Sin embargo, en las últimas décadas el país se ha convertido en un centro de atracción de migrantes, principalmente latinoamericanos, y ha pasado a ser derechamente un país receptor de inmigración.

Si miramos nuestra historia, vemos que desde mediados del siglo XIX las migraciones estuvieron presentes en la conformación de nuestra nacionalidad. Por una parte la inmigración fue fomentada por el gobierno de Chile y se dio en dos formas distintas, inmigración colonizadora e inmigración libre. Ella tuvo sus causas, fundamentalmente, en la necesidad de poblar nuestro territorio, principalmente el sur, cuyo vacío demográfico era un peligro para la soberanía. También se creía que, a través de la inmigración, se podía mejorar nuestra raza. “Se entendía que los defectos propios de nuestra raza se verían aminorados con la mezcla de una sangre cuyas características convenían al mejoramiento general de la población, o sea, se necesitaba el elemento europeo.

Estas ideas partían de la base de que la constitución racial de nuestro pueblo era deficiente”.⁶¹

Es así como Chile, a fines del siglo XIX y principios del siglo XX, será testigo de la llegada de europeos, fundamentalmente españoles, italianos y alemanes, los que se instalarán principalmente, en el sur del país. En aquella época el gobierno pone en práctica el principio del estadista argentino Juan Bautista Alberdi “gobernar es poblar”. Pero también llegarán a nuestro país personas de países vecinos, los que vendrán a realizar labores relacionadas con el salitre. “Junto al Europeo que arribará en forma voluntaria a la nación, lo harán también peruanos, bolivianos y argentinos, quienes, en busca de trabajo, llegarán especialmente en el período del auge salitrero”.⁶²

Más adelante, también tuvimos asilados y refugiados políticos provenientes de Yugoslavia. Chile fue un país de asilo para ellos, quienes sin embargo, al no tener el nivel de vida al que estaban acostumbrados, abandonaron casi en su totalidad el país.

Por otra parte, nuestro país hace algunas décadas, tuvo una elevada emigración la cual “tuvo razones básicamente económicas y se orientó fundamentalmente hacia Argentina, profundizándose, por razones políticas y económicas, en la década de los 70 y 80”.⁶³ En esa época, muchos de nuestros compatriotas quedaron repartidos en diversos países del mundo, un número importante se quedó en la patagonia Argentina, donde actualmente reside el mayor número de chilenos que se encuentran en el extranjero, aunque es necesario aclarar que la emigración hacia Argentina se viene dando desde el siglo XIX.

Hoy en día, los chilenos siguen saliendo al extranjero, pero principalmente en busca de mejores oportunidades laborales y con el fin de lograr un nivel de vida más elevado que el que poseen

⁶¹ Crispi, Paula de Dios. (cita nº 24), Pág. 21.

⁶² Crispi, Paula de Dios. (cita nº 24), Pág. 32.

⁶³ Gazmuri, Jaime. (cita nº 34), Pág. 88.

en Chile. Sin embargo, es notorio también, el hecho que nuestro país se ha convertido, en los últimos años, en el destino de miles de personas, las que siguiendo al capital y al trabajo, han cruzado nuestras fronteras en busca de una vida mejor. Si nos enfocamos entonces, en el plano latinoamericano tenemos que, Chile es hoy en día un país receptor de los flujos migratorios.

Los procesos migratorios producidos en América Latina en las últimas dos décadas, son parte de las transformaciones en la economía, en las relaciones sociales y en la política. En este contexto es que Chile se ha convertido en un país receptor de movimientos migratorios en los últimos veinte años.

Así, en nuestro país tenemos hoy “una inmigración espontánea principalmente transfronteriza, con un importante grado de irregularidad, desde el punto de vista administrativo formal o documental”.⁶⁴ Ello debido, fundamentalmente, a que las personas vienen con visas de turistas, pero están lejos de serlo, por lo que una vez vencidas dichas visas pasan a encontrarse en situación irregular. Con respecto a esto, debido a la gran cantidad de extranjeros que se encuentran en nuestro país en dicha situación, en octubre del año 2007, el Subsecretario del Interior Felipe Harboe dictó una resolución para que éstos puedan acogerse al Programa de Regularización Migratoria, solicitud que podían efectuar los extranjeros en situación irregular por un plazo de tres meses, esto es hasta febrero de 2008.

Hace algunos años la crisis en Argentina y sus efectos en Uruguay, así como hoy en día, la inestabilidad política y económica de Venezuela, la fragilidad de la economía brasilera, el aumento del conflicto en Colombia⁶⁵, han producido un aumento en la cantidad de migrantes hacia países de la Unión Europea, pero

⁶⁴ Pérez Villar, Carmen Gloria. (cita n° 27) Pág. 2.

⁶⁵ Conflicto que hoy por hoy vive momentos de tensión que han impactado a todo el continente americano, y que ha derivado a su vez, en una crisis regional entre Colombia, Venezuela y Ecuador, la que afortunadamente se ha salvado en gran medida de buena manera.

también hacia países más estables económica y políticamente y más seguros, como Chile.

Hoy en día la movilidad si bien es básicamente de tipo económico-laboral, se da en todos los ámbitos y así tenemos que últimamente también ha aumentado el número de estudiantes que emigran a otros países. El año 2007 llegaron casi 2.300 estudiantes foráneos a universidades chilenas, 5% más que el año 2006. “Chile es un país atractivo para el extranjero, las cosas funcionan y hay estabilidad social. Además, la seguridad que ofrece Chile es clave a la hora de elegir al país como destino”.⁶⁶

Según Esteban Tumba, jefe de Departamento de Extranjería de la Intendencia Metropolitana, “actualmente, un 1,2% de la población chilena es de origen extranjero. Esa inmigración proviene en un 70% desde América Latina, concretamente América del Sur. La mitad es argentina y peruana. Si tomamos en cuenta los datos estadísticos podemos apreciar que la migración es básicamente de carácter fronterizo-regional y esencialmente de tipo laboral, con una fuerte presencia femenina”.⁶⁷

El incremento en materia de inmigración es notorio, ya que “si observamos los datos respecto de residencias otorgadas por el Ministerio del Interior y tomamos como año base 1988 hasta el 2005 vemos que la cifra inicial de beneficios (8.524) se multiplica casi 6 veces (50.684) el último año”.⁶⁸

Sin embargo, el tema de la inmigración debe analizarse desde una perspectiva más positiva de lo que se ha hecho hasta hoy, con una actitud de respeto a los derechos del migrante y reconociendo su vulnerabilidad, además “debe ser mirado como una necesidad de nuestra sociedad, porque Chile, apenas con un nivel medio de desarrollo, tiene bajas tasas de natalidad, que se

⁶⁶ Diario La Tercera de Chile, “En 5% aumentaron estudiantes extranjeros que llegaron a Chile” de J. Gallo/ S. Vargas. 14.I.08. Pág. 33.

⁶⁷ Tumba, Esteban. Migración y gestión de gobierno, en Migraciones: experiencias en América Latina y la Unión Europea. (cita n° 1) Pág. 107.

⁶⁸ Cifras del Ministerio del Interior citadas por Tumba, Esteban. (cita n° 67), Pág. 106.

asemejan a las de los países ricos. Generamos un tercio o menos de riqueza que los países desarrollados y tenemos una natalidad que en pocos años puede ser incluso negativa”.⁶⁹

“Chile y Argentina, son hoy países receptores de inmigrantes más que emisores de ellos, pero carecen de políticas de inmigración integrales y consolidadas, especialmente Chile”.⁷⁰ Así, se presenta como un imperativo, la necesidad de generar una política de inmigración que pueda acoger a los inmigrantes en nuestro país y al mismo tiempo dar gobernabilidad al fenómeno de la migración.

La política progresista apunta a transformar la cultura excluyente de nuestra sociedad. Esa cultura arraigada en el seno de la sociedad chilena que se molesta con la diferencia étnica y no valora, sino por el contrario, rechaza la diversidad cultural. Esa es la política que Chile necesita, una política progresista, con una ley de extranjería que se encuentre a la altura de las circunstancias.

Respecto a esto cabe mencionar que Esteban Tumba, analizando el Balance de Gestión Integral año 2005 de la Secretaría y Administración General perteneciente a la Subsecretaría del Interior de Chile, concluye que: “se invierte en mejorar complejos fronterizos, en acortar tiempos de tramitación de solicitudes o en mejorar los sistemas informáticos, pero no están todavía resueltos los aspectos de fondo, qué tipo de inmigración queremos, cuánta, en qué momentos, si establecemos sistemas de información que indicativamente nos ayuden a gobernar los flujos o sistemas imperativos... Para esto se requiere tener Política Inmigratoria, y hasta ahora no se ha explicitado nada al respecto, salvo declaraciones valóricas que no implican compromisos de gestión al sector público. Por otra parte, tampoco se indica nada respecto de la gobernabilidad del fenómeno una vez que los inmigrantes están asentados. Concretamente, nuestra institucionalidad pública debe

⁶⁹ Gazmuri, Jaime. (cita n° 34), Pág. 89.

⁷⁰ Casanueva, Héctor. (cita n° 1), Pág. 15.

responder a las necesidades que plantea la integración de estos nuevos habitantes del país y sus ciudades. Se requiere avanzar decididamente en la coordinación intersectorial que plantee escenarios menos hostiles a los extranjeros y que, además, nos permita prevenir marginalidad y estallidos sociales... No existen estrategias ni acciones dirigidas hacia la población inmigrante respecto de la información sobre sus derechos y obligaciones para producir un ejercicio efectivo de su espacio de ciudadanía, cuestión que permitirá avanzar en la disminución de las probabilidades de exclusión o marginación social”.⁷¹

El autor citado concluye que este es otro gran desafío para el Estado, generar acción para producir una integración de los inmigrantes a la comunidad nacional.

Cabe mencionar que el Gobierno ha elaborado una pauta o proyecto de política del Estado, la que reconoce como principios la solidaridad y la tolerancia, mostrando a Chile como un agente activo frente al fenómeno migratorio, con capacidad de cuantificar y direccionar, y como país abierto a la recepción de migrantes. Los principales derechos reconocidos son el de Residencia, Libertad de circulación, Protección social, No discriminación, Reunificación familiar y Derechos laborales.⁷²

Si bien este proyecto es importante en la materia que nos ocupa, esta es sólo una pauta que aún no se ha materializado.

Al momento de elaborar una política migratoria y una nueva ley de extranjería, se debe tener muy presente que “no se trata solamente de preparar las condiciones para insertarnos en el mundo, se trata también de preparar las condiciones para que el mundo se inserte adecuadamente en nuestro país”.⁷³

⁷¹ Tumba, Esteban. (cita n° 67), Pág. 114.

⁷² Proyecto citado por Pérez Villar, Carmen Gloria en “Los otros”, en Anuario de Filosofía Jurídica y Social, EDEVAL, Valparaíso, Chile 2002. Pág. 403.

⁷³ Tumba, Esteban. (cita n° 67), Pág. 114.

Por último, resulta importante analizar la situación española y su ley de extranjería, que ha incorporado las tendencias que sobre la materia se han ido consolidando y que puede servir de base para modificar nuestra desfasada ley.

“Lo ocurrido en España en la última década resulta muy ilustrativo para un país como Chile, cuyo proceso de democratización y de desarrollo tiene varias similitudes con el español”.⁷⁴

7. CHILENOS EN ESPAÑA.

Chile es un país que tradicionalmente ha producido emigración, aún cuando esto se ha visto revertido en las últimas décadas, en que ha pasado a ser un centro de atracción de migrantes, principalmente latinoamericanos; así lo plantea Andrea Zondek, al decir “Chile, tras el retorno a la democracia, ha pasado a ser un destino atractivo para la migración económica desde países vecinos y de la región. A su vez, la mejor posición de nuestro país a nivel internacional, ha motivado una calificación favorable de nuestros profesionales, muchos de los cuales emigran a países con mayor estándar de desarrollo”.⁷⁵ Como lo señalaba con anterioridad, muchos de nuestros compatriotas emigran en busca de países que les puedan dar un nivel de vida más elevado, lo que obviamente es mucho más fácil conseguir en un país desarrollado.

Aún cuando Chile es hoy un país receptor del movimiento migratorio, es mayor la cifra de chilenos que residen en el extranjero que la de los extranjeros residentes en Chile. Según datos del Ministerio del Interior son cerca de un millón de chilenos

⁷⁴ David, Ivonne. (cita n° 25), Pág. 73.

⁷⁵ Zondek, Andrea. Los desafíos de la migración para la cooperación internacional, en Migraciones: experiencias en América Latina y la Unión Europea (cita n° 1), Pág. 102.

los que se encuentran en el extranjero, frente a unos 300 mil extranjeros que se encuentran en Chile.

España es para los chilenos, y en general para los latinoamericanos, uno de los principales destinos de emigración, fundamentalmente, por las siguientes razones: su desarrollo y crecimiento económico, su estabilidad política, la afinidad y cercanía cultural, la similitud del idioma, que si bien en algunas ciudades o pueblos españoles no es tal, (ya que se usa como lengua oficial una diversa), encuentra la identidad en el hecho de que todos los españoles saben castellano, y, por último, tenemos una identidad forjada en el pasado histórico común. Todas estas circunstancias son evaluadas al momento de tomar la decisión de emigrar de Chile y, por supuesto, ellas ayudan a que la estadía del migrante en la sociedad receptora, que por sí misma es bastante dolorosa, no se torne más difícil de lo que debería ser, ya que “el desconocimiento de la lengua, las costumbres, la legislación y las prácticas, así como la ausencia de poder político, dificultan la relación de las personas migrantes con las autoridades estatales, incidiendo de manera negativa en el acceso a servicios y programas estatales”.⁷⁶

Es por ello que muchos chilenos han decidido probar suerte en España, e intentar así, tener el nivel de vida que no han podido lograr en nuestro país. Es así como España está dentro de los diez primeros países con mayor número de chilenos en el extranjero y que, según censos de población de países y de registro INE-DICOEX (Dirección para la Comunidad de Chilenos en el Exterior) 2003-2004, se encontraban en España 23.911 chilenos. Esta cifra ha aumentado con el paso del tiempo y en el primer semestre de 2007 se estima que habían viajado cerca de 80 mil chilenos a España. La mayoría de ellos viaja con objetivos laborales, conscientes de que es un país que necesita mucha mano de obra en los sectores primarios

⁷⁶ Olea Rodríguez, Helena. (cita n° 31), Pág. 203.

y que los españoles no demandan esos cupos de trabajos. Además, también viajan profesionales que pretenden perfeccionarse o bien obtener mayores ingresos debido a la buena calificación de los estudios profesionales que han cursado y, por último, emigran a España miles de estudiantes que la consideran el destino perfecto en cuanto a estudios universitarios y de post grado.

Una de las peores situaciones en que puede encontrarse un chileno en España es la irregularidad, a la cual muchos llegan por desconocimiento de la normativa española, o bien porque es la única forma que tienen para residir y trabajar en dicho país, a ellos la única opción que les queda es esperar el Arraigo Social.

La irregularidad constituye una situación que facilita la vulneración de los derechos de los migrantes y que éstos sean tratados discriminatoriamente. Aun cuando hay algunos chilenos que ni siquiera han alcanzado a ingresar al territorio español y que igualmente se han sentido discriminados y que en ocasiones acusan incluso malos tratos o trato vejatorio por parte de la policía española. Sin embargo, para el Cónsul General de España, Nabor García, Chile sigue teniendo un trato diferente a países como Bolivia o Ecuador. Un chileno basta que presente su pasaporte para ingresar como turista a España, pero debe cumplir con ciertos requisitos que muchos desconocen.⁷⁷ Estos requisitos son, por ejemplo, una bolsa de viaje en dinero en efectivo, documentos que justifiquen las relaciones familiares invocadas, o bien una carta de invitación, o reserva de hotel. Además, en ciertos casos se exige un seguro de asistencia. Los reclamos de las personas que son devueltas desde España a Chile van a dar al consulado español en Chile y al Ministerio de Relaciones Exteriores. En el organismo diplomático aseguran que en el último año (2006) han sido muy pocos los

⁷⁷ www.teletrece.canal13.cl Portal de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Sábado 4 de agosto de 2007.

devueltos, constituyendo una cifra marginal.⁷⁸ De estas declaraciones se deduce que el 99% de los chilenos no tiene ningún problema, por lo menos para ingresar a España. Sin embargo, recientemente ha hecho noticia la eliminación, por parte de España, de los obstáculos económicos, ya que la acreditación de al menos 514 euros por los primeros 9 días y 60 euros más por cada uno de los días siguientes que debían acreditarse, para permitir el ingreso a su territorio, fue eliminada por el Gobierno español. En los diez meses que llevaba aplicándose ese requisito, 360 chilenos habían sido deportados por no acreditar recursos. Sin embargo, a menos de un año, y en forma unilateral España decidió eliminar esa condición para turistas chilenos y mexicanos.⁷⁹ Con ello se facilita la entrada como turistas para los chilenos en España, lo que no deja de ser un aporte muy positivo en esta materia.

8. MIGRANTES INDOCUMENTADOS.

Los migrantes son un grupo vulnerable, pero dentro de ellos hay un subgrupo que lo es más todavía, éstos son los migrantes indocumentados, es decir, los que se encuentran residiendo en el país receptor de manera irregular. Con respecto a ellos, “algunos estados han optado por la penalización del ingreso no autorizado, como herramienta de control migratorio y social. Sin embargo, esta estrategia ha demostrado ser onerosa y muy poco eficaz”.⁸⁰ Ello debido, fundamentalmente, a que si los incentivos para ingresar a un país son muy elevados, y en muchas ocasiones se presentan como la única posibilidad de sobrevivencia, el ser humano sorteará todos los obstáculos que se le presenten, a fin de lograr su objetivo. Es así como las normas restrictivas y las sanciones que se puedan imponer no desalientan la migración. Se da lugar, entonces,

⁷⁸ www.teletrece.canal13.cl sábado 4 de agosto de 2007.

⁷⁹ Tele13 en Canal 13, Sábado 08 de marzo de 2008.

⁸⁰ Olea Rodríguez, Helena. (cita n° 31), Pág. 197.

a la migración irregular. Así, por una parte, “si bien se incentiva el libre flujo de capitales e información, se restringe el de las personas. Tal restricción si bien no evita la migración sí obliga a que se realice de manera informal y por lo tanto favorece la creación de mano de obra barata que no puede apelar a ningún tipo de derechos... facilitando su explotación”.⁸¹

A propósito de este tema, Ana Botella, ex concejala de Empleo y Servicios al Ciudadano, del Ayuntamiento de Madrid, señaló que “si la inmigración no es legal, acaba degradando la dignidad de la persona y generando dentro de los propios inmigrantes situaciones de pobreza, de inseguridad y de desigualdad”.⁸²

En todos los países receptores podemos encontrarlos, pero ellos son más frecuentes en aquellos países que tienen una normativa de extranjería mas rigurosa y, en general, podemos afirmar que son un “... grupo de extranjeros que desarrollan su vida en la clandestinidad y al margen de la ley, y que por ello pueden llegar, incluso, a perder su identidad civil. Se convierten en fantasmas”.⁸³ Estos fantasmas una vez que se encuentran en dicha calidad, pasan a ser víctimas de una serie de abusos y su situación se torna cada día más precaria, tal como lo señala la profesora Carmen Gloria Pérez “... los inmigrantes indocumentados suelen vivir en una ilegalidad que se alimenta a si misma (falsificación de documentos, contrabando, etc.) por razones de sobrevivencia. Esta situación implica una extrema marginalización ya que se sobrevive con un miedo constante a ser descubierto, deportado o chantajeado; además, también significa una falta de acceso a servicios básicos, llegando al extremo de la perdida de una identidad civil y una nacionalidad par sus hijos... así la precariedad de su situación

⁸¹ Gazmuri, Jaime. (cita n° 34), Pág. 86.

⁸² “La inmigración en números”, en Revista Procuradores. (cita 53), Pág. 12.

⁸³ Pérez Villar, Carmen Gloria. (cita n° 72), Pág. 395.

constituye una ocasión para tratarlo injustamente”.⁸⁴ O en las palabras de Zondek “la situación configura un círculo de nulas perspectivas, pues quienes se mantienen ejerciendo labores en la ilegalidad, son personas sin identidad civil, y por lo tanto carentes de las seguridades sociales mínimas y desprovistas de los derechos humanos fundamentales”.⁸⁵ Por el hecho de encontrarse indocumentados, estos migrantes quedan privados de los servicios sociales mínimos, a la vez que pasan a ser explotados por sus empleadores y víctimas de diferentes situaciones abusivas, en las que no se respeta su calidad de migrante o peor aún, en las que no se respeta su condición de ser humano.

La vulnerabilidad en que se encuentran los migrantes indocumentados produce como consecuencia la explotación por parte de empleadores, que pagan salarios inferiores a los que pagarían a un extranjero en situación regular o a un nacional, y que no pagan sus obligaciones sociales y tributarias. Además, imponen horarios abusivos y condiciones de trabajo inaceptables que ponen en alto riesgo la salud de los trabajadores. Ante el miedo de ser detenidos o deportados los migrantes irregulares aceptan las peores condiciones de trabajo, pudiendo éstas llegar a condiciones de esclavitud. Pueden ser víctimas, además, de traficantes o de mafias que les venden un falso paraíso y una vez emprendido el viaje los maltratan o los abandonan a su suerte.

Muchos de ellos no logran ingresar y son deportados o devueltos a sus países de origen, con respecto a ellos diremos que “... los devueltos se definirían como una subpoblación dentro del conjunto de indocumentados que, al entrar de forma ilícita en el país receptor o incumplir alguna de las cláusulas de su visado, son

⁸⁴ Informe Ethos ¿Es Chile una sociedad racista? Citado por Pérez Villar, Carmen Gloria. (cita n° 72), Pág. 398.

⁸⁵ Zondek, Andrea. (cita n° 75) Pág. 101.

descubiertos por las autoridades y expulsados del mismo”.⁸⁶ Al estudiar a este grupo de inmigrantes mexicanos devueltos por Estados Unidos, la autora Elena García se da cuenta de su mayor vulnerabilidad por diversas circunstancias, frente a los que sí logran cruzar la frontera de forma ilegal. Sin embargo, una vez ingresados estos indocumentados siguen siendo rastreados y perseguidos por lo que hacen todo lo posible para pasar desapercibidos, hacer “como que no existen”, lo que conlleva a la pérdida de sus identidades. Actualmente en Estados Unidos, los precandidatos republicanos a la Casa Blanca han “enfocado sus mensajes en propuestas de mano dura contra los 12 millones de ilegales que viven en el país”.⁸⁷

Como ya hemos señalado, el indocumentado no puede ejercer ningún derecho, pues “no tiene posibilidades de recurrir a la justicia, de reclamar derechos laborales, de demandar acciones de salud, previsionales, de educación, de vivienda, etc. Es una persona totalmente carente de servicios y derechos porque si el *fantasma* llega a aparecer en comunidad, en un procedimiento administrativo breve se decretará su expulsión, el peor de los males que puede sufrir un migrante, sobre todo cuando ha transcurrido un tiempo considerable de residencia y se han echado raíces en el país”.⁸⁸ Por ejemplo, cuando los hijos de ese indocumentado han nacido en el país que lo expulsa, o ha creado vínculos familiares o amistosos con nacionales del mismo.

Batiffol, por su parte, dice que “la expulsión no se aplica más que a los extranjeros... Un Estado no puede expulsar a sus nacionales, pues él se debe a ellos y los otros Estados están autorizados para rehusar recibirlos. Es aquí donde esta la diferencia

⁸⁶ García Alonso, Elena. El fenómeno de la devolución en la frontera México-Estados Unidos, en *Con la Frontera a Cuestas*, Editorial CSIC. Sevilla, España 2003. Pág. 79.

⁸⁷ Diario de Chile La Tercera, “Economía e inmigración desplazan a Irak como tema clave de campaña en EEUU”, por Alejandro Tapia C. 4.I.08. Pág. 12.

⁸⁸ Pérez, Carmen Gloria. (cita n° 72), Pág. 399.

fundamental entre el extranjero y el nacional en cuanto al goce de los derechos: la condición del primero es esencialmente precaria”.⁸⁹

La condición del extranjero es entonces precaria, y lo es en mayor medida cuando el extranjero se encuentra irregular administrativamente, por lo que “... hay que rechazar la criminalización de los inmigrantes ilegales y apoyar la regularización de su situación como una forma de integrarlos a las sociedades receptoras”.⁹⁰ O tal como señala Pedro Hernández se debe propender a “la regularización de la migración, partiendo del principio de que los inmigrantes indocumentados constituyen un elemento distorsionador de los mercados de trabajo y permiten el abuso de empleadores inescrupulosos, lo cual perjudica los sueldos y salarios de los trabajadores locales a la vez que desalienta una adecuada integración de los inmigrantes a la sociedad de acogida”.⁹¹ Principalmente debe hacerse para manejar el fenómeno de la migración de una mejor manera, con cifras reales y ciertas de los inmigrantes, también para evitar trastornos económicos en el país receptor y por último, para la debida integración de los inmigrantes, los cuales también tienen derecho a tener una identidad y a ser acogidos en la sociedad en la cual entregan su esfuerzo y aporte día a día.

⁸⁹ Battifol citado por Guzmán Latorre, Diego. (cita n° 3) Pág. 417.

⁹⁰ Gazmuri, Jaime. (cita n° 34), Pág. 90.

⁹¹ Hernández, Pedro O. (cita n° 23), Pág. 130.

II. LAS NORMAS ESPAÑOLAS SOBRE MIGRACION

9. HISTORIA DE LA LEY DE EXTRANJERÍA EN ESPAÑA.

Tradicionalmente, España ha sido un país de emigración, por lo que su producción normativa se ha centrado en ese ámbito, mientras que la legislación relativa a la extranjería era fragmentaria.⁹²

El primer intento de paliar esta situación tuvo lugar en 1985, año en que se publica la Ley Orgánica 7/1985 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros (coloquialmente llamada Ley de Extranjería). Con ella se regula por primera vez la entrada y residencia de los inmigrantes, poniendo en marcha medidas desconocidas hasta el momento, como el control policial, la exigencia de un permiso de trabajo o residencia a los extranjeros no comunitarios y la imposición de un visado de entrada. Su objetivo fue afrontar los problemas migratorios de Europa, al tiempo que defender la soberanía del Estado.⁹³

A mediados de la década de los ochenta, comienza la llegada de inmigrantes a su territorio, y España que iba a incorporarse pronto a la entonces Comunidad Europea, trataba de evitar convertirse en puerta de entrada al continente y por ello se explican las medidas restrictivas. “Algunas organizaciones sociales denunciaron que se trataba de la norma más dura de Europa”.⁹⁴

“La inclusión de España en este espacio comunitario obliga al Estado español a articular con rapidez un conjunto de

⁹² www.es.wikipedia.org Página de Wikipedia la enciclopedia libre. (Proyecto que escribe enciclopedias libres en todos los idiomas).

⁹³ Merino, Asunción. ¿Soberanía del Estado o Derechos Universales? La definición de la política migratoria española: dinámicas transnacionales en el ámbito nacional; en Con la Frontera a Cuestas, CSIC, Sevilla, España 2003. Pág. 31 y 32.

⁹⁴ www.es.wikipedia.org (cita nº 92).

medidas para evitar que sus fronteras se conviertan en la vía más fácil de ingreso, al tiempo que le dota de un discurso que defiende su soberanía sobre su territorio. Así, adoptando el discurso comunitario, la ley también crea las figuras del *inmigrante* –todo extranjero no comunitario que viva en España, o que desee hacerlo, a partir de 1986-, y la de *ilegal* –el que no esté en posesión de un permiso de residencia-. Es decir, que antes de su publicación y de la entrada de España en la Unión Europea, en este país, no había ni *inmigrantes* ni *ilegales* ni población a la que integrar”.⁹⁵ Ello, porque de acuerdo a lo anteriormente señalado, España fue siempre un país productor de emigrantes.

Lamentablemente, el gobierno español plantea la inmigración “como un problema (cuando aún es un fenómeno sin importancia en el país) y define al inmigrante como un sujeto de control”.⁹⁶

“Sobre los ilegales (un colectivo numeroso por las condiciones que impone la ley), recaerá el discurso que el gobierno elabora: se percibe a este grupo como competidores desleales del trabajador nativo –ya que aceptan peores condiciones de trabajo- y no como resultado de las disposiciones legales. La presentación del ilegal como una amenaza se conecta, además, con la delincuencia (fuera de la legalidad), con tal éxito que la opinión pública asume este discurso”.⁹⁷ Ello se debe también, a los medios de comunicación que muestran esa imagen distorsionada en la 2ª mitad de los 80. Además, el discurso público y la percepción de la sociedad española, ubican al inmigrante en un ámbito de criminalidad y lo responsabilizan por el aumento de la delincuencia.

La ley fue objeto de recuso de inconstitucionalidad, resuelto por la sentencia del Tribunal Constitucional 115/1987, de 7 de julio de 1987, que anuló varios preceptos de la norma y marcó un

⁹⁵ Merino, Asunción. (cita nº 93), Pág. 36.

⁹⁶ Merino, Asunción. (cita nº 93), Pág. 37.

⁹⁷ Merino, Asunción. (cita nº 93), Pág. 37.

cambio de la doctrina constitucional en materia de extranjería hacia una línea más progresista. Entidades españolas y asociaciones de inmigrantes comenzaron a luchar en este sentido, tratando de lograr un avance en la legislación migratoria. Así, su actuación “refuerza esta corriente humanitaria que reclama al Estado la ampliación del concepto de ciudadanía en la dirección de disociar derechos e identidad nacional. Su compromiso con esta forma de lucha las lleva a asumir de partida el discurso del *inmigrante económico* como sujeto de Derechos Humanos...”,⁹⁸ y no como un sujeto de control como lo había establecido la ley.

Debido a la aplicación de la normativa restrictiva, en España había muchísimas personas en situación irregular, fundamentalmente aquellos a los cuales España cierra herméticamente sus fronteras. Así, cuando se declara una amnistía en 1991, los colectivos más numerosos y con más problemas son el marroquí, el peruano, y el dominicano.

La reforma en materia de extranjería se produjo finalmente por la Ley Orgánica 4/2000, del 11 de enero del año 2000, que es la que, tras experimentar diversas modificaciones, se encuentra en vigor en la actualidad. Esta ley supuso un cambio importante al introducir políticas de integración, ampliar los derechos de los inmigrantes y establecer un principio general de igualdad con los españoles.

Hoy se ha avanzado mucho en materia legal y en la concepción que se tiene de los inmigrantes. La ley 4/2000 fue el inicio de este avance. Recordando lo ocurrido en esta materia el Ministro de Justicia español, Mariano Fernández Bermejo, aseguró que hoy se “ubica el fenómeno de la inmigración donde corresponde, en el ámbito de los derechos de ciudadanía, algo que no ocurría en la década anterior, cuando tuvimos que escuchar que

⁹⁸ Merino, Asunción. (cita nº 93) Pág. 49.

la causa del crecimiento de la criminalidad estaba en la inmigración. Según el ministro, es un terrible error y una enorme injusticia confundir la causa del crimen, que no es otra que la marginación, con algunas de las causas de la marginación del inmigrante”.⁹⁹

10. EVOLUCIÓN DE LA LEY 4/2000.

Si bien la Ley Orgánica 4/2000 supuso un importante cambio en materia de derechos e integración de los inmigrantes, una cincuentena de ONG, criticaron que “aunque existían mejoras tímidas, en conjunto se empeoraba la situación de los inmigrantes, especialmente de los indocumentados”. “La ley fue aprobada por todos los grupos parlamentarios, salvo el Partido Popular, de centro-derecha que gobernaba en minoría y retiró su apoyo durante la tramitación, alegaba que no se adecuaba a los acuerdos de Schengen¹⁰⁰ y Tampere, que podría producir un *efecto llamada* y que no estaba prevista una partida presupuestaria suficiente. Posteriormente, tras las elecciones generales que dieron mayoría absoluta al Partido Popular, se realizó una reforma sustancial de la norma, apoyada por el PP, Coalición Canaria y Convergencia y Unión, que volvió en muchos supuestos a las soluciones de la ley de 1985, por lo que se habla de *contrarreforma*. En un informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el anteproyecto de la norma, catorce de sus veinte miembros lo consideraron un *retroceso*”.¹⁰¹ Es así, como esta primera modificación a través de la Ley 8/2000, de 22 de diciembre de ese año, en su exposición de motivos contiene la idea que la normativa debe “ser conforme con los compromisos asumidos por España a nivel internacional y comunitario”, refiriéndose al acuerdo de Tampere de 1999 sobre la

⁹⁹ “La Procura impulsa el estudio y análisis de la inmigración y la justicia”, en Revista Procuradores. (cita nº 32), Pág. 9 y 10.

¹⁰⁰ Acuerdo de 1985, que crea el Espacio Schengen, formado por los países que lo suscribieron, el cual constituye un territorio sin límites a la movilidad de bienes y servicios.

¹⁰¹ www.es.wikipedia.org (cita nº 92).

creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, y al acuerdo de Schengen de 1985, que crea un territorio sin límites a la movilidad de bienes y servicios. Es por ello que se modifica la ley en materia de derechos y libertades; de entrada, visados y estancia; de sanciones y expulsión, entre otras.

Durante la vigencia de la Ley Orgánica 8/2000, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, la cual se considera por la doctrina una involución en la materia, acontecen diversas circunstancias que, consideradas en su conjunto, plantean la necesidad de adaptar la norma a los continuos cambios de un fenómeno mutable como el migratorio.

Por lo anterior, en el año 2003 la Ley 4/2000 fue reformada nuevamente en dos ocasiones.

En primer lugar, por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre de 2003 sobre medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Además, introdujo medidas concretas contra la delincuencia profesionalizada y afectó fundamentalmente a la expulsión, estableciendo para los inmigrantes, la conmutación de penas de prisión de hasta seis años por la expulsión. También modificó el Código Penal para combatir de mejor manera la trata de seres humanos y el tráfico ilícito de migrantes, que cada vez aumenta más en toda Europa.

Posteriormente, se dicta la Ley 14/2003 de 20 de noviembre de 2003, que reforma nuevamente la Ley 4/2000, y que incorporó muchos de los preceptos del reglamento anulados por el Tribunal Supremo. La reforma pretendía adaptar la norma a los cambios en el fenómeno migratorio, incorporar instrumentos que permitieran una mejor y más sencilla regulación de los flujos migratorios e introducir las decisiones tomadas en los últimos años

en el seno de la Unión Europea.¹⁰² Estas últimas, fundamentalmente relativas a visados, sanciones y régimen común de expulsión. También, se refuerzan los procedimientos de devolución de extranjeros que acceden ilegalmente al país, y se extienden las conductas tipificadas como infracciones graves a todas las personas que, con ánimo de lucro, induzcan, favorezcan, promuevan, o faciliten la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino a España, o su permanencia en el país.

Finalmente, la ley 4/2000 sufrió una nueva modificación en febrero de 2005, a través de la ley 15/2005, la cual busca fomentar y favorecer la inmigración por vías regulares, restringiendo al mínimo la entrada de extranjeros ilegales y ofreciendo oportunidades para normalizar su situación a los inmigrantes establecidos en territorio español en condiciones de irregularidad.

Cabe recordar, además, que la realidad migratoria en España debe alinearse con otros importantes principios constitucionales de la nación, como aquel que encomienda al Estado la misión de velar por la salvaguarda de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, a la que añade la obligación de orientar su política hacia su retorno. Es así como recientemente, el gobierno del presidente José Luís Rodríguez Zapatero, propuso la Ley de Memoria Histórica, la que fue publicada en diciembre de 2007, y que tras reformar el Código Civil español, permite a los nietos de emigrantes españoles adquirir la nacionalidad de sus abuelos, aunque sus padres no hayan nacido en España. Esto tiene un gran impacto en el actual status migratorio de centenares de miles de hijos y nietos de españoles nacidos fuera del

¹⁰² www.es.wikipedia.org (cita nº 92)

territorio español, (mayoritariamente latinoamericanos), quienes desean retornar al país de origen en calidad de nacionales.¹⁰³

Aunque estos avances en la materia jurídico-migratoria de España no están exentos de críticas y señalamientos, se afirma, de modo general, que la sociedad española se siente cada vez más dispuesta a tratar con mayor amplitud de criterio el tema del flujo migratorio y de la receptividad de la nación española hacia los extranjeros y ciudadanos españoles nacidos en otros países, y que en términos generales, la ley de extranjería es una de las más modernas en la materia a nivel mundial, aún cuando todavía sean necesarias algunas reformas.¹⁰⁴

Por último, en materia de política migratoria española, Consuelo Rumí, nos resume que ella “se fundamenta en tres ejes básicos: una lucha determinante contra la inmigración clandestina, y quienes promueven el tráfico de personas, condenando a hombres y mujeres a la marginalidad; una ordenación de las llegadas a nuestro país de acuerdo a las demandas del mercado laboral, teniendo en cuenta que los inmigrantes ocupan puestos de trabajo para los que no hay demandantes españoles; y, por último, la promoción de la integración social de los inmigrantes en la realidad española”.¹⁰⁵

11. ESTRUCTURA Y BREVE ANALISIS DEL CONTENIDO DE LA LEY DE EXTRANJERÍA ESPAÑOLA.

La Ley 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social,

¹⁰³ www.mequieroir.com Portal informativo de oportunidades en el exterior para jóvenes emprendedores. Elaborada por venezuelasite.com, agrupación venezolana.

¹⁰⁴ www.mequieroir.com (cita nº 103)

¹⁰⁵ La inmigración en números, en Revista Procuradores. (cita nº 53), Pág. 11.

consta de un Título Preliminar y cuatro Títulos, que se desarrollan de la siguiente manera:

TITULO PRELIMINAR: Disposiciones Generales.

En su primer artículo delimita el ámbito de aplicación de la ley y da una definición de extranjeros en el siguiente sentido: “los que carezcan de la nacionalidad española”; cosa que nuestra ley de extranjería en Chile no hace. En su artículo segundo, menciona quienes quedan excluidos de la misma.

TITULO I: Derechos y Libertades de los Extranjeros.

En su capítulo primero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros, desde el artículo 3 al 15, señala algunos derechos de los extranjeros y establece como criterio interpretativo general, el que “los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles”. Luego, algo que es muy importante en esta materia, es que estas normas se “interpretaran de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España”. Se reconocen el derecho a la documentación, a la participación pública, las libertades de reunión y manifestación, la de asociación, el derecho a la educación, al trabajo y a la seguridad social, la libertad de sindicación y huelga, el derecho a la asistencia sanitaria, a ayudas en materia de vivienda y a seguridad social y servicios sociales. También se establece la sujeción de los extranjeros a los mismos impuestos que los españoles.

En el capítulo segundo, Reagrupación Familiar, entre los artículos 16 y 19 trata de esta importante institución, la cual tiene mucha relevancia para nuestro país, ya que la ley de extranjería

chilena no la contempla. En primer lugar contempla el derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar, y luego, señala que los “extranjeros residentes en España tienen derecho a reagrupar con ellos a los familiares que se determinan en el artículo 17”, estos familiares son: el cónyuge del residente, los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, los menores de dieciocho años o incapaces de los que el residente sea representante legal y los ascendientes del reagrupante o su cónyuge, en ciertas circunstancias. Luego establece el procedimiento y los efectos de la reagrupación familiar.

El capítulo tercero, de Garantías Jurídicas, regula en los artículos 20 a 22 el derecho a la tutela judicial efectiva, con especial consideración de la contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones. Además, se contempla el derecho al recurso contra los actos administrativos y el derecho a la asistencia jurídica gratuita, sea en procesos administrativos o judiciales.

Por último, el capítulo cuarto, De las Medidas Antidiscriminatorias, en sus artículos 23 y 24 se refiere a la discriminación de que pueden ser víctimas los extranjeros en España y contempla para estas prácticas la aplicabilidad del procedimiento sumario. La Ley define la discriminación como “todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural”.

TITULO II: Régimen Jurídico de los Extranjeros.

El capítulo primero, De la Entrada y Salida del Territorio Español, en los artículos 25 al 28 regula los requisitos para la entrada en territorio español, donde se señala que, además del pasaporte, se exige un visado, “salvo en los casos en que se establezca lo contrario en los convenios internacionales suscritos por España o en la normativa de la Unión Europea”. Cabe señalar que en este último punto quedan comprendidos los chilenos, los cuales no necesitan visa para ingresar a España. Esto tampoco es aplicable a los que solicitan asilo. Luego se señalan los tipos de visados, cuales son, el visado de tránsito, de estancia, de residencia, de trabajo y residencia, y de estudios, los que se desarrollan en el Reglamento respectivo.

La ley regula también la prohibición de entrar a España, que en general afecta a los que han sido expulsados y a los que no cumplen los requisitos establecidos para la entrada, caso en que debe denegarse por resolución motivada con información de recursos y del derecho a asistencia letrada. Por otra parte, la ley trata sobre la expedición de visados y de la salida de España, la que es obligatoria en tres supuestos: expulsión del territorio español por orden judicial; expulsión o devolución acordadas por resolución administrativa en los casos previstos en la ley; y denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en territorio español, o falta de autorización para encontrarse en España.

En el capítulo segundo, sobre Situaciones de los Extranjeros, en los artículos 29 al 35, se refiere a las situaciones en que pueden encontrarse los extranjeros en España, las cuales son situaciones de estancia o residencia. Esta última puede ser residencia temporal o permanente. Se refiere, además, al régimen especial de los estudiantes, a la residencia de apátridas, indocumentados y refugiados y a la residencia de menores. Las

diferentes situaciones podrán acreditarse mediante el pasaporte o documento de viaje que acredite la identidad, visado o tarjeta de identidad de extranjero, según corresponda.

El capítulo tercero, De la Autorización de Trabajo y Regímenes Especiales, en los artículos 36 a 43 trata de la Autorización para la realización de actividades lucrativas y de la autorización de trabajo por cuenta propia y por cuenta ajena. Además, se refiere al Contingente de trabajadores extranjeros, el cual es aprobado por el Gobierno, teniendo en cuenta la situación nacional de empleo al que sólo tendrán acceso aquellos que no se hallen o residan en España. Luego señala excepciones a la autorización de trabajo y se refiere al régimen especial de los trabajadores de temporada y a los trabajadores transfronterizos y a la prestación transnacional de servicios.

En el capítulo cuarto, De las tasas por autorizaciones administrativas y por tramitación de las solicitudes de visado, la ley, en los artículos 44 a 49 se refiere a la concesión de las autorizaciones administrativas y la expedición de los documentos de identidad, así como sus prórrogas, modificaciones y renovaciones; al devengo, sujeto pasivo, exenciones y cuantía de las tasas, la que se establecerá por Orden Ministerial de los Departamentos competentes. También contempla la gestión y recaudación de las tasas, y la autoliquidación.

TITULO III: De las Infracciones en Materia de Extranjería y su Régimen Sancionador.

En los artículos 50 a 66, se contempla la potestad sancionadora a las infracciones, las que se clasifican en leves, graves y muy graves. Las sanciones se establecen según el tipo de infracción cometida. También se regula la prescripción de las infracciones y sanciones. Luego contempla la expulsión del territorio español y señala en qué casos procede y en cuáles no se

puede aplicar. Como efecto de la expulsión, es relevante destacar que ella lleva consigo la prohibición de entrada en territorio español por un período mínimo de tres años y máximo de diez. Esto es importante para nuestra legislación, porque la expulsión es una medida extrema que trae aparejada la prohibición de entrada en el país, que en Chile no tiene plazo, por lo cual puede ser una medida perpetua, a menos que se derogue el decreto de expulsión, lo que es por lo demás, bastante difícil de conseguir. Así, en el caso de Chile el extranjero puede verse privado de ingresar al país para siempre, por ello es que se dice que la expulsión es uno de los peores males que puede sufrir el extranjero.

La ley también se refiere a la devolución y retorno de los extranjeros infractores y a las medidas cautelares que puede adoptar el instructor durante el procedimiento sancionador. Además, se refiere al ingreso en centros de internamiento y a los derechos y deberes de los extranjeros internados. También contempla las medidas de seguridad que se pueden adoptar en los centros de internamiento, a la ejecución de la expulsión, al carácter recurrible de las resoluciones sobre extranjeros y por último a las obligaciones de los transportistas, impuestas con el fin de combatir la inmigración ilegal y garantizar la seguridad pública.

TITULO IV: Coordinación de los Poderes Públicos.

En sus artículos 67 al 71 la Ley se refiere a la coordinación de los órganos de la Administración del Estado en materia migratoria, y encarga al gobierno llevar a cabo una observación permanente del fenómeno. También unifica, en Oficinas Provinciales, los servicios existentes y encarga la elaboración de planes, programas y directrices para la actuación de la Inspección de Trabajo.

La ley crea el Consejo Superior de Política de Inmigración, en el que participarán, de forma tripartita y equilibrada, representantes del Estado, de las Comunidades Autónomas y de los Municipios, cuya composición se determinará reglamentariamente. Además, se establece que los poderes públicos impulsarán el fortalecimiento del movimiento asociativo de los inmigrantes, y se hace referencia al Foro para la Integración Social de los Inmigrantes. Por último, señala que se constituirá el Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, con funciones de estudio y análisis, y con capacidad para elevar propuestas de actuación, en materia de lucha contra el racismo y la xenofobia.

Luego la ley contempla ocho disposiciones adicionales; tres disposiciones transitorias; una disposición derogatoria, en la que se dispone que queda derogada la Ley Orgánica 7/1985. Contiene, además, nueve disposiciones finales, relativas a modificaciones en el Código Penal y a la entrada en vigor de esta ley, entre otras materias.

12. NORMATIVA COMPLEMENTARIA A LA LEY DE EXTRANJERÍA ESPAÑOLA.

El 20 de Julio de 2001, se adoptó por Real Decreto 864/2001, el Reglamento de la Ley de Extranjería, en sustitución del anterior reglamento que databa de 1996. Trece de sus artículos fueron anulados por el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de marzo de 2003, por violación al principio de legalidad.

Este reglamento fue sustituido por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre de 2004, que aprueba el actual Reglamento de la Ley de extranjería.

De acuerdo con la página web www.madrepatria.com es importante destacar, en primer lugar, que el Real Decreto que

contiene el actual reglamento de extranjería, se aprobó con un altísimo grado de concertación entre diferentes fuerzas políticas, agentes sociales y organizaciones no gubernamentales. De manera especialmente destacable hay que mencionar a los sindicatos y empresarios, quienes, a través del proceso de negociación, han mostrado un alto grado de conformidad con el conjunto de la regulación laboral de inmigración, contenida en esta norma.

En segundo lugar, el texto normativo es coherente en su forma y en su fondo con el marco jurídico de referencia, que no se limita a la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, sino que incorpora al ordenamiento jurídico español, tanto el acervo de la Unión Europea sobre la materia, como el nuevo reparto de competencias resultante de la asunción, por parte del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, del desarrollo de las políticas del Gobierno en materia de extranjería e inmigración, a través de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.

En tercer lugar, el reglamento es fruto del esfuerzo por priorizar la inmigración legal, a lo que se añaden nuevos instrumentos para evitar más eficazmente la inmigración irregular.

El reglamento es bastante extenso, consta de 13 títulos, distribuidos en 165 artículos y 18 disposiciones adicionales. La nueva estructura responde a la necesidad de una ordenación sistemática, más adecuada a la realidad y, por lo tanto, más accesible para sus destinatarios. Los procedimientos, tanto los que regulan la concesión de autorizaciones, como los previstos por el régimen sancionador, tienen como finalidad incorporar mayores garantías a los ciudadanos y, consecuentemente, reducir el ámbito de decisión discrecional de la Administración.¹⁰⁶ Estos títulos son los siguientes:

¹⁰⁶ www.madrepatria.com Página del Despacho Jurídico del abogado Juan Manuel Campo Cabal. Madrid, España.

Título I: Régimen de Entrada y Salida del territorio español

Título II: Tránsito

Título III: La Estancia en España

Título IV: Residencia

Título V: Contingente

Título VI: Trabajador transfronterizos

Título VII: Autorización para investigación y estudios

Título VIII: Menores extranjeros

Título IX: Modificación de las Situaciones de los extranjeros en España

Título X: Documentación de los extranjeros

Título XI: Infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador

Título XII: Retorno, Devolución y Salidas obligatorias

Título XIII: Oficinas de Extranjeros y Centros de Migraciones.

Si bien el reglamento consta de un número elevado de artículos, ellos son de muy fácil comprensión debido a la redacción utilizada, la cual es clara y ordenada, además, cada artículo, al igual que la ley de extranjería, tiene un título como encabezado, el cual da una orientación respecto a la materia a la cual el artículo se refiere. Desde un punto de vista material, el Reglamento incorpora importantes novedades en cuanto a los requisitos y circunstancias que pueden dar lugar a la autorización para que un extranjero pueda residir y trabajar en España. El objetivo de las reformas es doble. Por un lado, agilizar las autorizaciones basadas en vacantes para las cuales los empresarios no cuentan con trabajadores residentes y, por

otro lado, aumentar el control en la concesión de dichas autorizaciones.¹⁰⁷

Durante un período de tres meses a partir de la entrada en vigor del nuevo Reglamento, se dio lugar a una normalización excepcional de los extranjeros que carecían de autorización para residir y trabajar en España. Una vez concluido este plazo dicha regularización sólo puede efectuarse a través de las autorizaciones concedidas en virtud de la normativa de la Ley de extranjería y del Reglamento.

¹⁰⁷ www.madrepatria.com (cita nº 106)

III. INSTITUCIONES EN LA LEY ESPAÑOLA DE RELEVANCIA PARA CHILE.

13. INGRESO Y PERMANENCIA DE EXTRANJEROS EN ESPAÑA.

Se estima en general que, los países pueden seleccionar a los extranjeros que deseen entrar en su territorio, fijando las condiciones que deben cumplir para ello.

Así, por lo demás, lo reconoce el artículo 1º de la Convención sobre la Condición de los Extranjeros suscrita en La Habana en 1928, que nos dice: “Los Estados tienen el derecho de establecer por medio de leyes las condiciones de entrada y residencia de los extranjeros en sus territorios”.

El régimen de entrada de extranjeros al territorio español, se regula en los artículos 25 a 27 de la Ley de extranjería, y se desarrolla en los artículos 1 a 16 del Reglamento. La normativa española ha tenido que adaptarse, por la pertenencia a la Unión Europea, a la regulación comunitaria. El Tratado de Ámsterdam comunitarizó estas materias e incluyó en el Tratado de la Comunidad Europea un Título IV relativo a "Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas". Se han aprobado al respecto, determinados Reglamentos Comunitarios, especialmente en relación con los visados, y varias Directivas.

El Tribunal Constitucional español ha afirmado, en su Sentencia 72/2005, de 4 de abril de 2005, que la Constitución española no reconoce como derecho fundamental de los extranjeros el derecho de acceder al territorio español, y que será el legislador quien podrá reconocerlo y condicionarlo al cumplimiento de determinados requisitos. La entrada legal es un presupuesto

necesario para que la situación del extranjero sea conforme a la norma y pueda ejercer plenamente todos los derechos que la Ley le reconoce.

El extranjero que desee entrar en España deberá hacerlo por los pasos fronterizos habilitados y durante las horas de apertura establecidas. Si se accede al país desde un Estado del Espacio Schengen, al haberse suprimido los controles fronterizos, será el extranjero quien deberá declarar la entrada al momento en que la efectúa o en el plazo de tres días hábiles a partir de aquella, en cualquier comisaría del Cuerpo Nacional de Policía u Oficina de Extranjeros.

14. REQUISITOS ESPECÍFICOS PARA EL INGRESO DE EXTRANJEROS EN ESPAÑA.

La Ley exige entre otros, los siguientes requisitos especiales.

a) Titularidad del pasaporte o título de viaje, o del documento de identidad u otro documento cuando se haya admitido como válido en virtud de acuerdos internacionales. Tanto los pasaportes como los títulos de viaje y demás documentos que se consideren válidos deberán estar expedidos por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia de sus titulares o por las organizaciones internacionales habilitadas para ello por el Derecho Internacional y contener, en todo caso, datos suficientes para la determinación de la identidad y la nacionalidad de los titulares.

b) Titularidad del correspondiente visado, si es exigible. Por regla general, los extranjeros necesitan de visado para entrar al territorio español.

No necesitarán visado para estancia de hasta tres meses en un período de seis o para tránsitos de menos de 5 días, en los casos siguientes:

1. Los nacionales de países con los que se haya acordado su supresión. Este es el caso de Chile, ya que los chilenos no requieren de visado para ingresar como turistas a España.

2. Los refugiados documentados como tales por un país signatario del Acuerdo Europeo N° 31 de 1959, relativo a la exención de visados para refugiados.

3. Los miembros de la tripulación de barcos de pasaje o comerciales y de aviones comerciales extranjeros, cuando estén documentados como tales, durante las escalas.

4. Los titulares de una autorización de residencia, una autorización provisional de residencia o una tarjeta de acreditación diplomática, expedidos por las autoridades de otro Estado con el que España tenga un acuerdo internacional.

En estos cuatro casos no se requiere de visado para permanecer en España por un período no superior a tres meses o para un tránsito inferior a cinco días. Tiene este plazo porque son personas que tienen su residencia en otro país, o porque si bien tienen una autorización de residencia, ésta ha sido expedida por un Estado diverso al español.

Tampoco precisan visado, los extranjeros titulares de una tarjeta de identidad de extranjero, de una tarjeta de estudiante extranjero, de una tarjeta de acreditación diplomática, o de la autorización de regreso prevista en el artículo 18 del reglamento, ni los titulares de una tarjeta de trabajador transfronterizo, siempre que sus autorizaciones hayan sido expedidas por autoridades españolas y se encuentren vigentes.

c) Justificación del objeto y las condiciones de la estancia. Si se les requiere deberán especificar el motivo de su solicitud de entrada, para ello se les podrá exigir la presentación de documentos que justifiquen o establezcan la verosimilitud del motivo invocado. El Reglamento señala qué documentos se entenderán suficientes. Por ejemplo, en viajes de carácter profesional, lo será la invitación de una empresa o de una autoridad, expedidas en los términos correspondientes; los documentos de los que se desprenda que existen relaciones comerciales o vinculadas al servicio o tarjetas de acceso a ferias y congresos. En viajes turísticos o privados, los documentos justificativos de hospedaje o carta de invitación de un particular en los términos correspondientes; la confirmación de la reserva de un viaje organizado; billete de vuelta o de circuito turístico. En viajes por otros motivos, serán: invitaciones, reservas o programas, y certificados de participación de eventos relacionados con el viaje.

d) Justificación de la tenencia de medios económicos suficientes para la estancia, o la forma de adquirirlos. Debe acreditar que dispone de recursos económicos o medios de vida suficientes para su sostenimiento y el de las personas a su cargo que viajen con él, durante su permanencia en España, o que está en condiciones de obtener legalmente dichos medios, así como para trasladarse a otro país o retornar a su país de procedencia.

En estos dos últimos casos, la acreditación se realizará si así se requiere por los funcionarios responsables del control de la entrada. En la práctica se exige de manera sistemática, pero el Tribunal Supremo ha afirmado que sólo cabe solicitarlo si existen dudas sobre la verosimilitud de los motivos de entrada. En todo caso, los funcionarios poseen cierto margen de apreciación que, para una parte de la doctrina, puede llevar a arbitrariedad. El Tribunal Constitucional ha establecido límites a dicho margen de apreciación al afirmar que ninguna circunstancia debe ser valorada

sino en función de un juicio de probabilidad basado en la experiencia.

Además, según el artículo 9 del Reglamento, en ciertos casos se puede exigir el cumplimiento de los siguientes requisitos sanitarios:

- Presentación, en su caso, de determinados certificados médicos, o sometimiento a un examen médico.
- No suponer un peligro para la salud pública, el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de España o de otros Estados con los que España tenga un convenio en tal sentido.

Cuando así se determine, los extranjeros deberán presentar en los puestos fronterizos un certificado sanitario expedido en el país de procedencia, o someterse a su llegada a un reconocimiento médico en la frontera, para acreditar que no padecen ninguna de las enfermedades susceptibles de cuarentena previstas en el Reglamento sanitario internacional y en compromisos internacionales.

Si se cumplen estos requisitos, se estampará en el pasaporte o similar el sello de control de entrada, salvo que exista una ley o convenio internacional que exima de dicho requisito, y se permitirá el acceso.

15. PROHIBICIONES DE INGRESO.

Según el artículo 10 del Reglamento se prohibirá el acceso de los extranjeros en España, cuando hayan sido previamente expulsados y se encuentren dentro del plazo de prohibición de entrada; cuando hayan sido objeto de una medida de devolución; cuando se encuentren reclamados, en relación con causas criminales derivadas de delitos comunes graves por las autoridades judiciales o

policiales de otros países; cuando hayan sido objeto de prohibición expresa de entrada en virtud de una resolución del Ministro del Interior, por actividades contrarias a los intereses españoles o a los derechos humanos o por sus notorias conexiones con organizaciones delictivas u otras razones judiciales o administrativas que justifiquen esta medida, salvo que sea necesario hacer una excepción por motivos humanitarios o de interés nacional.

Además, se denegará la entrada cuando los extranjeros no cumplan con los requisitos señalados en el capítulo anterior, esto es, pasaporte o título de viaje; visado, salvo que no se exija; justificación del objeto y condiciones de entrada y, justificación de medios de subsistencia.

La denegación de entrada, de producirse, se hará por resolución motivada y notificada, con información al extranjero sobre los recursos que pueda interponer, el plazo y la autoridad competente, así como el derecho a la asistencia de abogado y, si es necesario, de intérprete.

En relación a esta materia, la Ley y el Reglamento señalan que es obligación de los transportistas controlar los documentos de identidad y de viaje de los extranjeros cuando ellos se embarquen fuera del territorio de los países en los que esté en vigor el Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen. En caso de denegación de entrada el transportista debe hacerse cargo inmediatamente del extranjero.

En cuanto a la salida del territorio español, ella podrá realizarse libremente por los extranjeros en virtud del derecho de circulación. A menos que existan prohibiciones judiciales para ello.

En materia de salida voluntaria, es importante destacar la figura de la “autorización de regreso”. El extranjero cuya autorización de residencia o autorización de estancia hubiera perdido su vigencia podrá obtener una autorización de regreso que le permita salir de España y retornar al territorio español dentro de

un plazo no superior a 90 días, siempre que el solicitante acredite haber iniciado los trámites de renovación del título que le habilita para permanecer en España, dentro del plazo legal fijado para ello.

Según el artículo 28. 3 de la Ley de Extranjería la salida será obligatoria en los siguientes casos:

- Expulsión por orden judicial.
- Expulsión o devolución acordadas por resolución administrativa.
- Denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en España o falta de autorización para encontrarse en España.

16. TIPOS DE VISADOS.

Visación según Dunker, es la autorización que da el gobierno por medio de su representante en el exterior para que el extranjero que está en posesión de un pasaporte pueda entrar a un territorio nacional y permanecer en él durante el tiempo que permita la clase de visación otorgada.

Los extranjeros que deseen ingresar en territorio español deberán contar con alguno de los visados que contempla el artículo 25 bis de la Ley de Extranjería y que se desarrollan en los artículos 21 al 91 el Reglamento.

Los visados deben ser válidamente expedidos y estar en vigor, extendidos en sus pasaportes o documentos de viaje o, en su caso, en documento aparte, y son los siguientes:

Visado de Tránsito

Visado de Estancia

Visado de Residencia

Visado de Trabajo y Residencia

Visado de Estudios

17. VISADO DE TRÁNSITO

Este visado permite transitar una, dos o, excepcionalmente, varias veces, y puede ser de dos tipos:

- De tránsito territorial: habilita para atravesar el territorio español en viaje de duración no superior a 5 días, desde un Estado tercero a otro que lo admita. Este se puede conceder como visado de carácter colectivo a favor de un grupo de no menos de 5 ni más de 50 personas, que participen de un viaje organizado.

- De tránsito aeroportuario: habilita al extranjero específicamente sometido a esta exigencia, para permanecer en la zona de tránsito internacional de un aeropuerto español, sin acceder al territorio nacional, durante escalas o enlaces del vuelo.

La solicitud de visado debe presentarse en la misión diplomática u oficinas consulares españolas en cuya demarcación resida el extranjero. Excepcionalmente, por causas justificadas, se podrá presentar en una diversa. De conformidad con la normativa de la Unión Europea, las misiones diplomáticas y oficinas consulares de un país pueden expedir visados de tránsito en representación de otro país.

A la solicitud deben acompañarse documentos que acrediten las condiciones del tránsito, la disposición de medios de subsistencia en el período que se solicita, el seguro médico, entre otras circunstancias.

Los funcionarios policiales a cargo del control de entrada al territorio, podrán expedir en frontera autorizaciones de tránsito o visados, en casos excepcionales o por encomienda del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Esta materia se desarrolla en los artículos 21 y siguientes del Reglamento, y ella da lugar a la situación administrativa de *tránsito*.

18. VISADO DE ESTANCIA.

El visado de estancia autoriza a un extranjero a permanecer en España por un período ininterrumpido o suma de períodos sucesivos, cuya duración total no exceda de 90 días por semestre, a partir de la fecha de la primera entrada. Los turistas quedan comprendidos en este tipo de visado. Hay supuestos excepcionales en que éste no se exige.

Puede ser de dos clases:

- ***Estancia de corta duración:*** habilita la estancia hasta un máximo de 3 meses con una, dos o varias entradas. Puede concederse como visado colectivo a un grupo, para estancias no superiores a 30 días. No autoriza para trabajar, salvo el caso del artículo 39 de la Ley Orgánica 4/2000, que se refiere al contingente de trabajadores extranjeros y a los visados concedidos en virtud de éste.

- ***Estancia múltiple:*** habilita al extranjero a múltiples estancias, cuya suma no podrá exceder de 90 días por semestre, durante un año.

Excepcionalmente, este visado podrá ser expedido para un período de varios años.

La solicitud de visado deberá presentarse en una misión diplomática u oficina consular española (en la que reside el extranjero, o excepcionalmente en cualquier otra). Deben acompañarse documentos que acrediten: la vigencia del pasaporte durante el período que se solicita la estancia, el objeto del viaje y sus condiciones, la disposición de medios de subsistencia, un seguro médico, disposición de alojamiento, entre otras circunstancias.

Además, se puede aportar, en apoyo de la solicitud, una carta de invitación de un ciudadano español o extranjero residente legal.

Cuando la duración del visado sea inferior a 3 meses se podrá prorrogar la estancia, que en ningún caso podrá ser superior a 3 meses en un período de 6.

El extranjero que se encuentra autorizado a permanecer en España durante un máximo de tres meses en un período de seis, se halla en la situación administrativa de *estancia*.

Hay supuestos excepcionales de Estancia:

A. El Ministro del Interior o el Ministro del Trabajo y Asuntos Sociales podrán autorizar la estancia en territorio español, siempre que existan motivos humanitarios, de interés público u obligaciones internacionales, a extranjeros que hubieren entrado con documentación defectuosa o incluso sin ella o por lugares no habilitados.

B. Visado de Cortesía: expedido por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Se puede conceder a agentes diplomáticos y funcionarios consulares acreditados en España y sus familiares, a funcionarios de organizaciones internacionales, o a los titulares de pasaporte oficial diplomático o de servicios. En su caso, podrá ser prorrogado por la misma autoridad.

19. VISADO DE RESIDENCIA.

La residencia puede ser temporal o permanente. La residencia permanente autoriza al extranjero a residir en España indefinidamente y a trabajar en igualdad de condiciones que los españoles. Los extranjeros autorizados para residir se encuentran en la situación administrativa de *residencia*, ya sea permanente o temporal.

a) Residencia Temporal.

Ella autoriza a permanecer en España sin realizar actividades laborales, por un período superior a 90 días e inferior a 5 años.

El visado debe solicitarse personalmente por el extranjero, en la misión diplomática u oficina consular española de su demarcación de residencia, o en otra determinada por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación si media causa justificada.

A la solicitud de visado deben acompañarse:

- pasaporte o título de viaje reconocido como válido en España, con una vigencia mínima de un año.

- certificado de antecedentes penales, o documento equivalente, cuando el solicitante tenga responsabilidad penal, que debe ser expedido por las autoridades de su país o de los países en que haya residido los últimos 5 años y en el que no deben constar condenas por delitos existentes en España.

- certificado médico que acredite que no padece enfermedades susceptibles de cuarentena.

- documentos que acrediten medios de vida suficientes para atender sus gastos de mantención y estancia y los de su familia.

En la tramitación del visado se puede exigir la comparecencia del solicitante, y su ausencia en el plazo fijado producirá el efecto de considerarlo desistido.

La Delegación de Gobierno en que se solicite la residencia por el extranjero es quien debe resolver la concesión o denegación y debe comunicar su decisión al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y a la oficina diplomática o consular correspondiente a la cual se presentó la solicitud.

Si la resolución es desfavorable y así se entenderá si en el plazo de un mes no se comunica, la misión diplomática resolverá la denegación del visado, y si es favorable, resolverá y expedirá el visado, el que deberá ser recogido por el solicitante personalmente.

La autorización inicial de residencia temporal tendrá una duración de un año y su vigencia comenzará desde la fecha en que se efectúe la entrada en España. Esta autorización se puede renovar dentro de los 60 días previos a la fecha de expiración de su vigencia. La autorización de residencia temporal renovada tendrá una vigencia de 2 años, salvo que corresponda obtener una autorización de residencia permanente. Esta materia está regulada en los artículos 33 y siguientes del Reglamento.

b) Residencia Temporal en virtud de Reagrupación Familiar.

Se encuentra en esta situación la persona autorizada para permanecer en España en virtud del derecho a la reagrupación familiar, ejercido por un extranjero que haya residido en España durante un año y haya obtenido autorización para residir por al menos, otro año.

Debe ser solicitada personalmente por el extranjero ante la autoridad administrativa española. Una vez concedida la autorización, dentro de los 2 meses siguientes a su notificación al reagrupante, el familiar que vaya a ser reagrupado deberá solicitar personalmente el visado en la misión diplomática u oficina consular donde resida. Constituirá causa de denegación del visado el hecho de que el extranjero se hallase en España en situación irregular.

Su denegación será motivada y su concesión se notificará en el plazo máximo de 2 meses; el visado deberá ser recogido por el solicitante o en caso de menores, por su representante, en el plazo fijado; si no se hace se entiende que renuncian a él.

La autorización puede renovarse dentro de los 60 días anteriores a su expiración.

Los reagrupados pueden a su vez reagrupar a sus propios familiares, pero para evitar fraudes, la ley exige para ello

que tengan una autorización de residencia y trabajo independiente de la del reagrupante (primitivo).

c) Residencia Temporal en Supuestos Excepcionales.

Se puede autorizar la residencia temporal en casos excepcionales:

- Por razones de arraigo laboral, social o familiar.
- Por razones de protección internacional.
- Por razones humanitarias
- Por razones de colaboración con autoridades
- Por razones de colaboración con autoridades administrativas y judiciales.

Ellas por su carácter excepcional, tendrán una vigencia de un año, se deben solicitar personalmente y no requieren visado.

20. VISADO DE RESIDENCIA Y TRABAJO.

Se halla en situación de residencia temporal con autorización para trabajar, el extranjero mayor de 16 años, autorizado a permanecer en España por un período superior a 90 días e inferior a 5 años, y a ejercer una actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena.

a) Residencia Temporal y Trabajo por Cuenta Ajena.

Esta autorización habilita al extranjero que reside fuera de España, siempre que haya obtenido el visado correspondiente, a iniciar una relación laboral por cuenta ajena, por un año en España. A los extranjeros residentes o los que se hallan en estancia por estudios no les será exigible el visado.

Para la concesión de la autorización se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo, salvo casos especiales. El empleador o empresario debe presentar personalmente la solicitud de autorización ante la autoridad española. Si ella se concede no surtirá efectos hasta la expedición del visado y posterior entrada en España del extranjero titular.

En el plazo de un mes desde la notificación al empleador, el trabajador deberá solicitar personalmente el visado en la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación resida.

La solicitud de visado debe ir acompañada de:

- pasaporte o título de viaje, con vigencia mínima de 4 meses.
- certificado de que carece de antecedentes penales por delitos existentes en España.
- certificado médico que acredite que no padece enfermedades susceptibles de cuarentena.
- copia de la autorización de residencia y trabajo condicionada.

A partir de la entrada legal en España del trabajador, podrá comenzar su actividad y se producirá su afiliación, alta y posterior cotización en la Seguridad Social. En el plazo de un mes debe solicitar la tarjeta de identidad de extranjero.

El visado de residencia y trabajo por cuenta ajena incorporará la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena, y la vigencia de ésta comenzará desde la fecha en que se efectúe la entrada en España, la que deberá constar obligatoriamente en el pasaporte o título de viaje. La autorización puede renovarse dentro de los 60 días previos a la fecha de expiración. Esta materia se encuentra regulada en los artículos 49 y siguientes del Reglamento.

b) Residencia Temporal y Trabajo por Cuenta Ajena de Duración Determinada.

La duración de la autorización para residir en España coincidirá con la del contrato de trabajo, con el límite máximo de un año, y en la mayoría de los casos es susceptible de renovación. La solicitud se tramita de acuerdo al procedimiento señalado anteriormente con algunas modificaciones.

La resolución favorable se notificará al empleador y la autorización de residencia y trabajo quedará suspendida hasta la expedición de visado, en su caso, y la efectiva entrada del extranjero a España. El contrato de trabajo será firmado por el trabajador en la oficina consular competente para la expedición del visado.

En los supuestos en que las autorizaciones sean susceptibles de prórroga, el empleador deberá acreditar que ésta se solicita para continuar con la realización de la misma obra, servicio o actividad especificados en el contrato. La duración de la prórroga coincidirá con la finalización de estos servicios, con el límite de un año. Esta materia se encuentra regulada en los artículos 55 y siguientes del Reglamento.

c) Residencia Temporal y Trabajo por Cuenta Propia.

El extranjero deberá presentar personalmente la solicitud ante la oficina consular española correspondiente a su residencia. Esta dará traslado de la solicitud al órgano competente del lugar en que solicita residencia el extranjero, para que resuelva lo que proceda.

En caso de concesión, la autoridad dará traslado de la resolución al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y a la misión diplomática u oficina consular.

El interesado presentará personalmente la solicitud de visado en el plazo de un mes desde la notificación de la concesión, ante la misión diplomática u oficina consular correspondiente a su

residencia. Esta última, expedirá, en su caso, el visado de residencia y trabajo, en el plazo de un mes. En el plazo de un mes desde la entrada a España el extranjero debe solicitar la tarjeta de identidad de extranjero.

El visado de residencia y trabajo por cuenta propia incorporará la autorización inicial de residencia y trabajo, y la vigencia de ésta comenzará desde la fecha en que se efectúe la entrada, la cual constará obligatoriamente en el pasaporte.

Esta autorización puede ser renovada cuando se acredite la continuidad en la actividad que dio lugar a ella, dentro de los 60 días previos a su expiración. Esta materia está regulada en los artículos 58 y siguientes del Reglamento.

d) Residencia Temporal y Trabajo en el marco de Prestaciones Transnacionales de Servicios.

Se concede al trabajador extranjero que dependa, mediante relación laboral, de una empresa establecida en un Estado no perteneciente a la Unión Europea ni al Espacio Económico Europeo. La autorización se limitará a una actividad y ámbito territorial concretos. Su duración coincidirá con el tiempo de desplazamiento del trabajador con el límite de un año, prorrogable.

El empleador deberá presentar personalmente o a través de representante legal empresarial, la solicitud de autorización ante la Delegación o Subdelegación del Gobierno del lugar en donde se van a prestar los servicios o ante la misión diplomática u oficina consular correspondiente a su residencia, caso en que se sigue el procedimiento anterior.

El visado de residencia y trabajo seguirá la tramitación del visado para residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada, tendrá la consideración de autorización inicial de residencia y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios, cuya vigencia comenzará

desde la fecha en que se efectúe la entrada y se haga constar en el visado, pasaporte o título de viaje.

Hay casos en que los extranjeros están exceptuados de obtener autorización de trabajo. En estos casos el visado de residencia se debe solicitar ante la oficina consular española del lugar en que resida. Si el extranjero reside en España debe solicitar el reconocimiento de la excepción ante la Subdelegación del Gobierno o Delegación del Gobierno en las comunidades autónomas uniprovinciales.

El visado de residencia incorporará la autorización inicial de residencia con la excepción a la autorización de trabajo y su vigencia comenzará desde la fecha en que se efectúe la entrada, y así se haga constar en el visado, pasaporte o título de viaje.

También se conceden *autorizaciones de trabajo por cuenta propia o ajena a trabajadores transfronterizos*, es decir, a trabajadores que residan en la zona fronteriza de un Estado limítrofe al que regresan diariamente y desarrollan actividades lucrativas, laborales o profesionales por cuenta propia o ajena en las zonas fronterizas del territorio español. Esta materia se encuentra regulada en los artículos 63 al 70 del Reglamento.

21. VISADO DE ESTUDIOS.

En el mundo actual cada vez son más las personas que salen de sus países para comenzar estudios de formación o especialización en otros Estados. En esta materia España, es uno de los destinos favoritos de los estudiantes. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en su más reciente informe señala que “en 2005 había más de 2,7 millones de personas

estudiando fuera de su país de residencia, tendencia que se ha duplicado en los últimos 20 años”.¹⁰⁸

En España, este visado habilita al extranjero a permanecer en el territorio en situación de estancia para la realización de cursos, estudios, trabajos de investigación o formación. La duración de dicha estancia será igual a la del curso para el que esté matriculado, o del trabajo de investigación que desarrolle, con un plazo máximo de un año. El cese en la actividad para la que fue concedido será causa de la extinción de su vigencia.

Se debe cumplir con todos los requisitos de entrada, haber sido reglamentariamente admitido por un centro docente o científico español, tener medios económicos para costear los estudios y los gastos de estancia y regreso a su país. Además, los estudiantes menores de edad que no sean acompañados por sus padres requieren autorización de éstos para el desplazamiento a España.

La solicitud se debe presentar personalmente en la misión diplomática u oficina consular española en cuya demarcación resida el extranjero. En el caso de menores de edad, la solicitud deberá presentarse personalmente por sus padres o tutores o por un representante debidamente acreditado. Además, debe ir respaldada por una serie de documentos acreditativos de su situación.

En la tramitación se podrá requerir la comparecencia del solicitante, y cuando se estime necesario, mantener una entrevista personal.

La misión diplomática u oficina consular, resolverá la solicitud y expedirá el visado de estudios cuando corresponda, en el plazo máximo de un mes. Si la estancia tuviera una duración superior a 6 meses, el extranjero deberá solicitar la correspondiente

¹⁰⁸ Diario La Tercera de Chile, “En 5% aumentaron estudiantes extranjeros que llegaron a Chile”, por J. Gallo/ S. Vargas. 14.I.08. Pág. 33.

tarjeta de estudiante extranjero, en el plazo de un mes desde la entrada en España.

Este visado puede renovarse anualmente, siempre que el extranjero siga cumpliendo los requisitos y que además acredite haber superado las pruebas para la continuidad de sus estudios, o el progreso de la investigación. La prórroga debe solicitarse en el plazo de 60 días previos a su expiración.

Los extranjeros con este tipo de visado podrán solicitar el correspondiente visado de estancia para que sus familiares entren y permanezcan legalmente en España, durante los estudios o investigación. Se entiende por familiares al cónyuge e hijos menores de 18 años o sometidos a su patria potestad o tutela.

Además, los extranjeros con visado de estudios, podrán ser autorizados a realizar actividades lucrativas laborales, en instituciones públicas o privadas, cuando el empleador como sujeto legitimado presente la solicitud de autorización de trabajo y se cumplan los requisitos del artículo 50 del Reglamento. Esta autorización no se exige a los extranjeros que realizan estudios de especialización en el ámbito sanitario. Esta materia se encuentra regulada en los artículos 88 y siguientes del Reglamento.

Según la página web www.es.wikipedia.org la situación administrativa de los estudiantes extranjeros, ha tenido un tratamiento jurídico que ha sido objeto de diversos cambios. En la Ley de extranjería de 1985 se hacía referencia a una situación de permanencia. Posteriormente, la Ley 4/2000 originaria, la calificó como de residencia, pero la reforma por Ley 8/2000 introdujo el término *estancia*, que se consolidó en la última reforma, por Ley 13/2003.

En la actualidad, por el momento, la situación de los estudiantes es de *estancia*, si bien se trata de un régimen de estancia singular, ya que no está sometido al límite general de noventa días. “Uno de los principales motivos es evitar la adquisición de la

nacionalidad española a través de la residencia, dada la facilidad de acceder a territorio español con un visado de estudiante. Entendiendo que los concepto civil y administrativo de residencia son los mismos, la calificación de la situación del estudiante como de estancia impide el acceso a la nacionalidad. No obstante, existe una jurisprudencia incipiente del Tribunal Supremo de la que se deduce que se trata de conceptos autónomos”.¹⁰⁹

22. ARRAIGO SOCIAL.

En España, como ocurre con la mayoría de los países receptores del fenómeno migratorio, muchos de los extranjeros que viven en el país se encuentran de manera irregular, ya sea porque han ingresado por puestos no habilitados en categoría de irregulares, o porque si bien han ingresado de manera regular como turistas o con otro tipo de visa, sus visas se han vencido y al estar impedidos de normalizar su situación se convierten en *ilegales*, aunque parece mejor usar el término de irregulares, ya que al decir de muchos doctos en la materia “ninguna persona es ilegal”. Esta realidad afecta principalmente a los africanos y a ciertos latinoamericanos, quienes deben vivir en una suerte de existencia clandestina. Esta situación es reconocida por Cristina Santamarina, cuando dice lo siguiente: “Como es bien sabido, merced a la prolífica producción de informaciones en los diferentes soportes mediáticos, muchas de las personas de origen peruano que residen en España, han ingresado al territorio nacional siendo portadoras de permisos de trabajo o pertenecen a grupos familiares que han arribado a España en función de alguna forma de contrato laboral, mientras que los ecuatorianos y los colombianos son, mayoritariamente personas que

¹⁰⁹ www.es.wikipedia.org (cita nº 92)

se hallan en situación de ilegalidad administrativa y están pendientes de regularizar ante las instancias correspondientes, sus identidades y permisos de residencia”.¹¹⁰

Para esta situación de irregularidad, la ley de extranjería española contempla un trámite administrativo excepcional, por el cual se puede solicitar el llamado arraigo social y arraigo familiar, los cuales vienen a favorecer a los extranjeros en condiciones de irregularidad, ya que cumpliendo ciertos requisitos pueden obtener la regularización y de esta manera optar a un trabajo digno y en definitiva, a una mejor calidad de vida.

Se denomina arraigo social a la vía “excepcional” de regularización de extranjeros que se encuentran sin su documentación de residencia al día y a través de este procedimiento tales extranjeros pueden acceder a la residencia legal en el país.

Los requisitos que deben cumplirse para optar a este beneficio son: a) acreditar al menos tres años de estancia en España, b) disponer de una oferta de contrato de trabajo, c) no tener antecedentes penales en el país de origen y, d) haber obtenido un informe de inserción social emitido por el municipio de la localidad en que residen.

Este procedimiento, que valora la integración de los inmigrantes en su entorno, permite que los extranjeros vayan legalizando paulatinamente su situación sin necesidad de un proceso de regularización extraordinaria y sin que se cree una gran bolsa de trabajadores en situación irregular.

Pese a que la ley de Extranjería la califica de medida aplicable en "circunstancias excepcionales", el arraigo social se ha convertido en la principal vía de regularización de los inmigrantes indocumentados que se encuentran en España. En los dos últimos años, las cifras de extranjeros que comenzaron a tramitar esta vía

¹¹⁰ Santamarina, Cristina. (cita nº 58), Pág. 23.

excepcional crecieron considerablemente, y registran un aumento cercano al 48 % en muchas regiones. Esto se debe, fundamentalmente, a que al arraigo social se están acogiendo aquellos inmigrantes que no pudieron beneficiarse de la regularización extraordinaria que tuvo lugar el año 2005. Muchos de esos extranjeros, que entonces quedaron fuera porque acababan de llegar a España cumplen ya los tres años de residencia en el país que se exigen para solicitar el arraigo social. Además, el 30% de los solicitantes de arraigo son personas que ya tuvieron permiso de residencia y trabajo pero que, por diversos motivos, no pudieron renovarlo.

Actualmente miles de extranjeros han solicitado la regularización acogiéndose a esta medida excepcional. La comunidad boliviana es la que usó el mecanismo el año 2007, mientras que en el año 2006 fueron los originarios de Pakistán.¹¹¹

Este trámite excepcional de extranjería tiene la particularidad de que en su elaboración participan los municipios. Esto se debe a que uno de los documentos que debe presentar el inmigrante es un informe favorable de inserción social en que los municipios valoran si conocen la lengua oficial, si tiene hijos escolarizados, si conocen la ciudad, si van a bibliotecas o gimnasios, si participan en actividades culturales y asociativas. Todas ellas, circunstancias que de alguna manera acreditan la inserción e integración del inmigrante en el entorno español.

Uno de los puntos donde hay más divergencias es en el documento que se acepta para demostrar los tres años de residencia en España. Mientras algunos municipios admiten como prueba el sello de entrada en España en el pasaporte, un certificado expedido por un hospital público o extractos bancarios a su nombre, otros sólo admiten el certificado de empadronamiento.

¹¹¹ www.chilenos.com.es Portal de agrupación de chilenos en España.

Pero no todo es tan auspicioso ya que si bien se permite la regularización de muchos extranjeros por esta vía excepcional, no siempre termina bien el trámite. Las cifras indican que las denegaciones de estas solicitudes superan el 30%. La mayoría de las negativas se deben a que el inmigrante tiene antecedentes penales, que sobre él pesa una orden de expulsión o a que la empresa que le quiere contratar tiene deudas con la Seguridad Social.¹¹²

Sin embargo, no deja de ser una medida favorable para los inmigrantes y que ayuda a que la irregularidad no se extienda o perpetúe a lo largo del tiempo, ya que muchos de los extranjeros que se encuentran en irregularidad en España y que cumplen los requisitos, saben que al transcurrir los tres años tendrán una nueva oportunidad para regularizar su situación. Son miles los que prefieren vivir en la clandestinidad y carecer de documentos y derechos, antes que regresar a sus países de origen, ya que, además, de tener una vida mejor o la esperanza de alcanzar una mejor calidad de vida, tienen la certeza o por lo menos la expectativa de que a los tres años podrán regularizarse. En relación con esta materia, una de las encuestadas por la autora Santamarina señaló: “yo desde luego no me voy de España ni muerta, porque te das cuenta que el paraíso existe y que hablan tu lengua a pesar de las diferencias, aunque digan soeces, el paraíso está aquí y yo estoy feliz de pensar que hago un plan de algo que quiero y con esfuerzo, bueno, pero finalmente lo alcanzo... eso no sabia que existía”.¹¹³ Es así como es fácilmente comprobable que los extranjeros irregulares prefieren de todas maneras quedarse en España y esperar a que se cumplan los tres años para poder regularizar su situación.

¹¹² www.chilenos.com.es (cita n° 111)

¹¹³ Santamarina, Cristina. (cita n° 58), Pág. 38.

23. REAGRUPACIÓN FAMILIAR.

La Ley 4/2000 y el respectivo Reglamento, contemplan esta institución en virtud de la cual los extranjeros residentes en España tienen derecho a reagrupar con ellos a los familiares que se determinan en dicha normativa, siempre y cuando se cumplan los requisitos necesarios para ello. La reagrupación familiar es reconocida en España y en muchos otros estados, como un derecho fundamental de los extranjeros y éste dice relación con el derecho a la intimidad familiar o a la vida en familia. Para las familias es sumamente doloroso tener que separarse cuando uno de sus integrantes decide emigrar, lo cual conlleva a una serie de dificultades, las que muchas veces desembocan en trágicas consecuencias, principalmente respecto de los cónyuges y de los hijos menores, a quienes les falta la importante presencia de su progenitor o progenitora. Es por ello que esta figura, permite reunir a la familia una vez que el extranjero tiene residencia legal en España, la cual debe tener un año y además debe contar con autorización para residir por otro año más, a lo menos, en el país. Con ello se tiende a reunificar el núcleo familiar y así evitar mayores perjuicios para quienes ya han debido soportar las penurias de la migración.

De acuerdo con el artículo 17 de la Ley de Extranjería las personas que el extranjero puede reagrupar son:

1. El cónyuge, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de la ley. No podrá reagruparse a más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad.

2. Sus hijos o los de su cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de 18 años o incapaces, y que no se encuentren casados.

3. Los menores de 18 años o incapaces, cuando el residente sea su representante legal.

4. Sus ascendientes o los de su cónyuge, siempre y cuando estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.

El extranjero deberá solicitar personalmente una autorización de residencia temporal a favor de los miembros de su familia que desee reagrupar. Según el artículo 42 del Reglamento la solicitud deberá cumplimentarse en modelo oficial y acompañarse la siguiente documentación:

- Copia de documentación acreditativa de los vínculos familiares y, en su caso, de la edad, y la dependencia legal y económica.

- Copia del pasaporte, documento de viaje o cédula de inscripción del solicitante.

- Copia de la correspondiente autorización de residencia o residencia y trabajo, ya renovada.

- Acreditación de empleo y/o de recursos económicos suficientes para atender las necesidades de la familia.

- Documentos que acrediten la disponibilidad de una vivienda adecuada para atender las necesidades del reagrupante y su familia.

- En los casos de reagrupación del cónyuge, declaración jurada del reagrupante de que no reside con él en España otro cónyuge.

El familiar no podrá ser reagrupado si se encontrase en España en forma irregular y será razón suficiente para denegar la solicitud. Deberá viajar a su país para solicitar el visado.

En el caso de resolución denegatoria, ella deberá notificarse al solicitante y deberá ser motivada.

De acuerdo con el Reglamento, si se cumplen todos los requisitos establecidos se concederá la autorización de residencia

temporal por reagrupación, y se suspenderá la eficacia de la autorización hasta la expedición, en su caso, del visado, y hasta la efectiva entrada del extranjero en territorio español.

El visado solamente se puede solicitar fuera de España, en la oficina consular o misión diplomática en el país de residencia de los familiares, dentro de los dos meses siguientes a la notificación al reagrupante, de la concesión de la autorización.

Se debe presentar la solicitud de autorización de residencia por reagrupación familiar en territorio español por cada uno de los familiares por los que se solicita la reagrupación a España y, cuando sea admitida, los familiares deberán solicitar los visados en el consulado español del país de origen.

La validez de la autorización de residencia de los familiares dependerá de la situación legal en España del que sea residente y será igual a la vigencia de la autorización inicial de residencia.

Según el artículo 43 del Reglamento para solicitar el visado el familiar debe dirigirse al consulado español en su país con:

- La solicitud oficial cumplimentada y firmada.
- Pasaporte ordinario o título de viaje, reconocido como válido en España, con vigencia mínima de cuatro meses.
- Certificado de antecedentes penales, expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en que haya residido durante los últimos cinco años y en el que no deben constar condenas por delitos existentes en España.
- Copia de la autorización de residencia notificada al reagrupante.
- Documentación original que acredite los vínculos familiares, la edad y la dependencia legal o económica.
- Certificado médico para acreditar que no padece ninguna de las enfermedades susceptibles de cuarentena previstas en el Reglamento Sanitario Internacional.

Para renovar el permiso de residencia del familiar reagrupado deberá presentar la solicitud de renovación sesenta días antes de su vencimiento. Como en la primera solicitud tendrá que demostrar como residente que cuenta con un empleo o medios económicos suficientes para la subsistencia.

Además, en la Ley de extranjería se reconoce el derecho de los extranjeros que han sido reagrupados, para a su vez reagrupar a sus propios familiares, siempre que cuenten ya con una autorización de residencia y trabajo, obtenidas independientemente de la autorización del reagrupante y acrediten reunir los requisitos previstos en la Ley. Esta ha sido una de las últimas modificaciones al texto legal, el cual reconoce el derecho a reagrupar siempre y cuando el reagrupante (antes reagrupado) cuente con una autorización de residencia independiente, con ello se pretende evitar la llamada “reagrupación en cadena”, y se estableció para evitar abusos de esta figura por parte de los extranjeros.

24. ESTRUCTURA ORGÁNICA DE CONTROL.

En España la autoridad encargada de los asuntos migratorios y por ende con competencias en el control de los mismos es el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a través de su Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración. También tienen participación en estas materias el Ministerio de la Presidencia, el del Interior, el de Administraciones Públicas y el de Asuntos Exteriores y Cooperación.

En la base de la estructura se encuentran las Oficinas de Extranjeros, que son unidades que integran los diferentes servicios de la Administración General del Estado, competentes en materia de extranjería e inmigración en el ámbito provincial, al objeto de garantizar la eficacia y coordinación en la actuación administrativa.

Estas ejercen en el ámbito provincial, entre otras, las siguientes funciones:

- la recepción de la declaración de entrada, la tramitación de las prórrogas de estancia, de la tarjeta de identidad de extranjeros y de las tarjetas de estudiantes extranjeros, autorizaciones de residencia, de trabajo y excepciones a la obligación de obtener autorización de trabajo, autorizaciones de regreso, etc.

- la tramitación de los procedimientos sancionadores.

- la tramitación de los recursos administrativos que procedan.

- la tramitación de solicitudes de asilo, etc.

Dichas funciones se ejercen bajo la dirección de los Delegados y Subdelegados del Gobierno correspondientes.

La Oficina de Extranjeros actúa como único centro de gestión en materia de extranjería. Su jefe será nombrado y cesado por el Delegado del Gobierno, previo informe de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.

En materia de procedimientos sancionadores, son competentes para ordenar la incoación de los mismos, los Delegados del Gobierno en las comunidades autónomas uniprovinciales, los Subdelegados del Gobierno, el Comisario General de Extranjería y Documentación, el Jefe Superior de Policía, los Comisarios Provinciales y los titulares de las comisarías locales y puestos fronterizos.

Los Delegados del Gobierno en las comunidades autónomas uniprovinciales y los Subdelegados del Gobierno son los encargados de dictar la resolución en el procedimiento en relación a la propuesta de sanción, la cual debe ser motivada, y decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del procedimiento. También esta misma autoridad puede acordar la devolución del extranjero.

La resolución de expulsión que se dicte en los procedimientos sancionadores debe comunicarse a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración y ser anotada en el Registro Central de Extranjeros de la Dirección General de la Policía. Se comunica también al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, cuando no se pueda notificar al consulado del país del extranjero.

Los funcionarios policiales también cumplen funciones en estas materias, ya que cuando el extranjero no abandona el territorio español ellos deben proceder a su detención y conducción hasta el puesto de salida. Además, en el control de entrada, los funcionarios policiales responsables de dicho control, pueden dictar resolución de denegación de entrada si no se cumplen los requisitos previstos en el reglamento, mediante un procedimiento oportuno. También intervienen Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargados de la custodia de costas y fronteras, quienes cuando intercepten extranjeros que quieran ingresar ilegalmente, los conducirán con la mayor brevedad posible a la correspondiente Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía.

En materia de infracciones y sanciones en el orden social y vigilancia laboral, es la Inspección del Trabajo y Seguridad Social quien ejerce la inspección sobre el trabajo de extranjero, con las funciones y competencias que le reconoce la ley 42/1997. A sus jefaturas, competentes en razón del territorio, corresponde la ordenación de la tramitación de los expedientes sancionadores. El jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social competente en razón del territorio, eleva el proceso con propuesta de resolución al Delegado o Subdelegado del Gobierno competente para resolver.

De acuerdo a lo señalado en el Reglamento la Dirección General de Inmigración, la Inspección del Trabajo y Seguridad Social y las Áreas y Dependencias Provinciales del Trabajo y Asuntos Sociales deben dar cuenta a la autoridad

gubernativa y a los servicios policiales correspondientes de los supuestos de infracciones relativas a la entrada y permanencia de extranjeros en España, de que tuviera conocimiento en el ejercicio de sus competencias; y viceversa, la autoridad gubernativa y los servicios policiales, lo harán en relación con hechos que puedan constituir infracciones laborales en relación con este reglamento.

El artículo 153 del Reglamento señala que al Ministerio del Interior corresponde la inspección, dirección, coordinación, gestión y control de los Centros de Internamiento, estos son lugares a los que se ingresan los extranjeros expedientados por orden del juez de instrucción, y que no tienen carácter penitenciario. El Ministerio ejerce estas funciones a través de la Dirección General de la Policía, sin perjuicio de las facultades del juez de instrucción en ciertos casos.

De acuerdo al artículo 163 del Reglamento el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, dispondrá de una red pública de Centros de Migraciones para cumplir fines de integración social. También tiene funciones la Dirección General de Integración de los Inmigrantes que determina programas de integración.

IV. ALGUNAS SUJERENCIAS PARA ACTUALIZAR LA LEY CHILENA DE EXTRANJERÍA.

25. PRINCIPALES RECLAMOS DE LOS EXTRANJEROS EN CHILE. JURISPRUDENCIA CHILENA EN MATERIA DE EXTRANJERÍA.

En primer lugar, es preciso señalar que la jurisprudencia en materia de extranjería en Chile es escasa. Dentro de los principales reclamos de los extranjeros en nuestro país, se encuentran los recursos que tienden a dejar sin efecto la orden de expulsión de que han sido objeto. Cabe recordar que la expulsión es la máxima sanción que se puede imponer a un extranjero y que en nuestro país tiene efectos perpetuos (a menos que se derogue el decreto de expulsión por la autoridad competente), a diferencia de lo que ocurre en España, donde sus efectos son limitados en el tiempo, ya que impiden el ingreso al país por un plazo mínimo de 3 años y un máximo de 10.

A continuación, se reseñan dos fallos judiciales que dicen relación con reclamos efectuados por extranjeros en nuestro país.

26. EXPULSIÓN Y LÍMITE A LAS FACULTADES DISCRECIONALES.

En este punto me parece muy importante reseñar un fallo de la Corte Suprema donde se acoge el reclamo de un matrimonio alemán y se deja sin efecto la resolución del Ministro del Interior por la cual se denegaba el permiso de residencia temporaria y se ordenaba hacer abandono del país. La Ilustrísima Corte además de acoger la reclamación, señaló claramente que las

facultades discrecionales de la autoridad administrativa jamás pueden ser ejercidas de manera arbitraria, por lo que es un fallo trascendental en materia de derechos humanos y de límite a las facultades discrecionales.

En este caso el Sr. Alfredo Matthusen habría llegado a Chile el año 1961 y contrajo matrimonio con la Sra. Eleonore Gerlach en 1968, del cual nacieron cuatro hijos en el país. El año 1986, después de haber tenido el beneficio de permanencia definitiva por casi 25 años, el matrimonio salió del país por razones de trabajo, regresando con visas de turismo en noviembre de 1990. En enero del año 1991 ambos solicitan visa de residencia temporaria, la que en noviembre del mismo año fue rechazada por la autoridad mediante una resolución que ordena a los solicitantes abandonar el país, bajo apercibimiento de dictarse en su contra orden de expulsión del territorio nacional, todo ello sin expresión de causa.

El artículo 13 del Reglamento de extranjería señala que las visaciones, cambios, prórroga y traspasos de las mismas, salvo las diplomáticas y oficiales y la permanencia definitiva de extranjeros que se encuentren en el territorio nacional, serán resueltas o concedidas por el Ministerio del Interior. Según este precepto además, dichas atribuciones serán ejercidas discrecionalmente. Conforme al artículo 49 del Reglamento, se otorgará visación de residente temporario al extranjero que tenga el propósito de radicarse en Chile, siempre que acredite tener vínculos de familia o intereses en el país, o cuya residencia sea estimada útil o ventajosa. Esto último es ampliamente cumplido por los solicitantes, ya que tras haber tenido permanencia definitiva por casi 25 años en el país, y tener cuatro hijos en Chile, se acredita que tienen vínculos de familia y, por lo tanto intereses en el país. Esta circunstancia es reconocida por la Corte Suprema la cual acoge el recurso de Reclamación. No obstante, el Ministro del Interior

expresó que los antecedentes de todo extranjero que solicita visa de residencia, son analizados técnicamente y conforme a requisitos objetivos, la Corte no ve dichos elementos en el caso de autos, ni las razones que harían inconveniente o no recomendable la permanencia de los solicitantes en Chile, y señala que si bien las facultades de que a este respecto está investida la autoridad competente son discrecionales, ello no significa de manera alguna que puedan ser ejercidas en forma arbitraria.

Hay aquí una reiteración de lo que la misma Corte Suprema sustentara en el caso Rosa Díaz y otros con Toro Iturra, Horacio (Director de Policía de Investigaciones de Chile), al resolver con fecha 16 de mayo de 1991 un Recurso de Protección,¹¹⁴ donde señaló que “la mera voluntad de un funcionario –quienquiera sea, aun si es el propio Presidente de la República- resulta insuficiente en un Estado de Derecho, en el que no hay margen -por principio- para el poder puramente personal. Lo no motivado es, por este solo hecho, arbitrario”.

Otro aspecto a destacar es la pretensión de la autoridad administrativa de no ser procedente la reclamación interpuesta en razón de no existir un *decreto* de expulsión, sino una *resolución*. Sin embargo, la Corte Suprema pasa por alto este argumento formalista y expresa que este hecho “no excluye la posibilidad de reclamar por esta vía de la aplicación de la misma medida mediante el arbitrio de una resolución como la librada en el caso de autos”.

Es así como la Corte¹¹⁵ deja sin efecto la resolución del Ministerio del Interior por abiertamente arbitraria, lo que constituye un fallo de sumo interés para la defensa de los Derechos Fundamentales.

¹¹⁴ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXVIII, N° 2, sección V. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 123 - 134.

¹¹⁵ Fallo pronunciado por los ministros señores Marcos Aburto O., Servando Jordán L., Enrique Zurita C., Osvaldo Faúndez V., y el abogado integrante señor Álvaro Rencoret S. Rol N° 28.812.

“El Estado de Derecho se construye día a día mediante la lucha constante frente al abuso del poder y ante la arbitrariedad de quienes no siempre tienen presente el bien común y el servicio a la persona humana, y con jueces imbuidos de su papel fundamental de velar porque sean respetados los derechos fundamentales de las personas. Sin tregua ni descanso, sin obsecuencias, y siempre con mucha fortaleza, virtud esencial para abogados y jueces”.¹¹⁶

Este, como podemos ver, es un fallo trascendental en materia de facultades discrecionales de la autoridad administrativa, que muchas veces son ejercidas de manera arbitraria, y en materia de derechos fundamentales de las personas, los cuales deben ser siempre resguardados.

27. EXPULSIÓN POR MALOS ANTECEDENTES.

En este apartado traigo a colación un fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, que fue confirmado por la Corte Suprema, donde se rechaza el recurso de Amparo de un extranjero, considerándose que la autoridad administrativa había procedido legalmente al ordenar su expulsión y la de su familia, debido a los malos antecedentes y conflictos generados por el argentino Alberto Vilanucci Manso.

La situación descrita se dio de la siguiente manera: el señor Vilanucci, misionero evangélico, recurrió de Amparo contra el Sr. Intendente Regional de la Región del Bío Bío Martín Zilic Hrepic, por haber resuelto su expulsión, y alegó falsedad de las denuncias que en su contra entablaron diversas personas ante la Gobernación, principalmente por deudas impagas. Expresó que

¹¹⁶ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXIX, sección V. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 113-116.

ingresó a Chile en mayo del año 1993 y que desde junio del mismo año trató de obtener visa, pero fue largamente tramitado. También señaló que dentro de su grupo familiar se encuentra su hija que es chilena, la cual al igual que él, está siendo expulsada.

Frente a esto, el señor Intendente expresa que la hija del Sr. Vilanucci nació en territorio nacional dejándose constancia que se trataba de hija de extranjeros transeúntes, por lo que ella no tiene nacionalidad chilena. Declara que el Sr. Vilanucci, quien informó a la autoridad ser Pastor Evangélico, comenzó posteriormente a ejercer una serie de actividades lucrativas, todo ello con abierta infracción al Reglamento que prohíbe realizar actividades remuneradas a extranjeros con visa de turismo. A raíz de estas actividades, por incumplimiento de las deudas contraídas, y debido a otros problemas personales y dentro de la comunidad religiosa, la autoridad de Gobierno Interior comenzó a recibir una serie de reclamos en su contra, razón por la cual se resolvió negativamente la visa de residencia temporaria.¹¹⁷

De acuerdo a estos antecedentes la Corte de Apelaciones de Concepción rechaza el recurso de Amparo, puesto que la orden de expulsión ha sido dictada por autoridad competente y dentro de los casos señalados por la ley, por lo que no es arbitraria ni ilegal.¹¹⁸

Se justifica esta resolución en el sentido que las personas, sean nacionales o extranjeros, no pueden pretender infringir la ley nacional para obtener beneficios ilegítimos. El extranjero debe respetar las normas chilenas y mantener un buen comportamiento, el cual no sólo es necesario para tener una buena acogida en otro país, sino que también lo es para lograr una adecuada relación entre personas.

¹¹⁷ Gaceta Jurídica, N° 168. Editorial Jurídica ConoSur Ltda. Chile. Pág. 94 - 95.

¹¹⁸ Fallo pronunciado por los Ministros señores Enrique Silva Segura y el Abogado Integrante señor René Vergara Vergara.

28. FALENCIAS DE LA LEY DE CHILE.

El fenómeno migratorio en Chile se encuentra regido por el DL 1094 de 1975, que constituye nuestra Ley de Extranjería, y por el DS 597 de 1984, Reglamento en esta materia.

Si bien los movimientos migratorios se han dado a lo largo de la historia de la humanidad, hoy en día demuestran caracteres propios y una tendencia al crecimiento, que dicen relación con el mundo globalizado en el cual nos ha tocado vivir. “Nuestra ley, sin embargo, está bastante lejos de reflejar el fenómeno de la movilidad humana tal cual se está dando hoy, ello por muchas razones, entre las que destacan el cambio de paradigma que ha operado luego del fin de la guerra fría y el desplazamiento de la doctrina de la seguridad nacional por la de la integración o interrelación de los Estados, respecto de lo cual nuestra ley aún no da cuenta, siendo un buen ejemplo de obsolescencia jurídica”.¹¹⁹

Dentro de las principales falencias de la ley podemos destacar las siguientes:

- “Su larga data (más de 30 años), hacen de ella un instrumento ajeno a la realidad actual, habiéndose quedado muy atrás en relación a los derechos que las Convenciones Internacionales reconocen a todas las personas. Más aun, esta fuente está desfasada en relación a nuestra propia Carta Fundamental”.¹²⁰

- No contiene una definición de lo que debe entenderse por *extranjero*, no delimita el ámbito personal al cual se aplica, recordemos que la ley de extranjería española sí lo hace, señalando que se consideran extranjeros “los que carezcan de nacionalidad española”.

¹¹⁹ Pérez Villar, Carmen Gloria. (cita n° 38), Pág. 116.

¹²⁰ Pérez Villar, Carmen Gloria. (cita n° 27), Pág. 4.

- el amplio margen de discrecionalidad que se ha otorgado a la autoridad administrativa, que muchas veces es sinónimo de abusos de todo tipo en contra de los extranjeros.

- la ausencia de principios mínimos sobre procedimiento administrativo.

- “la falta de adecuación práctica de las normas relativas a los permisos de residencia, especialmente aquella vinculada con la ejecución de un contrato de trabajo”.¹²¹

- Además, “dentro del listado de prohibiciones de ingreso, se considera a aquellos extranjeros que no tengan una profesión u oficio, lo que constituye una abierta discriminación y violación al principio de igualdad de todas las personas, ampliamente consagrada en los instrumentos sobre Derechos Humanos”.¹²² Esto constituye una traba que conduce a incrementar la migración irregular, puesto que los inmigrantes vienen a Chile, principalmente, a ocupar empleos que no tienen gran demanda por los trabajadores nacionales, y para los cuales no se requiere un oficio o profesión.

Adicionalmente, hay una abierta contradicción entre nuestra ley de extranjería y normas establecidas en instrumentos internacionales tan emblemáticos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Así también, hay una fuerte tensión entre nuestra Ley y el Reglamento de extranjería y la Carta Fundamental. Ello por cuanto en la ley existen “resabios de viejas doctrinas que privilegiaban la *Seguridad del Estado* por sobre los derechos fundamentales de las personas. En aquella época (década de los '70), se veía al extranjero como sospechoso, y las normas aun vigentes reflejan esta falta de confianza y de solidaridad” respecto de los extranjeros.¹²³

¹²¹ Pérez Villar, Carmen Gloria. (cita n° 27) Pág. 4.

¹²² Pérez Villar, Carmen Gloria. (cita n° 27) Pág. 5.

¹²³ Pérez Villar, Carmen Gloria. (cita n° 72) Pág. 397.

Estimamos que es muy importante que el marco normativo que regula la migración en nuestro país se adecue a la realidad que se vive hoy, pero también es de gran relevancia que ese marco sea lo más correcto posible en cuanto a su redacción y al respeto de los derechos fundamentales de las personas, puesto que una legislación deficiente como la nuestra no ayuda a regular verdaderamente los flujos migratorios, quita gobernabilidad al fenómeno y, peor aún, afecta directamente a un grupo vulnerable de nuestra sociedad, y coarta sus derechos y expectativas.

29. CONSIDERACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Como ya se ha mencionado a lo largo de estas páginas nuestra ley de extranjería se encuentra completamente desfasada en relación con la situación actual en materia de migraciones, pero también se encuentra muy atrasada en lo que dice relación con la protección y respeto de los derechos fundamentales de los extranjeros, puesto que la ley se dictó en un contexto histórico en el que primaba la doctrina de Seguridad del Estado por sobre todo otro parámetro, y los derechos fundamentales no tenían el desarrollo que han alcanzado hoy. Es así como nuestra ley se encuentra en contradicción con una serie de normas que amparan los derechos fundamentales, entre ellas, la Constitución Política. Hoy se reconoce a nivel internacional que “... el respeto de los derechos humanos de todos los migrantes es una obligación básica de los Estados, bajo las convenciones relevantes y, al mismo tiempo, una condición necesaria para alcanzar todos los beneficios de la migración”.¹²⁴

¹²⁴ Jaspers-Faijer, Dirk. El dialogo de alto nivel de las naciones unidas sobre migración internacional y desarrollo y la visión desde América Latina y el Caribe, en Migraciones: experiencias en América Latina y la Unión Europea. (cita nº 1), Pág. 28.

Por ello estimamos que es necesario que cualquier instrumento legislativo que pretenda regular la migración y la situación de los extranjeros en el país, considere los derechos fundamentales de los migrantes, y los límites que ellos imponen a las actuaciones de las diversas autoridades en un Estado de Derecho. Tal como señala la profesora Pérez Villar “la idea es que, considerando los límites que imponen los Derechos Humanos fundamentales, y los intereses de cada país, se logre un adecuado manejo global del tema, mediante una legislación moderna, acorde con los tiempos en que vivimos”.¹²⁵ Es necesario que esta ley compatibilice los intereses nacionales con la presión migratoria, para lograr los beneficios que la migración trae a los países receptores, los cuales pueden ser altamente gratificantes tanto para el país, como para los migrantes, pero para ello es necesario que se respeten los derechos fundamentales y que la legislación que aborde esta materia sea acorde al fenómeno de la movilidad humana, tal como se da en la actualidad.

Cabe recordar que los migrantes son un grupo vulnerable, ello debido al hecho de vivir en tierra extraña, y especialmente por la discriminación que en algunos casos a diario deben enfrentar en los países en que residen, en cuyas sociedades el racismo y la xenofobia son rasgos que se encuentran presentes en la cultura, por lo que “el respeto inestricto de los derechos de los inmigrantes, tanto en los países de acogida como en los países de tránsito, además de ser un imperativo ético reconocido en el mundo actual, es el mecanismo que mejor asegura una adecuada integración de los migrantes a la sociedad receptora, permitiendo condiciones dignas de vida para ellos y sus familias y un desarrollo armónico del Estado de acogida”.¹²⁶ La integración, de la que tanto hablan muchos gobiernos como meta en materia de inmigración, es un

¹²⁵ Pérez, Carmen Gloria. (cita n° 27), Pág. 3.

¹²⁶ Hernández, Pedro O. (cita n° 23), Pág.126.

proceso complejo que supone igualdad de los unos con los otros, pero no clonación, sino “igualdad en la diferencia”¹²⁷. Esta integración sólo se puede lograr cuando se reconocen los derechos fundamentales de los migrantes, ya que el reconocimiento de derechos no es una consecuencia, sino una condición para la integración. Así, “la sociedad de acogida debe dar el primer paso, que no es el de la tolerancia, la condescendencia paternalista o los buenos modales propios de la gente civilizada, sino el de la garantía de derechos y, por tanto, la iniciativa a la hora de enseñarlos...”.¹²⁸

Estimo que lo más importante a la hora de regular la migración en un país receptor del movimiento migratorio como hoy es Chile, es la adecuada integración de los extranjeros en nuestro país, que sin duda resulta la tarea más difícil en esta materia. Sin embargo, no por ello va a dejarse de lado un tema tan trascendental como es la integración, para la cual, como ya dijimos, una de las condiciones básicas es el respeto y garantía eficaz de los derechos fundamentales de los migrantes, tanto en materia legislativa, como por parte de la autoridad administrativa y judicial, las que deben reconocerlos como un límite en su actuación y propender al debido resguardo de dichas garantías. Un autor señala que “además de las reglas que aseguran el libre intercambio económico, es necesario tener en cuenta otro tipo de principios que aseguren la genuina integración y que sólo se pueden lograr ejerciendo una verdadera justicia social para el migrante, sepultando los prejuicios xenófobos, asumiendo la solidaridad, y respetando los derechos humanos de todas las personas sin importar de que lado de la frontera tuvo la suerte de haber nacido”.¹²⁹ Ojalá que esos principios a los que se

¹²⁷ Martín, Javier de Lucas. Sobre la gestión de la multiculturalidad que resulta de la inmigración, en *Desafíos actuales a los Derechos Humanos: la violencia de género, la inmigración y los medios de comunicación*. Editorial DIKINSON, Madrid, España 2005. Pág. 76

¹²⁸ Martín, Javier de Lucas. (cita n° 127), Pág. 76.

¹²⁹ Mármora citado por Martínez, Jorge. En *La migración internacional y el desarrollo en la era de la globalización e integración: temas para una agenda regional*. Copyright Naciones Unidas, Santiago, Chile, 2000. Pág. 49.

refiere, puedan estar un día contemplados en nuestra normativa de extranjería.

30. REDUCCIÓN DEL ARTICULADO Y MAYOR CLARIDAD DE SUS NORMAS.

Cuando la inmigración no se controla o regula de manera adecuada, se deriva en una serie de abusos e ilegalidades. Adicionalmente, hoy en día nos encontramos ante la proliferación de mafias, lo que daña gravemente a los inmigrantes, pero también a los países receptores, que ven como se corrompe la sociedad con esta grave práctica.

La normativa chilena de extranjería no acoge adecuadamente el fenómeno de la inmigración, pero además tanto la ley como el reglamento, tienen una redacción muy compleja, con muchos artículos y en ciertos casos de difícil comprensión, lo que perjudica aún más a los imperados, que en este caso son los extranjeros inmigrantes en Chile.

Nuestra Ley de Extranjería tiene cuatro títulos con 96 artículos y un título 5° de Disposiciones Transitorias, y el Reglamento, cuenta con 182 artículos, lo que significa que regulan la materia casi 280 artículos, lo que parece un exceso. Además, ambas normas contienen disposiciones sumamente reglamentarias. En el caso de España, que hemos venido examinando, la Ley de Extranjería de ese país, contiene tan sólo 71 artículos y si bien el reglamento cuenta con 165 artículos, la ventaja que tiene la normativa española es que ambos cuerpos legales tienen una redacción bastante simple y que ambos siguen el sistema que hoy predomina en la legislaciones modernas, cual es, el titular los artículos, haciendo alusión a la materia a la cual se refiere, lo que

facilita la comprensión de la norma y da una idea de la misma antes de leerla.

Es por ello que estimamos se necesita con urgencia revisar nuestra legislación en esta materia para adecuarla al fenómeno migratorio tal como se presenta hoy, y, redactarla con el mayor esmero posible, haciéndola de más fácil comprensión y eliminando en la mayor medida posible los espacios de discrecionalidad de que gozan ciertas autoridades. Es necesario recordar que los imperados, a quienes va dirigida la normativa, son por lo general personas que carecen de estudios jurídicos y en cuyos países, por lo demás, nuestra legislación no es, ni tiene por qué ser, de lectura obligatoria.

Una buena ley, con una redacción correcta y adecuada al fenómeno en las circunstancias que vivimos hoy en día, puede “disminuir el ingreso y permanencia de personas en forma irregular o indocumentadas, lo que permite al Estado mantener un mejor control sobre todos los habitantes del territorio”.¹³⁰

Así se puede lograr entonces, la dirección y control del fenómeno por parte del Estado, para el cual es una obligación, además, velar por la salvaguarda de los derechos de todas las personas. En este sentido y a propósito de España el abogado Igor Valientes, señala que “los flujos migratorios deben ser controlados por el Estado, haciendo todo lo que esté en su mano para evitar que quienes deciden abandonar sus países caigan en manos de las mafias. España no se puede permitir prescindir de la inmigración, los necesitamos tanto económica como demográficamente, por tanto velar por su seguridad es obligación de los poderes públicos”.¹³¹ Lo mismo podemos predicar para Chile, es una obligación para nuestro país regular de manera adecuada la inmigración y de esta manera obtener las ventajas que ella puede aportar a nuestra sociedad.

¹³⁰ Pérez Villar, Carmen Gloria. (cita n° 27) Pág. 8.

¹³¹ Baleares sin Fronteras, periódico español. “Como facilitar la convivencia y la integración es problema de todos” Igor Valiente B. Primera quincena de febrero de 2008. Pág. 26.

31. ACTUALIZACIÓN EN MATERIA DE VISADOS.

En el mundo actual, son cada día más constantes los flujos de personas que se desplazan de un país a otro, y ello, como hemos visto, tiene sus causas en diversas circunstancias, principalmente económicas y de tipo laboral. Sin embargo, nuestra ley de extranjería está lejos de reflejar la realidad migratoria tal y como se vive hoy en día, por lo que representa un marco legal que carece de eficacia. Al respecto, Zondek señala que “abordar con efectividad el tema migratorio requiere de un marco legal adecuado, atinente a las realidades que se viven y que resguarde los derechos fundamentales de las personas”.¹³² Es así como aparece la necesidad de regular el movimiento migratorio a través de una normativa adecuada, acorde con la realidad y respetuosa de los derechos humanos del migrante. Como es sabido “las visiones legalistas orientadas a manejar unilateralmente los desplazamientos de personas, de modo restrictivo y desligadas de objetivos vinculados al proceso de desarrollo están completamente desfasadas de la realidad”.¹³³ Además, presentan el grave problema que en lugar de hacer disminuir la migración, lo que logran es hacer aumentar la irregularidad en la misma.

Por otra parte, en el caso de nuestra Ley de extranjería, no considera, por ejemplo, las llamadas “Personas de Negocios”, las que se encuentran reguladas en algunos Tratados de Libre Comercio. Así, en palabras de la profesora Carmen Gloria Pérez “... nuestra ley no contempla todas las categorías migratorias que existen hoy en día, luego de las distintas alternativas que se han incorporado por los Tratados de Libre Comercio suscritos por Chile,

¹³² Zondek, Andrea. (cita n° 75), Pág. 102.

¹³³ Martínez Pizarro, Jorge. (cita n° 129), Pág. 58.

donde se otorga una serie de visas especiales para las llamadas personas de negocios, categorías que nuestra ley no contempla”.¹³⁴

Es por ello que nuestra ley debería ser modificada en esta materia, a fin de que incluya esta nueva figura orientada a facilitar el fenómeno de la movilidad migratoria en el escenario actual, ya que ella permite un desplazamiento privilegiado para ciertas personas, en las hipótesis señaladas. Así, se define como “persona de negocios” al nacional de un Estado que participa en el comercio de mercancías o suministro de servicios, o en actividades de inversión, y la encontramos consagrada de manera expresa, por ejemplo, en los Tratados de Libre Comercio suscritos por Chile con Canadá y los Estados Unidos. “Esta nueva fórmula para el desplazamiento de ciertas personas tiene especial importancia para países en desarrollo como el nuestro, cuando las contrapartes de estos tratados son potencias mundiales, a las cuales es difícil acceder por las vías normales, especialmente cuando éstas han cerrado sus fronteras luego de los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, de todos conocidos”.¹³⁵

La categoría en análisis se subclasifica de la siguiente manera:

a) Visitantes de negocios.

Son personas de negocios que tienen la intención de llevar a cabo alguna de las siguientes actividades: reuniones y consultorías, investigación y diseño, cultivo, manufactura y producción, comercialización, ventas, distribución, servicios posteriores a la venta, servicios generales. A ellos no se les exige la obtención de una autorización de empleo, a condición de que dicha persona, además de cumplir con las medidas migratorias aplicables a la entrada temporal, exhiba pruebas y documentación de

¹³⁴ Pérez Villar, Carmen Gloria. (cita n° 27), Pág. 5.

¹³⁵ Pérez Villar, Carmen Gloria. (cita n° 38), Pág. 116

nacionalidad de una Parte, de que emprenderá tales actividades y del carácter internacional de las mismas.

b) Comerciantes o inversionistas.

Son personas de negocios que tienen intenciones de:

Llevar a cabo un intercambio comercial cuantioso de mercancías o servicios, principalmente entre el territorio de la Parte de la cual es nacional y el territorio de la otra parte a la cual solicita la entrada; o

Establecer, desarrollar, administrar o prestar asesoría o servicios técnicos clave para administrar una inversión en la cual la persona o su empresa hayan comprometido, o estén en vías de comprometer, un monto importante de capital, que ejerza funciones de supervisión, ejecutivas o que conlleve habilidades esenciales, siempre que la persona de negocios cumpla, además, con las medidas migratorias, aplicables a la entrada temporal.

c) Personal transferido dentro de una empresa

Son personas de negocios empleadas por una empresa, que tengan intenciones de desempeñar funciones gerenciales o ejecutivas o que conlleven conocimientos especializados en esa empresa o en una de sus subsidiarias o filiales, siempre que cumpla con las medidas migratorias aplicables a la entrada temporal. La Parte podrá exigir que la persona de negocios haya sido empleado de la empresa de manera continua durante un año dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud de admisión.

d) Profesionales

Son personas de negocios que tengan la intención de llevar a cabo actividades como profesionales, o desempeñar funciones de capacitación relacionadas a una profesión en particular, incluyendo la conducción de seminarios, cuando estas personas de negocios, además de cumplir con los requisitos migratorios aplicables a la entrada temporal, exhiban los siguientes

antecedentes: a) prueba de nacionalidad de una parte y, b) documentación que acredite que la persona emprenderá tales actividades y que posee los requisitos académicos mínimos pertinentes o títulos alternativos. A este respecto la profesora Pérez Villar también da cuenta de que las partes podrán establecer un límite numérico anual respecto de la entrada temporal de personas de negocios de la otra Parte que tengan intenciones de realizar actividades comerciales a nivel profesional.¹³⁶

Asimismo, también es importante considerar dentro de las categorías de visados, alguna por Reagrupación o Reunificación Familiar, institución reconocida ampliamente como un derecho humano de todos los migrantes y que, como vimos anteriormente, está contemplada en la Ley de extranjería española. Esta figura sería muy positiva para los migrantes, ya que junto con apoyar la unidad familiar y evitar que la familia se vea separada, muchas veces con efectos perjudiciales, vendría a ayudar a que la inmigración sea más regular y ordenada.

32. DISMINUCION DE FACULTADES DISCRECIONALES DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA.

En nuestro país, la gestión de los asuntos inmigratorios esta a cargo del Ministerio del Interior, el que a través de Intendencias y Gobernaciones aplica la normativa de extranjería. En la frontera, es Policía Internacional quien opera directamente sobre los flujos, permitiendo el ingreso y egreso de las personas. A la cabeza del sistema se encuentra el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior (DEM) quien tiene a su cargo la Unidad de Pasos Fronterizos (UPF) del mismo ministerio.

¹³⁶ Pérez Villar, Carmen Gloria. (cita nº 38), Pág. 116 y 117.

Dentro de las críticas que podemos hacer a nuestra Ley de Extranjería, tenemos que, entrega muchas atribuciones a la autoridad administrativa y que carece de un procedimiento cabalmente regulado para imponer las sanciones, lo cual muchas veces deriva en injusticias y violaciones de derechos hacia los extranjeros. En esta materia la doctrina recomienda que el procedimiento administrativo de expulsión y de imposición de otras sanciones, esté perfectamente regulado, para que no se produzcan arbitrariedades.

A modo de ejemplo, tenemos que las atribuciones que correspondan al Ministerio del Interior, para el otorgamiento de visaciones, para prórrogas de las mismas y para la concesión de la permanencia definitiva serán ejercidas discrecionalmente por éste, atendiéndose en especial a la conveniencia o utilidad nacional que reporte al país su concesión y la reciprocidad internacional previo informe de la Dirección General de Investigaciones; además las prórrogas de autorizaciones pueden rechazarse por razones de conveniencia o utilidad nacionales, criterios que son muy vagos y que son evaluados por la autoridad administrativa.

Igual autorización para uso de facultades discrecionales, encontramos en el reglamento, lo cual resulta evidentemente negativo, ya que muchas veces el ejercicio de tales facultades, sin control alguno, lleva a cometer arbitrariedades. De esta manera, se hace necesario que dichas facultades sean disminuidas o bien, reguladas para que no puedan ejercerse en perjuicio de los inmigrantes, además, se necesita regular de manera íntegra y ordenada, los procedimientos en los cuales se pueden imponer sanciones, tal como lo hace España en su Reglamento de Extranjería, donde se señala que no se impondrá sanción alguna, sino en virtud de procedimiento instruido al efecto, y dichos procedimientos se encuentran cabalmente regulados.

El reglamento español clasifica las infracciones en leves, graves y muy graves, y para cada una de ellas existe un procedimiento detalladamente regulado.

Ello no lo encontramos en nuestra normativa de extranjería que contiene muy pocas normas sobre procedimiento y a la vez, confiere muchas facultades discrecionales a la autoridad administrativa.

Para terminar tomo la reflexión de Esteban Tumba, “¿Se justifica que la orgánica de extranjería siga estando en el Ministerio del Interior? A lo mejor resulta conveniente dirigir la mirada hacia países que han organizado el sistema de otra manera. En España, por ejemplo, los asuntos inmigratorios los lleva el Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales a través de su Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración”.¹³⁷

Es necesario revisar el tema, que no deja de ser preocupante, y encaminarse hacia una mejor regulación y al otorgamiento de competencias a un organismo más especializado, con especificación y detalle de los procedimientos sancionadores, sin dejar tanto margen a la decisión discrecional.

¹³⁷ Tumba, Esteban. (cita nº 67), Pág. 110.

SÍNTESIS Y CONCLUSIONES

He pretendido mostrar por una parte, la realidad del fenómeno migratorio en la actualidad, y por otro lado, lo lejos que estamos, legislativamente hablando, del mismo. Ante la deficiencia de la normativa migratoria en nuestro país surge, a mi juicio, un vacío que es imprescindible llenar, en el plazo más breve posible.

En el capítulo primero me he referido a la movilidad humana, señalando las características que presenta actualmente en un mundo globalizado y destacando que por ser en esta época, fundamentalmente económica y de tipo laboral, no va a desaparecer, sino por el contrario, su tendencia es al aumento, mientras se mantenga la disparidad económica y de oportunidades entre los distintos países. La diferencia entre la distribución de la riqueza ha alcanzado niveles alarmantes, lo que podemos ver reflejado en diversas realidades, entre las que destaco las migraciones, ya que son muchas las personas que salen, o mejor dicho huyen de la miseria en la cual viven para lograr una mejor calidad de vida, y en algunos casos para lograr simplemente vivir, ya que si no emigran no les queda más que esperar la muerte. Además de analizar en parte el fenómeno migratorio, hago referencia a la situación migratoria tanto en Chile como en España, países que en las últimas décadas se han convertido en sociedades receptoras de inmigrantes.

En el capítulo segundo, relativo a las normas españolas sobre migración, hago una breve exposición tanto de la Ley, como de su Reglamento, reseñando su evolución histórica y destacando ciertos aspectos relevantes de su contenido. Se hace alusión al desarrollo que ha tenido la normativa española, ya que España pasó de ser un país fundamentalmente emisor de migrantes, a convertirse en un centro de atracción para los mismos, lo que la deja entre los países con mayor número de inmigrantes. Es relevante

para nuestro país considerar la legislación española, ya que se estima, ella es una de las más avanzadas en el tema migratorio a nivel internacional. Además, España es hoy un importante destino de los chilenos que emigran, lo que tiene trascendencia por la aplicación del principio de reciprocidad.

En el capítulo tercero, hago referencia a instituciones en la ley española de relevancia para Chile, entre las cuales cabe destacar la Reagrupación Familiar y el Arraigo Social, ambas instituciones que vienen a colaborar con el logro de una inmigración regular y ordenada, y que son de gran importancia para los inmigrantes y sus familiares, los que pueden a través de ellas unirse con su familia al obtener visado de residencia por reagrupación familiar, o bien, regularizar su situación migratoria en el país, gracias al procedimiento excepcional de arraigo social. Cabe destacar, además, el hecho que la autoridad con competencia en esta materia es un organismo especializado, ya que los asuntos migratorios son llevados por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a través de su Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración. La estructura orgánica de control ejerce funciones reglamentadas y delimitadas, y los procedimientos en que intervienen se encuentran cabalmente regulados.

Finalmente, en el capítulo cuarto, menciono ciertas falencias de nuestra ley de extranjería y hago algunas sugerencias para actualizar la normativa chilena en materia de migración, tales como actualización en materia de visados, disminución de facultades discrecionales de la autoridad administrativa, reducción del articulado y mayor claridad de sus normas, y algo trascendental en esta materia, la consideración por la normativa, de los derechos fundamentales de las personas.

Pensamos que la migración se va a mantener presente en nuestro país, por lo que se torna absolutamente necesario regular y dirigir el fenómeno con una adecuada legislación. Es necesario

que la ley pueda crear un equilibrio entre las presiones migratorias hacia Chile y los intereses del Estado.

Estimo que es imprescindible, que la legislación se actualice, que aborde el fenómeno con efectividad y trate al inmigrante no como sujeto de control, sino como sujeto titular de derechos. Asimismo, es importante que se creen los mecanismos necesarios para que los extranjeros puedan integrarse en nuestra sociedad. Para ello es fundamental, además, cambiar nuestras propias percepciones hacia el inmigrante, partiendo de la base que nuestra cultura no es superior ni inferior a la de los demás, sino sólo diversa. Una ley que regula de manera adecuada el fenómeno de la migración, contribuye un aporte a la multiculturalidad a la que ella da lugar, y al respeto de las demás personas y culturas, instando a dejar de lado los flagelos sociales que conducen a la discriminación, racismo y xenofobia, de los cuales muchas veces son víctimas los inmigrantes, y que se arraigan en el seno de la sociedad, situación que debe ser controlada y frenada por el Derecho.

Estimo que una legislación correcta no puede dejar de considerar instrumentos jurídicos trascendentales en materia de Derechos Humanos, tales como: la Declaración de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Interamericano de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana sobre Derechos Humanos, La Carta de la OEA, entre las más importantes, que constituyen fuente jurídicas vigentes en nuestro país. Así también, es necesario considerar las legislaciones en esta materia de nuestros países vecinos, ya que es con ellos con quienes es más intenso el intercambio migratorio, y asimismo la legislación española por las razones anteriormente expuestas.

Es por esta razón que he recogido en esta memoria, la normativa de extranjería de España y algunas de sus instituciones más relevantes, con el ánimo de que ello pueda tener algún

provecho en esta materia, o que por lo menos atraiga la atención sobre nuestra legislación migratoria, la que a mi juicio se encuentra muy desfasada, y sobre la imperante necesidad que existe por adecuar y actualizar sus normas a la situación que se vive en la actualidad a nivel internacional. Ello cobra una mayor importancia, porque hace algunas décadas nuestro país se ha convertido en sociedad receptora del fenómeno migratorio, y por lo tanto, es fundamental darle a éste un tratamiento legislativo correcto, adecuado y actualizado, que se encuentre a la altura de las circunstancias.

Concluyendo, en mi opinión es fundamental que nuestro país revise la legislación migratoria y que dirija la mirada hacia otras legislaciones, entre las que destaco por ser muy avanzada en el tema, la española. De esta normativa pueden recogerse diversas instituciones de gran importancia en materia de migraciones y además, es interesante el tratamiento que se hace del migrante, reconociendo su calidad de sujeto de derechos.

Ello contribuirá al desarrollo de nuestro Derecho, y a hacer de Chile una mejor sociedad, más humana, más tolerante y con mayor igualdad en las diferencias.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. Centro Latinoamericano para las relaciones con Europa. Migraciones: experiencias en América Latina y la Unión Europea. Copyright CELARE. Santiago, Chile, 2006.
2. Crispi, Paula de Dios. Inmigrar en Chile: estudio de una cadena migratoria hispana. Editorial Universitaria, S.A. Santiago de Chile, 1993.
3. Duncker Biggs, Federico. Derecho Internacional Privado, parte general. Editorial Jurídica de Chile, 1950. Santiago, Chile.
4. Guzmán Latorre, Diego. Curso de Derecho Internacional Privado. Editorial Jurídica. Santiago, Chile, 1973.
5. Martín Sánchez, Juan (coordinador). Con la frontera a cuestas: cuatro miradas sobre las emigraciones internacionales. Editorial CSIC. Sevilla, España, 2003.
6. Martínez Pizarro, Jorge. La migración internacional y el desarrollo en la era de la globalización e integración: temas para una agenda regional. CELADE, Copyright Naciones Unidas. Santiago, Chile, 2000.
7. Mori Ganna, Camilo. Apuntes de Derecho Internacional Privado. Prensas de la Escuela de Derecho de Valparaíso, de la Universidad de Chile. Valparaíso, Chile, 1962.
8. Rodríguez Palop, María Eugenia y otro.
 - Desafíos actuales a los derechos Humanos: la violencia de género, la inmigración y los medios de comunicación. Editorial Dickinson, S. L. Madrid, España, 2005.
 - Derechos Culturales y Derechos Humanos de los inmigrantes. Editorial Sal Terrae. Cantabria, España, 2000.
9. Romero del Prado, Víctor N.

- Manual de Derecho Internacional Privado. Tomo I, Editorial La Ley. Buenos Aires, Argentina, 1944.
 - Tratado de Derecho Internacional Privado. Tomo I, Editorial Assandri. Córdoba, Argentina, 1942.
- 10.** Santamarina, Cristina. Consumo y ocio de los inmigrantes latinoamericanos en España: un acercamiento desde la perspectiva cualitativa. Editorial IDD. Madrid, España, 2005.

ARTÍCULOS

- 1.** Olea Rodríguez, Helena, “Derechos Humanos y Migraciones. Un nuevo lente para un viejo fenómeno”, en Anuario de Derechos Humanos N° 3- 2007. Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile, 2007.
- 2.** Pérez Villar, Carmen Gloria.
 - “La movilidad humana y su reflejo en el Derecho Internacional Actual”, en Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público. Editorial LexisNexis. Santiago, Chile. 2005.
 - “Los Otros”, en Anuario de Filosofía Jurídica y Social 2002. Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social. EDEVAL. Valparaíso, Chile, 2002.
 - “Condición Jurídica de los extranjeros. La migración Internacional”, en trámite para publicación por Sociedad Chilena de Derecho Internacional.

REVISTAS JURÍDICAS

- 1.** Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXIX, sección V. Editorial Jurídica de Chile. Mayo-Agosto 1992. Chile.

2. Gaceta Jurídica N° 168. Editorial Jurídica ConoSur Ltda. Junio, 1994. Chile.
3. Revista española Procuradores, del Consejo General de Procuradores. Nueva Época – N° 69. Madrid, España, agosto de 2007.

PERIÓDICOS Y SEMANARIOS

1. Diario La Tercera de Chile, viernes 04 de enero de 2008; lunes 14 de enero de 2008; domingo 17 de febrero de 2008.
2. Baleares sin Fronteras, periódico español, primera quincena de diciembre de 2007; primera quincena de enero de 2008; segunda quincena de febrero de 2008.

PÁGINAS WEB

1. www.canal13.cl Portal de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
2. www.chilenos.com.es Portal de agrupación de chilenos en España.
3. www.eldía.es Página de periódico español fundado por Leoncio Rodríguez.
4. www.es.wikipedia.org Página de Wikipedia, la enciclopedia libre (Proyecto que escribe enciclopedias libres en todos los idiomas).
5. www.madrepatria.com Página del despacho jurídico de Juan Manuel Campo Cabal de Madrid, España.
6. www.mequieroir.com Portal informativo de oportunidades en el exterior para jóvenes emprendedores de venezuelasite.com, agrupación venezolana.