



SERIE INFORME **LEGISLATIVO**

Proyecto de Ley de Migración y Extranjería: una mirada desde el Derecho Internacional

María Angélica Benavides C.

SERIE
INFORME
LEGISLATIVO
ISSN 0717 - 1544

Octubre 2018

51

MARÍA ANGÉLICA BENAVIDES C.

es Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctora y Magister en Derecho Universidad del Sarre, Alemania. Profesora de Derecho Internacional Público. Directora de Investigación Facultad de Derecho Universidad Finis Terrae.

CONTENIDOS

RESUMEN EJECUTIVO **05**

1. EL ARTÍCULO 5° DE LA CONSTITUCIÓN
POLÍTICA DE LA REPÚBLICA COMO
**PARÁMETRO DE COMPATIBILIDAD ENTRE EL
ORDEN NACIONAL E INTERNACIONAL** **06**

2. **DERECHO APLICABLE A LOS MIGRANTES** **07**

3. LA DEMANDA DE CONSISTENCIA,
COHERENCIA Y COMPATIBILIDAD
**ENTRE EL ORDEN NACIONAL Y EL
INTERNACIONAL** **08**

4. **DISTINCIÓN ENTRE
NORMAS VINCULANTES E
INSTRUMENTOS NO VINCULANTES** **09**

6.1	Título II del PDL- De los principios	11
6.2	Derecho a la salud	12
6.3	Derecho a la educación	13
6.4	Seguridad social	14
6.5	Derechos de los niños y reagrupación familiar ...	15
6.6	Procedimientos expeditos e informados	16

5. **NORMAS DEL PDL REFLEJADAS
SON COHERENTES CON LAS NORMAS
JURÍDICAS VINCULANTES PARA CHILE** **10**

6. **DERECHO Y CENTRALIDAD
DE LA PERSONA EN EL PROYECTO DE LEY** **11**

7. **INSTRUMENTOS NO VINCULANTES
A CONSIDERAR** **18**

8. **CONCLUSIONES** **19**

9. **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS** **20**

Resumen Ejecutivo

A ctualmente en el Congreso se está tramitando un proyecto de ley, impulsado por el Presidente Piñera, que viene a establecer una nueva "Ley de Migración y Extranjería", que reemplazará a la legislación vigente en la materia. El proyecto tiene un objetivo claro en materia migratoria y se hace cargo de las nuevas tendencias jurídicas para tratar el tema: instalar un régimen abierto, sin discriminaciones, que vele por los derechos y obligaciones de los extranjeros que se avecinen en el país e incentive una migración ordenada, segura y regular.

En particular, el presente trabajo tiene por objeto analizar la compatibilidad normativa del Proyecto de Ley (PDL) de Migración y Extranjería y las obligaciones jurídicas internacionales vinculantes para el Estado de Chile.

Como se demostrará en el presente análisis, es posible concluir que, dado el contenido normativo del proyecto, éste se condice con cada una de las obligaciones internacionales que vinculan al Estado. De este modo, no existe reproche desde el Derecho Internacional que exponga en un futuro a nuestro país, desde la perspectiva del proyecto de ley, a la situación jurídica de responsabilidad internacional. Lo anterior, sin perjuicio de la aplicación judicial y administrativa que se le dé a la nueva ley.

1. EL ARTÍCULO 5° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA COMO PARÁMETRO DE COMPATIBILIDAD ENTRE EL ORDEN NACIONAL E INTERNACIONAL

El ordenamiento chileno contempla normas de reconocimiento y protección a los derechos fundamentales, tales como el artículo 19 de la Constitución Política de la República (en adelante “CPR”) y la multiplicidad de normas que establecen derechos que complementan el catálogo¹. No hay duda que nuestro orden jurídico se ha ido dotando no sólo de catálogos y procedimientos, sino también de una institucionalidad adecuada que hace frente a los requerimientos de esta sociedad democrática fundada en los valores esenciales emanados de la naturaleza humana. Es así como el artículo 5° de la CPR, introducido en las reformas de 1989 a la Constitución, sostiene que de estos derechos, aquellos que recoge la Constitución y los tratados internacionales, son el límite infranqueable para todo aquel que ejerce potestades públicas.

El mencionado artículo 5° obliga al respeto de los derechos contenidos en dos universos normativos diversos: el nacional y el internacional. Independiente de la eterna discusión sobre la jerarquía², el punto que no admite opinión en contrario es que esos derechos deben ser respetados. Sin embargo, esta afirmación no es suficiente para discernir la norma aplicable previa interpretación y ponderación.

El referido artículo obliga a todo ente público judicial, legislativo y ejecutivo. El operador del Derecho, dependiendo de sus facultades y competencias deberá encontrar aquella norma más acorde con el ámbito en que despliega su labor. Así, el juez deberá interpretar armónicamente las normas nacionales e internacionales, de acuerdo a sus

propias y diferenciadas reglas y métodos hermenéuticos, para llegar a aquella con mayor contenido y que sea protectora en los contornos de la conciliación de los dos ordenamientos³. Para esto preferirá en casos una sobre la otra, o deberá aplicar, considerando el resultado más razonable y ajustado al derecho, una interpretación amigable entre ambas y que compatibilice el orden nacional y el internacional. El poder ejecutivo deberá gestionar desde igual base. En relación con el poder legislativo, deberá conducir un proceso de comparación jurídica, en abstracto, que evite, dentro del límite de lo posible, que el Estado incurra en responsabilidad internacional por la dictación de normas infraconstitucionales flagrantemente contrarias a los tratados ratificados, o bien, por ratificar, sin previa adecuación, tratados incompatibles con el catálogo de derechos del orden interno. Esto demanda del poder legislativo un análisis comparativo normativo. Sin perjuicio de lo señalado, el legislador no puede, porque escapa a su poder fáctico, prevenir todo conflicto normativo, o toda duda sobre compatibilidad y constitucionalidad. Esta es la razón por la que el ordenamiento se dota de procesos posteriores a la entrada en vigencia que permitan destrabar estos conflictos. Así existe la facultad de la reforma legal (esa le compete al legislativo), de renuncia o denuncia de tratados (le compete al ejecutivo) o de recursos de constitucionalidad o inaplicabilidad entre otros mecanismos jurisdiccionales de permanente observación y corrección en la aplicación normativa.

¹ Ejemplo de esto es la ley de transparencia, la ley Zamudio, entre otras.

² La doctrina es amplísima y conocida. Ej: NUNEZ POBLETE, Manuel. La función del derecho internacional de los derechos de la persona en la argumentación de la jurisprudencia constitucional: Práctica y principios metodológicos. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 2009, n.32, pp.487-529; NOGUEIRA ALCALA, Humberto. El valor jurídico asignado por la jurisprudencia del tribunal constitucional al derecho convencional internacional de los derechos humanos y su fuerza normativa en el periodo 2006-2013. Rev. chil. derecho 2014, vol.41, n.2; Fuentes, Ximena (2014), La jerarquía y el Efecto Jurídico del Derecho Internacional en el Sistema Jurídico Chileno, en Una vida en la universidad de Chile: Celebrando al profesor Antonio Bascañán Valdés (Santiago de Chile, Legal Publishing: Thomson Reuters La ley), pp.583-618; Troncoso, Claudio (2010), Control de constitucionalidad de los tratados. Análisis y

comentarios del fallo del Tribunal Constitucional de 25 de agosto de 2009, Anuario de Derechos Humanos 2010 No. 6, pp. 149–157; Benavides, María Angélica (2016), “La Constitución del Derecho Internacional, el sueño de un reducto jurídico occidental”, International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, vol. 14, Núm. 28, 2016, 9-48.

³ BENAVIDES, María Angélica (2017), *Armonizar el derecho nacional y el derecho internacional. Un asunto de compatibilización*, en HENRIQUEZ, Miriam; MORALES, Mariela (edit.) El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile (Santiago de Chile, Editorial DER Ediciones), pp. 447-458. FAVRE, Antoine (1960): *L'interprétation objectiviste des traités internationaux*, en *Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht* (Vol. 17) pp.75-98.

2. DERECHO APLICABLE A LOS MIGRANTES

El Congreso tramita actualmente un proyecto de ley que viene a establecer una nueva Ley de Migración y Extranjería (en adelante, también, "PDL"). El proyecto en discusión corresponde a aquel ingresado el año 2013 por el Presidente Piñera durante su primer mandato, el cual fue perfeccionado vía indicaciones recientemente en abril de este año⁴. Luego de años Chile tendrá, esperamos, una normativa que asegure el mandato de Naciones Unidas para una migración ordenada y segura.

Al respecto, los Estados han acordado una agenda para el Pacto Mundial de Migración. En él se ha diferenciado expresamente al refugiado de los migrantes. Esta distinción es importante debido a que el refugiado tiene, según acuerdo de los Estados mediante los tratados suscritos, derecho a ser recibido. La calidad de refugiado permite acceder al derecho de ser admitido por un Estado y protegido por éste. El migrante en cambio no está amparado por un derecho a la migración. Los Estados se han esforzado por regular, mejor o peor, la migración como reconocimiento del hecho que las poblaciones se movilizan buscando mejores condiciones de vida. Los migrantes son un aporte a los países a los que llegan. Los Estados actuales no pueden sino reconocer que sus conformaciones responden a flujos migratorios en diferentes épocas. Cada una de ellas trajo consigo elementos que conforman a los Estados en sus características actuales, pero la persona no tiene el derecho a ser admitido migrando. Tiene, sin embargo, el derecho a recibir tratos justos, dignos y respetando los derechos humanos básicos. No necesariamente para mantenerse en el país en caso de ingreso irregular, pero sí para un trato humano, mientras se decide su permanencia o no. No existe el derecho a la migración reconocido en ningún tratado o norma constitucional⁵.

Esto no significa que el orden internacional omita el trato dado a los migrantes. Existen tratados que se aplican

una vez que los Estados han aceptado a los migrantes, así como normas que se deben seguir cuando estos no son aceptados y son devueltos a su país de origen.

Es en ese contexto, que el deber del legislador es velar por que los tratados internacionales que versan sobre materias de migrantes, así como los derechos constitucionales aplicables sean compatibles con el proyecto en discusión, o bien, que se levanten aspectos que releven la necesidad de reformas a la normativa nacional vigente o a la ley en actual tramitación.

⁴ Boletín N° 8970-06. Proyecto de Ley de Migración y Extranjería.

⁵ Udo Di Fabio, *Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem*. Bayerische Staatsregierung, 2016.

3. LA DEMANDA DE CONSISTENCIA, COHERENCIA Y COMPATIBILIDAD ENTRE EL ORDEN NACIONAL Y EL INTERNACIONAL

El sistema jurídico internacional, creado por los Estados, obliga a estos a un cumplimiento en el orden nacional de las obligaciones asumidas. Sin perjuicio de esta afirmación que parece diáfana y clara, el asunto es más complejo y obliga a una mirada global de ambos órdenes, ya que ellos ni se superponen ni aspiran a subsumirse⁶. Las obligaciones de los tratados deben verse desde la óptica de lo efectivamente asumido y no desde lo que queremos ver plasmado en el instrumento convencional⁷. Esto, independiente de una voluntad estatal diversa, como el caso argentino sobre primacía del derecho internacional de los DDHH.

El cumplimiento se da mediante los mecanismos e interpretaciones propias del Derecho Internacional, ya sea por los Estados o por órganos que tengan competencia para interpretar vinculantemente los instrumentos jurídicos internacionales⁸.

Este resguardo lo toman los Estados habida cuenta de la interrelación entre el contenido de los instrumentos jurídicos internacionales y las propias normas nacionales. Es así como los Estados han estructurado el sistema jurídico internacional desde la certeza del cumplimiento y los pesos y contrapesos de sus propios órdenes constitucionales. El derecho internacional no pretende, porque los Estados así lo quieren, imponer normas. Estos han conformado más bien un sistema a la carta de obligaciones posibles de asumir y un sistema de interpretación estricta de las obligaciones. Esto se debe a que los Estados, dentro de su heterogeneidad, propia de una sociedad diversa y universal, avanzan a velocidades diversas en el reconocimiento y respeto de los DDHH⁹.

El tema que aborda el proyecto de ley en cuestión es de aquellos que el Estado se reserva un amplio margen de decisión, considerando los altos costos que una migración implica: vivienda, salud, educación, seguridad, etc. Y de allí es que se explique que no hayan aún reconocido un derecho a la migración.

Sin perjuicio que los temas son parte de un núcleo a regular soberanamente, el Estado ha celebrado tratados internacionales y es necesario jurídicamente comparar ambas normativas, evitando así una eventual responsabilidad internacional.

6 Kahn, Paul (2000): "El Derecho Internacional y la Comunidad" ponencia expuesta en SELA 2000; ACOSTA ALVARADO, Paola (2016): "Zombis vs Frankenstein: Sobre Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno" en Estudios Constitucionales (Año 14, N°1), pp. 15-60.

7 Orrego-Vicuña, Francisco, *Creación del Derecho en una sociedad global: ¿importa todavía el consentimiento?*, 37 Estudios Internacionales, Santiago, Universidad de Chile, 146, 81-103 (2004). Disponible en: <http://www.revistaet.uchile.cl/index.php/REI/article/viewFile/14544/14857>.

8 Fastenrath, Ulrich (1991) *Lücken im Völkerrecht - Zu Rechtscharakter, Quellen, Methodenlehre und Funktion des Völkerrechts* (Berlin, Drucker und Humblot); Kadelbach, S., *Völkerrecht als Verfassungsordnung? Zur Völkerrechtswissenschaft in Deutschland*, 67 Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 599-621, (2007).

9 Obando, Iván, (2008): "Anarquía Internacional y Derechos Humanos", en Aguilar Cavallo, Gonzalo, 60 años Después: Enseñanzas Pasadas y Desafíos Futuros, Conmemoración de los 60 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Santiago de Chile, Librotecnia), pp. 309-337.

4. DISTINCIÓN ENTRE **NORMAS VINCULANTES E INSTRUMENTOS NO VINCULANTES**

El análisis de compatibilidad entre ambos ordenamientos debe realizarse desde el sistema jurídico, es decir, normas jurídicas nacionales frente a normas jurídicas vinculantes internacionales.

Es así como es menester distinguir entre las obligaciones jurídicas internacionales efectivamente existentes y aquellos instrumentos que reflejan más bien recomendaciones o aspiraciones del sistema internacional no recogidas aún en normas de derecho¹⁰.

¹⁰ Boyle, Alan (2010): "Soft Law in international law-making" en EVANS, Malcolm, *International Law*, (Great Britain, Oxford University Press) pp. 121-140

5. NORMAS DEL PDL REFLEJADAS SON COHERENTES CON LAS NORMAS JURÍDICAS VINCULANTES PARA CHILE

En materia de migración, las normas internacionales vinculantes jurídicamente para Chile corresponden a las siguientes:

- Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, ratificada el 21 de marzo de 2005¹¹.
- Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire y para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños¹², ratificados el 29 de noviembre de 2004.
- Convención sobre el estatuto de los refugiados, cuya adhesión se produjo el 28 de enero de 1972¹³.
- Convención de Derechos del Niño¹⁴.
- La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, también conocida por su sigla en inglés CEDAW, (en adelante, también "Convención CEDAW").
- Normas respectivas de la Convención Interamericana de DDHH.

Los principales conceptos y derechos/deberes contenidos en los instrumentos referidos se encuentran reflejados en el PDL. En otros términos, el PDL utiliza una nomenclatura acorde con las obligaciones jurídicas internacionales¹⁵. Asimismo, contiene una cláusula general, desagregada luego, del reconocimiento de derechos.

¹¹ Reservas: "La República de Chile formula reserva preceptuado en el número 5 del artículo 22, el que considera inaplicable a su respecto". "La República de Chile dará por cumplido lo dispuesto en el número 2 del artículo 48 mediante los acuerdos internacionales para evitar la doble imposición, celebrados o que se celebren en el futuro".

¹² Protocolos: Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire. Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños.

¹³ Reservas: 1) "con la reserva de que, en lo referente a lo dispuesto en el artículo 34º, el Gobierno de Chile no podrá conceder a los refugiados mayores facilidades que a los extranjeros en general, en vista del carácter liberal de las leyes chilenas sobre nacionalización"; 2) "con la reserva que el plazo fijado en el artículo 17º, letra a), queda ampliado para Chile de tres a diez años"; 3) "con la reserva que la letra c) del artículo 17º, se aplicará solamente cuando el refugiado sea viudo de cónyuge chileno"; 4) "con la reserva que el Gobierno de Chile no puede conceder un mayor plazo para el cumplimiento de la orden de expulsión que el que las leyes chilenas conceden a los demás extranjeros en general" y con la declaración formulada por el Ministro de Relaciones

Exteriores de que el Gobierno de Chile, en virtud de lo dispuesto en el N° 1, letra b) del artículo 1º del Convenio, para los efectos de las obligaciones que correspondan a Chile, entiende las palabras "acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951", que figuran en el artículo 1º de la Sección A, como "acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 en Europa o en otro lugar".

¹⁴ Esta Convención no es analizada por artículos, atendido que no tiene normas específicas sobre migrantes, siendo por tanto, aplicable en su totalidad, en lo que correspondiera.

¹⁵ A revisar es el concepto niño de la Convención sobre Derechos del Niño y menores, que utiliza el proyecto.

6. DERECHO Y CENTRALIDAD DE LA PERSONA EN EL PROYECTO DE LEY

El proyecto de ley establece un marcado acento en los derechos de los migrantes y las diversas categorías¹⁶, siendo cada norma correlativa a los tratados firmados por Chile.

A continuación haremos referencia a algunos artículos del PDL y su correlato con las obligaciones jurídicas internacionales vinculantes para el Estado de Chile sobre la respectiva materia.

6.1. Título II del PDL- De los principios

• Proyecto de Ley

"Artículo 3°.- Promoción de derechos. El Estado promoverá los derechos que le asisten a los extranjeros en Chile, así como también los deberes y obligaciones establecidos en la Constitución Política de la República y las leyes.

Artículo 5°.- Integración. El Estado a través de la Política Nacional de Migración y Extranjería propenderá a la integración del migrante dentro de la sociedad chilena, teniendo en consideración las diferencias culturales, con el objeto de promover la incorporación armónica a la realidad social, cultural y económica del país, con el debido respeto a la legislación nacional.

Artículo 9°.- Igualdad de derechos y obligaciones. Respecto de todo extranjero, el Estado garantizará el ejercicio de los derechos y velará por el cumplimiento de las

obligaciones consagradas en la Constitución Política de la República y las leyes, cualquiera sea su raza o etnia, nacionalidad, o idioma, en conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 20.609.

Asimismo, se asegurará a todo extranjero que solicite el ingreso o un Permiso de Residencia en el país, la aplicación de procedimientos y criterios de admisión no discriminatorios.

Los extranjeros que se vean afectados por una acción u omisión que importe una discriminación arbitraria podrán interponer las acciones que correspondan, según la naturaleza del derecho afectado".

• Obligaciones jurídicas internacionales vinculantes

- Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Artículo 1 de la Convención¹⁷ y Parte III: Derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, artículos 8 y ss.
- Convención sobre el estatuto de los refugiados. Artículo 3° Prohibición de la Discriminación, Artículo 4° Religión, Artículo 5° Derechos otorgados independientemente de esta Convención¹⁸.
- Convención Interamericana de DD.HH.

¹⁶ Cabe señalar que los artículos del proyecto a los cuales se hace referencia en el presente informe son aquellos que propone el texto del Ejecutivo, sin considerar los cambios que ha experimentado durante la discusión parlamentaria en la Comisión de Gobierno Interior de la Cámara de Diputados.

¹⁷ **Artículo 1.** 1. La presente Convención será aplicable, salvo cuando en ella se disponga otra cosa, a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. 2. La presente Convención será aplicable durante todo el proceso de migración de los trabajadores migratorios y sus familiares, que comprende la preparación para la migración, la partida, el tránsito y todo el período de estancia y de ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo, así como el regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual

¹⁸ **Artículo 3°** Prohibición de la Discriminación. Los Estados contratantes aplicarán las disposiciones de esta Convención a los refugiados, sin discriminación por motivos de raza, religión o país de origen.

Artículo 4° Religión. Los Estados contratantes otorgarán a los refugiados que se encuentren en su territorio un trato por lo menos tan favorable como el otorgado a sus nacionales en cuanto a la libertad de practicar su religión y en cuanto a la libertad de instrucción religiosa de sus hijos.

Artículo 5° Derechos Otorgados independientemente de esta Convención. Ninguna disposición de esta Convención podrá interpretarse en menoscabo de cualesquiera otros derechos y beneficios independientemente de esta Convención otorgados por los Estados Contratantes a los refugiados.

- Convención Derechos del Niño. Artículos 2 y 3 sobre aspectos esenciales de protección de derechos y no discriminación¹⁹.
- Convención CEDAW.

Los artículos citados de los instrumentos internacionales referidos hacen referencia particularmente al principio de no discriminación en sus variadas formas, el cual debe ser respetado por los Estados partes.

El PDL no contiene norma alguna que se contradiga con el principio de igualdad y no discriminación entre hombres y derechos.

6.2. Derecho a la Salud

• Proyecto de ley

“Artículo 11.- Acceso a la Salud. *Los Residentes, ya sea en su calidad de titular o dependientes tendrán acceso a la salud en igualdad de condiciones que los nacionales, sin perjuicio de los requisitos especiales que el ordenamiento jurídico establezca para determinados casos.*

Los extranjeros que permanezcan en el país en condición migratoria irregular tendrán acceso a la salud en igualdad de condiciones que los nacionales, previo cumplimiento de los requisitos que, al efecto, determine el Ministerio de Salud.”

Sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior, el Estado garantizará a todo extranjero, incluyendo aquellos

que se encuentren en Condición Migratoria Irregular, la atención de salud a menores; de embarazo, parto y puerperio; y de urgencia, todo ello, en establecimientos de su dependencia.

Asimismo, estarán afectos a todas las acciones de salud establecidas en conformidad al Código Sanitario, en resguardo de la salud pública, al igual que los nacionales”.

• Obligaciones jurídicas internacionales vinculantes y el derecho a la salud

- Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Artículos 25, 28 y 43²⁰.
- Convención sobre el estatuto de los refugiados. Si bien no contiene normas específicas sobre salud, el PDL es amplio en otorgarlos a todo aquel que está dentro de sus supuestos, incluyendo, por tanto, a los refugiados.
- Convención Interamericana de DDHH.
- Convención Derechos del Niño. Artículos 24 y 39²¹.
- Convención CEDAW. Artículos 10 y 11²².

Según se desprende de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recibir atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones

19 **Artículo 2.** 1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Artículo 3. 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

20 **Artículo 25.** 1. Los trabajadores migratorios gozarán de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo en lo tocante a remuneración y de: a) Otras condiciones de trabajo, es decir, horas extraordinarias, horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud, fin de la relación de empleo y cualesquiera otras condiciones de trabajo que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, estén comprendidas en este término; b) Otras condiciones de empleo, es decir, edad mínima de empleo, restricción del trabajo a domicilio y cualesquiera otros asuntos que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, se consideren condiciones de empleo. 2. No será legal menoscar en los contratos privados de empleo el principio de igualdad de trato que se menciona en el párrafo 1 del presente artículo. 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para asegurar que los trabajadores migratorios no sean privados de ninguno de los derechos derivados de este principio a causa de irregularidades

en su permanencia o empleo. En particular, los empleadores no quedarán exentos de ninguna obligación jurídica ni contractual, ni sus obligaciones se verán limitadas en forma alguna a causa de cualquiera de esas irregularidades.

Artículo 28. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo.

Artículo 43. 1. Los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con: (...) e) El acceso a los servicios sociales y de salud, siempre que se hayan satisfecho los requisitos establecidos para la participación en los planes correspondientes; (...) 2. Los Estados Partes promoverán condiciones que garanticen una efectiva igualdad de trato, a fin de que los trabajadores migratorios puedan gozar de los derechos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo, siempre que las condiciones establecidas para su estancia, con arreglo a la autorización del Estado de empleo, satisfagan los requisitos correspondientes.

21 **Artículo 24.** 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente; d) Asegurar atención sanitaria prenatal y posnatal apropiada a las madres; e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;

de igualdad de trato con los nacionales del Estado que se trate, y dicha atención médica urgente no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o empleo. Sin embargo, el mismo instrumento señala que los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales en relación al acceso a los servicios de salud, siempre que se hayan satisfecho los requisitos correspondientes.

En cuanto a la Convención de los Derechos del Niño, esta establece que los Estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios, entre otras cosas.

En este sentido, y revisando las obligaciones internacionales vinculantes, la norma propuesta en el proyecto cumple con los estándares internacionales exigidos respecto del derecho a la salud.

6.3. Derecho a la educación

• Proyecto de ley

“Artículo 13.- Acceso a la Educación. El Estado garantizará el acceso a la enseñanza preescolar, básica y media a los extranjeros menores de edad establecidos en Chile en las mismas condiciones que los nacionales.

En ningún caso podrá denegarse la matrícula a causa de su nacionalidad, en establecimientos educacionales regidos por el Decreto con Fuerza de Ley N° 2 de 1998, del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 2 de 1996, del mismo Ministerio, y por el Decreto Ley N° 3.166 de 1980. Asimismo, tal derecho no podrá denegarse ni limitarse a causa de su Condición Migratoria Irregular o la de cualquiera de los padres.

Los establecimientos educativos que reciban aportes estatales deberán tener a disposición de los interesados la información necesaria para ejercer el derecho establecido en el inciso anterior”.

Sumado al derecho a la educación, el PDL consagra un apartado especial para la revalidación de títulos, facilitando de esta forma el acceso al trabajo. Artículos 136 y ss.

• Obligaciones jurídicas internacionales vinculantes y el derecho a la educación.

- Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Establece en sus artículos 12 y 30 el derecho a la educación de los hijos de los trabajadores, resaltando el derecho de los padres a escoger la

f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia. 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños. 4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 39. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

22 **Artículo 10.** Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) Las mismas condiciones de orientación en materia de carreras y capacitación profesional, acceso a los estudios y obtención de diplomas en las instituciones de enseñanza de todas las categorías, tanto en zonas rurales como urbanas; esta igualdad deberá asegurarse en la enseñanza preescolar, general, técnica, profesional y técnica superior, así como en todos los tipos de capacitación profesional; b) Acceso a los mismos programas de estudios, a los mismos exámenes, a personal docente del mismo nivel profesional y a locales y equipos escolares de la misma calidad; c) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza; d) Las mismas oportunidades para la obtención de becas y otras subvenciones para cursar estudios; e) Las mismas oportunidades de acceso a los programas de educación permanente, incluidos los programas de alfabetización funcional y de adultos, con miras en particular a reducir lo antes posible toda diferencia de conocimientos que exista entre hombres y mujeres; f) La reducción de la tasa de abandono femenino de los estudios y la organización de programas para aquellas jóvenes y mujeres que hayan dejado los estudios prematuramente; g) Las

mismas oportunidades para participar activamente en el deporte y la educación física; h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia.

Artículo 11. 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano; b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo; c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico; d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo; e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas; f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción. 2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil; b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales; c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños; d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella. 3. La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda.

educación que refleje su religión y “moral” como lo señala la Convención²³.

- Convención sobre el estatuto de los refugiados. Artículo 22 referido a la educación “elemental” pública²⁴.
- Convención Interamericana de DDHH.
- Convención Derechos del Niño. Artículos 24 y 28²⁵.
- Convención CEDAW. Artículos 14 y 22.

Al respecto, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares establece que todos los hijos de los trabajadores migratorios gozarán del derecho fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado respectivo. El acceso de los hijos de trabajadores migratorios a las instituciones de enseñanza preescolar o las escuelas públicas no podrá denegarse ni limitarse a causa de la situación irregular en lo que respecta a la permanencia o al empleo de cualquiera de los padres, ni del carácter irregular de la permanencia del hijo en el Estado de empleo.

De este modo, el proyecto de ley reconoce el derecho a la educación, recogiendo las normas internacionales, protegiéndose la identidad cultural de los migrantes.

6.4. Seguridad social

• Proyecto de ley

“Artículo 12.- Acceso a la Seguridad Social y beneficios de cargo fiscal. Para el caso de las prestaciones de seguridad social y acceso a beneficios de cargo fiscal, los extranjeros podrán acceder a éstos siempre y cuando cumplan con los requisitos que establezcan las leyes que regulen dichas materias.

Respecto de aquellas prestaciones de seguridad social financiadas en su totalidad con recursos fiscales, respecto de los cuales no se establezcan, en forma directa o indirecta, requisitos de acceso que involucren una cierta permanencia mínima en el país, se entenderá que sólo tendrán derecho a ellas aquellos Residentes, ya sea en su calidad de titular o dependientes, que hayan permanecido en Chile, de manera continua, por un período mínimo de 2 años”.

• Obligaciones jurídicas internacionales vinculantes y el derecho a la seguridad social

- Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Artículo 27²⁶.
- Convención sobre el estatuto de los refugiados. Artículo 24²⁷.

²³ **Artículo 12.** 1. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Ese derecho incluirá la libertad de profesar o de adoptar la religión o creencia de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Los trabajadores migratorios y sus familiares no serán sometidos a coacción alguna que limite su libertad de profesar y adoptar una religión o creencia de su elección. 3. La libertad de expresar la propia religión o creencia sólo podrá quedar sometida a las limitaciones que se establezcan por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud y la moral públicas o los derechos y las libertades fundamentales de los demás. 4. Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen a respetar la libertad de los padres, cuando por lo menos uno de ellos sea trabajador migratorio, y, en su caso, de los tutores legales para hacer que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Artículo 30. Todos los hijos de los trabajadores migratorios gozarán del derecho fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. El acceso de los hijos de trabajadores migratorios a las instituciones de enseñanza preescolar o las escuelas públicas no podrá denegarse ni limitarse a causa de la situación irregular en lo que respecta a la permanencia o al empleo de cualquiera de los padres, ni del carácter irregular de la permanencia del hijo en el Estado de empleo.

²⁴ **Artículo 22º.** Educación Pública. 1. Los Estados Contratantes concederán a los refugiados el mismo trato que a nacionales en lo que respecta a la enseñanza elemental. 2. Los Estados Contratantes concederán a los refugiados el trato más favorable posible, y en ningún caso menos favorable que el concedido en las mismas circunstancias a los extranjeros en general, respecto de la enseñanza distinta de la elemental y, en particular, respecto a

²⁵ acceso a los estudios, reconocimiento de certificados de estudios, diplomas y títulos universitarios expedidos en el extranjero, exención de derechos y cargas y concesión de becas

Artículo 24 ver nota *supra*.

Artículo 28. 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular: a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos; b) Fomentar el desarrollo en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad; c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base

de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados; d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas; e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar. 2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar porque la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención. 3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

²⁶ **Artículo 27.** 1. Los trabajadores migratorios y sus familiares gozarán en el Estado de empleo, con respecto a la seguridad social, del mismo trato que los nacionales en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado o en los tratados bilaterales y multilaterales aplicables. Las autoridades competentes del Estado de origen y del Estado de empleo podrán tomar en cualquier momento las disposiciones necesarias para determinar las modalidades de aplicación de esta norma. 2. Cuando la legislación aplicable no permita que los trabajadores migratorios o sus familiares gocen de alguna prestación, el Estado de que se trate, sobre la base del trato otorgado a los nacionales que estuvieren en situación similar, considerará la posibilidad de reembolsarles el monto de las contribuciones que hubieren aportado en relación con esas prestaciones.

²⁷ **Artículo 24º** Legislación del Trabajo y Seguros Sociales 1. Los Estados Contratantes concederán a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio de tales Estados el mismo trato que a los nacionales en lo concerniente a las materias siguientes: a) Remuneración, incluso subsidios familiares cuando formen parte de la remuneración, horas de trabajo, disposiciones sobre horas extraordinarias de trabajo, vacaciones con paga, restricciones al trabajo a domicilio, edad mínima de empleo, aprendizaje y formación profesional, trabajo de mujeres y de adolescentes y disfrute de los beneficios de los contratos colectivos de trabajo, en la medida en que estas materias estén regidas por leyes o reglamentos, o dependan de las autoridades administrativas; b) Seguros sociales (disposiciones legales respecto a accidentes del trabajo, enfermedades profesionales, maternidad, enfermedad, invalidez, ancianidad, fallecimiento, desempleo, responsabilidades familiares y cualquiera otra contingencia que, conforme a las leyes o los reglamentos nacionales, esté prevista en un plan de seguro social), con sujeción a las limitaciones siguientes: i) Posibilidad de disposiciones adecuadas para la conservación de los derechos adquiridos y de los derechos en vías de adquisición; ii) Posibilidad de que las leyes o reglamentos nacionales del país de residencia prescriban disposiciones especiales concernientes a los beneficios

- Convención Interamericana de DDHH.
- Convención Derechos del Niño. Artículo 26²⁸.
- Convención CEDAW. Artículos 11 y 14²⁹.

La propia Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares posibilita a los Estados la imposición de condiciones para el ejercicio de este derecho a la seguridad social. En efecto, ella determina: "Los trabajadores migratorios y sus familiares gozarán en el Estado de empleo, con respecto a la seguridad social, del mismo trato que los nacionales en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado o en los tratados bilaterales y multilaterales aplicables. Las autoridades competentes del Estado de origen y del Estado de empleo podrán tomar en cualquier momento las disposiciones necesarias para determinar las modalidades de aplicación de esta norma".

De este modo, el PDL recoge íntegramente las obligaciones internacionales vinculantes en materia de derecho a la seguridad social.

6.5.- Derechos de los Niños y reagrupación familiar

• Proyecto de ley

El PDL contiene normas especialmente protectoras de la niñez. Su contenido protector recorre todo el discutido cuerpo legal, considerando no sólo derechos individuales de los que el niño es sujeto, sino además el derecho a la familia, reflejado en la reagrupación familiar.

"Artículo 22 /23.³⁰- Requisitos de menores de edad. Los extranjeros menores de 18 años de edad deberán ingresar al país acompañados por su padre, madre, guardador o persona encargada del cuidado personal del menor de 18 años, o con autorización escrita de uno de ellos, del tribunal o la autoridad competente, según corresponda. Dicha autorización deberá estar legalizada ante la autoridad consular chilena en el país de origen, "o acompañada del certificado de apostilla correspondiente" o bien tratarse de un

documento reconocido como válido por las autoridades de control fronterizo chilenas, en virtud de convenios internacionales suscritos por Chile y que se encuentren vigentes.

Sin perjuicio de lo anterior, en caso que los menores de 18 años no se encontraren acompañados al momento de ingresar al país, o no contaren con la autorización antes descrita, deberá darse lugar al procedimiento de retorno asistido descrito en el artículo 123 de esta ley.

Los "chilenos, hijos de chilenos y extranjeros" menores de 18 años deberán abandonar el territorio nacional cumpliendo las mismas formalidades con las cuales se les permitió su ingreso. No obstante, la salida del país de extranjeros menores con Permiso de Residencia se registrará por la legislación que rija para los chilenos. "En estos casos, la autorización deberá acreditarse ya sea mediante escritura pública con vigencia no superior a un año o mediante autorización judicial, debidamente ejecutoriada".

Si las personas competentes para autorizar la salida del país de menores extranjeros no pudieren o no quisieren otorgarla, ésta podrá ser otorgada por el tribunal que corresponda cuando lo estime conveniente en atención al interés superior del menor, en caso contrario deberá poner los antecedentes a disposición de la autoridad encargada de la protección de menores con el fin de resguardar sus derechos. Igual procedimiento deberá aplicarse respecto de los menores en Condición Migratoria Irregular, en aquellos casos en que no se encuentren las personas señaladas en el inciso primero de este artículo.

Artículo 23 / 24.³¹- Ingreso condicionado. Excepcionalmente, por causas de índole humanitaria, la Policía, "previa autorización de la Subsecretaría, la cual deberá ser consultada inmediatamente y por la vía más rápida", podrá autorizar la entrada al país de los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos en la presente ley y su reglamento.

La Subsecretaría del Interior podrá dictar, mediante resolución, instrucciones generales respecto de las causas que podrán ser calificadas de índole humanitaria. "La autorización a la que se refiere el inciso primero, podrá ser delegada en el Servicio".

o la participación en los beneficios pagaderos totalmente con fondos públicos, o a subsidios pagados a personas que no reúnan las condiciones de aportación prescritas para la concesión de una pensión normal. 2. El derecho a indemnización por la muerte de un refugiado, a resultas de accidentes del trabajo o enfermedad profesional, no sufrirá menoscabo por el hecho de que el derecho-habiente resida fuera del territorio del Estado Contratante. 3. Los Estados Contratantes harán extensivos a los refugiados los beneficios de los acuerdos que hayan concluido o concluirán entre sí, sobre la conservación de los derechos adquiridos y de los derechos en vías de adquisición en materia de seguridad social, con sujeción únicamente a las condiciones que se apliquen a los nacionales de los Estados signatarios de los acuerdos respectivos. 4. Los Estados Contratantes examinarán con benevolencia la aplicación a los refugiados, en todo lo posible, de los beneficios derivados de acuerdos análogos que estén en vigor o entren en vigor entre tales Estados Contratantes y Estados no contratantes.

28 **Artículo 26.** 1. Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional. 2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre.

29 Ver *supra*.

30 Con la indicación del ejecutivo, el artículo 22 pasa a ser el artículo 23.

31 Con la indicación del ejecutivo, el artículo 23 pasa a ser el artículo 24.

Artículo 14.- Reunificación Familiar. *Los Residentes podrán solicitar la reunificación familiar con su cónyuge o conviviente "civil", padres, hijos menores de edad, hijos con discapacidad, hijos menores de 24 años que estudien en una institución educacional reconocida por el Estado y menores de edad que se encuentren bajo su cuidado personal o curaduría".*

• **Obligaciones jurídicas internacionales vinculantes**

- Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Artículos 17 inc. 2, 4 y 6; 18 inc. 4 y art. 44³².
- Convención sobre el estatuto de los refugiados. Artículo 4 y 24 inc. 1 letra a)³³.
- Convención Interamericana de DDHH.
- Convención Derechos del Niño. Esta convención al igual que la anterior, recorre todos los derechos aplicables a los menores de edad según nuestra legislación, entregando el PDL una protección integral a los menores migrantes.
- Convención CEDAW. Esta convención, al igual que la anterior, recorre todos los derechos aplicables a los menores de edad según nuestra legislación, entregando el PDL una protección integral de las mujeres.

Las normas de protección de la niñez, y en particular, la relativa a la reagrupación familiar, están en plena concordancia con lo mandado por las normas internacionales. A mayor abundamiento, cabe señalar que durante la discusión del proyecto se aprobó una indicación propuesta por los parlamentarios de incluir expresamente en el capítulo de los principios de protección el principio del interés superior del niño.

6.6. Procedimientos expeditos e informados

"Artículo 4°.- Procedimiento migratorio informado. *Es deber del Estado proporcionar a los extranjeros información íntegra y oportuna acerca de los requisitos para su admisión,*

estadía y egreso del país, y cualquier otra información relevante sobre esta materia.

Artículo 9°.- Igualdad de derechos y obligaciones. *Respecto de todo extranjero, el Estado garantizará el ejercicio de los derechos y velará por el cumplimiento de las obligaciones consagradas en la Constitución Política de la República y las leyes, cualquiera sea su raza o etnia, nacionalidad, o idioma, en conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 20.609.*

Asimismo, se asegurará a todo extranjero que solicite el ingreso o un Permiso de Residencia en el país, la aplicación de procedimientos y criterios de admisión no discriminatorios.

Los extranjeros que se vean afectados por una acción u omisión que importe una discriminación arbitraria podrán interponer las acciones que correspondan, según la naturaleza del derecho afectado.

Artículo 16/17.³⁴- Fijación. *El Presidente de la República definirá la Política Nacional de Migración y Extranjería, la cual deberá tener en consideración, al menos, los siguientes elementos:*

1. *La realidad social, cultural, económica, demográfica y laboral del país;*

2. *El respeto y promoción de los derechos humanos del migrante, consagrados en la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, de los que son titulares los extranjeros con independencia de su situación migratoria."*

2/3.³⁵ *La política de seguridad interior y exterior del Estado, y el resguardo del orden público, especialmente en lo referente a la prevención y represión del crimen organizado transnacional, el narcotráfico, el terrorismo y la trata de personas;*

3/4. *Las relaciones internacionales y la política exterior del país; y,*

4/5. *Los intereses de los chilenos en el exterior".*

32 **Artículo 17.** (...) 2. Los trabajadores migratorios y sus familiares acusados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y sometidos a un régimen distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas. Si fueren menores de edad, estarán separados de los adultos y la vista de su causa tendrá lugar con la mayor celeridad. (...) 4. Durante todo período de prisión en cumplimiento de una sentencia impuesta por un tribunal, el tratamiento del trabajador migratorio o familiar suyo tendrá por finalidad esencial su reforma y readaptación social. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica. (...) 6. Cuando un trabajador migratorio sea privado de su libertad, las autoridades competentes del Estado de que se trate prestarán atención a los problemas que se planteen a sus familiares, en particular al cónyuge y los hijos menores.

ARTÍCULO 18. (...) 4. En el procedimiento aplicable a los menores, se tendrá en cuenta su edad y la importancia de promover su readaptación social.

ARTÍCULO 44. 1. Los Estados Partes, reconociendo que la familia es el grupo básico natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a protección por parte de la sociedad y del Estado, adoptarán las medidas apropiadas para

asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio. 2. Los Estados Partes tomarán las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo. 3. Los Estados de empleo, por razones humanitarias, considerarán favorablemente conceder un trato igual al previsto en el párrafo 2 del presente artículo a otros familiares de los trabajadores migratorios.

33 Ver *supra*.

34 Con la indicación del Ejecutivo, el artículo 16 pasa a ser el artículo 17.

35 Al incorporarse un nuevo numeral 2 con la indicación del Ejecutivo, el número 2 pasa a ser 3, y así sucesivamente.

- **Obligaciones jurídicas internacionales vinculantes y el derecho a procedimientos informados y expeditos en el trámite migratorio.**

- Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Esta convención recoge los derechos reconocidos a los trabajadores migrantes. Sus disposiciones se coordinan con el PDL y en especial relacionado con el derecho al acceso a procedimientos expeditos e informados señalado especialmente en el artículo 42³⁶.
- Convención sobre el estatuto de los refugiados.
- Convención Interamericana de DDHH.
- Convención Derechos del Niño.
- Convención CEDAW.

En este punto, si bien el PDL cumple con las obligaciones internacionales vinculantes, es posible abrirse al debate de la suficiencia en los plazos. El proyecto de ley puede ser sujeto a perfecciones.

³⁶ **Artículo 42.** 1. Los Estados Partes considerarán la posibilidad de establecer procedimientos o instituciones que permitan tener en cuenta, tanto en los Estados de origen como en los Estados de empleo, las necesidades, aspiraciones u obligaciones especiales de los trabajadores migratorios y sus familiares y considerarán también, según proceda, la posibilidad de que los trabajadores migratorios y sus familiares tengan en esas instituciones sus propios representantes libremente elegidos. 2. Los Estados de empleo facilitarán, de conformidad con su legislación nacional, la consulta o la participación de los trabajadores migratorios y sus familiares en las decisiones relativas a la vida y la administración de las comunidades locales. 3. Los trabajadores migratorios podrán disfrutar de derechos políticos en el Estado de empleo si ese Estado, en el ejercicio de su soberanía, les concede tales derechos.

7. INSTRUMENTOS NO VINCULANTES A CONSIDERAR

El sistema jurídico internacional ofrece a los Estados una serie de instrumentos que, no constituyendo obligaciones jurídicas vinculantes, permiten a los operadores del Derecho Internacional, utilizarlos como guías y elementos que nutren, sin ser obligatorios, la interpretación y aplicación de los tratados. Estas son las recomendaciones y observaciones generales de los respectivos comités de cada tratado³³.

Ejemplos de estas recomendaciones o instrumentos no jurídicos y, por tanto, no vinculantes son:

- Opinión de la Oficina Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre el alcance y contenido del Convenio No. 143 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Migraciones en Condiciones Abusivas y la Promoción de la Igualdad de Oportunidades y de Trato de los Trabajadores Migrantes y la Recomendación No. 151 sobre los Trabajadores Migrantes.
- Opinión consultiva oc-21/14 de 19 de agosto de 2014 solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva oc-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos sobre condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.

Dichos instrumentos, al no ser vinculantes, no acarrear responsabilidad internacional del Estado.

³³ Boyle, Alan (2010): "Soft Law in international law-making" en EVANS, Malcolm, *International Law*, (Great Britain, Oxford University Press) pp. 121-140

8. CONCLUSIONES

Cada uno de estos instrumentos insta a los Estados al trato digno y a respetar los derechos contenidos en los tratados ratificados. El proyecto de ley en comento no contiene disposición alguna contraria a ellos.

Es posible concluir que, dado el contenido normativo del PDL, éste se condice con cada una de las obligaciones internacionales que vinculan al Estado. De este modo, no existe reproche desde el Derecho Internacional que exponga en un futuro, desde la perspectiva del PDL, a la situación jurídica de responsabilidad internacional. Esto, independiente de la aplicación judicial y administrativa que se le dé a la futura ley. En definitiva, el poder legislativo, en la fase de tramitación de la ley, no puede asumir *a priori* la responsabilidad del correcto funcionamiento de esos poderes, pues existen otros mecanismos llamados a hacerlo.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- **Acosta Alvarado, Paola (2016):** “Zombis vs Frankenstein: Sobre Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno” en Estudios Constitucionales (Año 14, N°1), pp. 15-60.
- **Aguilar Cavallo, Gonzalo, 60 años Después: Enseñanzas Pasadas y Desafíos Futuros, Conmemoración de los 60 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre** (Santiago de Chile, Librotecnia), pp. 309-337.
- **Benavides, María Angélica (2016),** “La Constitución del Derecho Internacional, el sueño de un reducto jurídico occidental”, *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 14, Núm. 28.
- **Benavides, María Angélica (2017),** *Armonizar el derecho nacional y el derecho internacional. Un asunto de compatibilización.*
- **Boyle, Alan (2010):** “Soft Law in international law-making” en EVANS, Malcolm, *International Law*, (Great Britain, Oxford University Press) pp. 121-140.
- **Favre, Antoine (1960):** “L’interprétation objectiviste des traités internationaux”, en *Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht* (Vol. 17) pp.75-98.
- **Fastenrath, Ulrich (1991)** *Lücken im Völkerrecht - Zu Rechtscharakter, Quellen, Methodenlehre und Funktion des Völkerrechts* (Berlin, Drucker und Humblot).
- **Fuentes, Ximena (2014),** *La jerarquía y el Efecto Jurídico del Derecho Internacional en el Sistema Jurídico Chileno, en Una vida en la universidad de Chile: Celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés* (Santiago de Chile, Legal Publishing: Thomson Reuters La ley), pp.583-618.
- **Henriquez, Miriam; Morales, Mariela (Edit.)** *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile* (Santiago de Chile, Editorial DER Ediciones).
- **Kadelbach, S.,** *Völkerrecht als Verfassungsordnung? Zur Völkerrechtswissenschaft in Deutschland, 67 Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 599-621 (2007).
- **Kahn, Paul (2000):** “El Derecho Internacional y la Comunidad” ponencia expuesta en SELA 2000;
- **Nogueira Alcalá, Humberto.** *El valor jurídico asignado por la jurisprudencia del tribunal constitucional al derecho convencional internacional de los derechos humanos y su fuerza normativa en el periodo 2006-2013.* *Rev. chil. derecho* 2014, vol.41, n.2.
- **Núñez Poblete, Manuel.** *La función del derecho internacional de los derechos de la persona en la argumentación de la jurisprudencia constitucional: Práctica y principios metodológicos.* *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.* 2009, n.32, pp.487-529.
- **Orrego-Vicuña, Francisco,** *Creación del Derecho en una sociedad global: ¿importa todavía el consentimiento?*, 37 *Estudios Internacionales*, Santiago, Universidad de Chile, 146, 81-103 (2004). Disponible en: <http://www.revistaei.uchile.cl/index.php/REI/article/viewFile/14544/14857>.
- **Troncoso, Claudio (2010),** *Control de constitucionalidad de los tratados.* Análisis y comentarios del fallo del Tribunal Constitucional de 25 de agosto de 2009, *Anuario de Derechos Humanos* 2010 No. 6, pp. 149–157.
- **Udo Di Fabio,** *Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem.* *Bayerische Staatsregierung*, 2016.

LEGISLACIÓN

- Boletín N° 8970-06, “Ley de Migración y Extranjería”, ingresado a tramitación en la Cámara de Diputados el 4 de junio de 2013.
- Decreto 84, de 8 de junio de 2005, del Ministerio de Relaciones Exteriores, que promulga la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.
- Decreto 342, de 16 de febrero de 2005, del Ministerio de Relaciones Exteriores, que promulga la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire y para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños.
- Decreto 293, de 20 de julio de 1972, del Ministerio de Relaciones Exteriores, que aprueba protocolo sobre el estatuto de los refugiados.
- Decreto 830, de 27 de septiembre de 1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores, que promulga Convención sobre los Derechos del Niño.
- Decreto 789, de 9 de diciembre de 1989, del Ministerio de Relaciones Exteriores, que promulga la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la asamblea general de las naciones unidas el 18 de diciembre de 1979.
- Decreto 873, de 5 de enero de 1991, del Ministerio de Relaciones Exteriores, que aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”
- Texto de Indicaciones formuladas al proyecto de Ley de Migración y Extranjería, Boletín N°8970-06, con fecha 9 de abril de 2018.

