



Estadía mínima para el acceso de extranjeros a prestaciones sociales

Elementos de la legislación extranjera

Autores

Paola Álvarez D.
Email
palvarez@bcn.cl
Tel.: (56) 32 226

Juan P. Jarufe
Email
jjarufe@bcn.cl
Tel.: (56) 32 226

Matías Meza-Lopehandía G.
Email:
mmezalopehandia@bcn.cl
Tel.: (56) 32 226 3965

Christine Weidenslaufer V.
Email
cweidenslaufer@bcn.cl
Tel.: (56) 32

Guido Williams O.
Email: gwilliams@bcn.cl
Tel.: (56) 32 226

Comisión

Elaborado para la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, en el marco de la discusión del proyecto "Ley de Migración y Extranjería (Boletín N° 8970-06)

N° SUP: 125111

Resumen

El proyecto de ley de Migración y Extranjería aprobado por la Comisión de Gobierno del Senado propone establecer un requisito adicional de estadía en el país (24 meses) para que los extranjeros puedan acceder a "prestaciones y beneficios de seguridad social financiados en su totalidad con recursos fiscales, que impliquen transferencias monetarias directas". Esta exigencia no sería aplicable a las prestaciones de salud ni a las de educación, por cuanto no implican transferencias directas de dinero fiscal al beneficiario, y también porque tienen una regulación especial en el proyecto.

En Argentina, conforme a la N° 25.871, todos los extranjeros tendrían acceso a las prestaciones sociales disponibles para los nacionales. Sin embargo, existen programas específicos para los que se exige un tiempo de estadía adicional. Los tribunales de justicia habrían declarado ilegales tales requisitos adicionales.

En España, el acceso a las prestaciones sociales básicas que no están sujetas a la condición migratoria del extranjero, aunque sí las prestaciones específicas. No se encontraron requisitos generales de estadía adicional a lo exigida para obtener el estatuto de residente.

En Francia se exige residencia legal a los extranjeros para acceder a la asistencia sanitaria y otros beneficios de la seguridad social en las mismas condiciones que para los ciudadanos franceses. No se encontraron requisitos generales de estadía adicional a lo exigida para obtener el estatuto de residente.

En Perú, la Ley de Migraciones habilita al Gobierno a establecer requisitos reglamentarios para acceder a las prestaciones sociales a extranjeros, por lo que, en principio, podría imponerse requisitos de estadía adicional a lo exigida para obtener el estatuto de residente.

Introducción

El proyecto de Ley de Migración y Extranjería, contenido en el boletín N° 8970, se encuentra en segundo trámite constitucional ante el Senado. La Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización ha propuesto un texto que actualmente se está en segundo trámite reglamentario en la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la misma corporación, con discusión inmediata.

Esta última Comisión ha solicitado información sobre legislación extranjera en materia de acceso de los extranjeros a la seguridad social y beneficios de cargo fiscal, específicamente en relación con los requisitos exigibles. En particular, interesa a la Comisión la cuestión del plazo de residencia, en atención a lo establecido en el artículo 17 del citado proyecto.

Para ello, este el primer apartado de este informe analiza brevemente el alcance de la disposición propuesta. En la siguiente sección, se presenta la información recogida respecto de la regulación de esta cuestión en cuatro jurisdicciones: Argentina, España, Francia y Perú que se analiza a continuación. Estos países fueron seleccionados fundamentalmente por la disponibilidad de la información, atendida la premura del requerimiento de la Comisión.

Es necesario aquí hacer algunas prevenciones metodológicas.

En primer lugar, como se explicará más adelante, los conceptos utilizados por el proyecto de ley en discusión, en particular “prestaciones y beneficios de seguridad social financiados en su totalidad con recursos fiscales, que impliquen transferencias monetarias directas” pueden ser interpretados de distintos modos y su determinación puede ser difícil aun en el ámbito nacional, y con mayor razón, en la legislación extranjera. En segundo lugar, el estatuto aplicable a los extranjeros en cada país analizado puede estar disperso en normativas de diferentes niveles jerárquicos, incluyendo jurisprudencia judicial y administrativa, lo que sumado al acotado tiempo para la investigación, dificulta la tarea de establecer con certeza la forma en que opera el requisito. Por otra parte, cabe señalar que se excluyen del alcance de este documento el estatuto de los refugiados. Finalmente indicar que las traducciones del francés son propias.

I. El requisito de permanencia para acceder a los beneficios en el proyecto de ley

El artículo 17 del texto propuesto por la Comisión de Gobierno señala en lo pertinente:

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, **en igualdad de condiciones que los nacionales**, siempre y cuando cumplan con los requisitos que establezcan las leyes que regulen dichas materias, y con lo dispuesto en el inciso siguiente.

Respecto de aquellas **prestaciones y beneficios de seguridad social financiados en su totalidad con recursos fiscales, que impliquen transferencias monetarias directas**, 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, en tal calidad, por un período mínimo de 24 meses.**¹

¹ El artículo se ubica en el párrafo II sobre “Derechos y obligaciones de los extranjeros” del Título II “De los

Como se desprende de lo anterior, el proyecto establece que los extranjeros sólo tendrán acceso a las prestaciones sociales cuando, cumpliendo con los requisitos legales generales, hayan permanecido en el país en calidad de “residentes”,² por a lo menos 24 meses, o, en su caso, lo hayan hecho por el tiempo mínima que dichas prestaciones involucren. Ahora bien, se trataría de una limitación exigible solo respecto de aquellas prestaciones que sean financiadas en su totalidad con recursos fiscales, y supongan una transferencia monetaria directa. En otras palabras, aquellas prestaciones solo parcialmente subsidiadas por el fisco, o aquellas que no supongan transferencias directas de dinero fiscal al beneficiario, no quedarían sujetas a este requisito adicional de estadía en el país.

Cabe preguntarse cuál es el alcance del concepto de prestaciones sociales. Aunque no existe una definición única de seguridad social, pues se trata de una cuestión en constante evolución, existen algunos elementos básicos. Así, para la Organización Internacional del Trabajo, la seguridad social es la “protección que una sociedad proporciona a los individuos y los hogares para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso, en particular en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia”.³ En este sentido, para la Superintendencia de Seguridad Social, la Seguridad Social nacional debe incluir las siguientes contingencias y riesgos: (i) la prevención y curación de las enfermedades; (ii) maternidad; (iii) vejez; (iv) invalidez; (v) sobrevivencia; (vi) desempleo; (vii) accidentes del trabajo y enfermedades profesionales; y (ix) apoyo a las familias (sistema de cargas).⁴

Conforme a la información disponible, los beneficios sociales que quedarían sometidos a la exigencia de permanencia adicional propuesta en el proyecto serían: el aporte familiar permanente; bono bodas de oro; asignación familiar; asignación maternal; subsidio al empleo de la mujer; subsidio al empleo joven; subsidio de cesantía; subsidio familiar y subsidio por discapacidad mental menores de 18 años. No quedarían sujetos a esta exigencia otros beneficios que se entregan en especie, como la leche en el consultorio, los que no consisten en transferencias directas de dinero, como el Fondo Nacional de Salud, y los que se financian también con aportes privados, como el seguro de cesantía.

Por otra parte, otros aspectos de la seguridad social, como el acceso a la salud y a la educación, tienen una regulación propia en el proyecto. Respecto de estos se establece la igualdad de trato con los nacionales, independientemente de la condición migratoria.⁵ Esto, sumado al hecho de que no constituyen transferencias directas de dinero, confirma que no estarían comprendidos entre las prestaciones referidas en el artículo 17. En relación con el acceso a la vivienda, la igualdad de trato se

principios fundamentales de protección” del texto propuesto por la Comisión de Gobierno (2020:358).

² Conforme al artículo 1.17 del texto propuesto, “Residente” es el “[e]xtranjero beneficiario de un permiso de residencia temporal, oficial o definitiva”.

³ OIT, s.f.

⁴ SUSESO, s.f.

⁵ “Artículo 16.- Derecho al acceso a la salud. Los extranjeros residentes o en condición migratoria irregular, ya sea en su calidad de titulares o dependientes, tendrán acceso a la salud conforme a los requisitos que la autoridad de salud establezca, en igualdad de condiciones que los nacionales” y “Artículo 18.- 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. Asimismo, tal derecho no podrá denegarse ni limitarse a causa de su condición migratoria irregular o la de cualquiera de los padres, o la de quien tenga el cuidado del niño, niña o adolescente.”

restringe a los extranjeros con residencia definitiva,⁶ sin que se exija una estadía superior a la ya requerida para optar por este estatuto migratorio.⁷

II. Acceso de extranjeros a prestaciones sociales en la legislación extranjera

1. Argentina

La regulación de la migración en Argentina está principalmente establecida en la ley N° 25.871 de 2004. Conforme a su artículo 4° “[e]l derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad.” En concreto, su artículo 6° dispone que:

El Estado en todas sus jurisdicciones, asegurará **el acceso igualitario a los inmigrantes y sus familias en las mismas condiciones** de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales, **en particular lo referido a servicios sociales**, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social.⁸

El mismo cuerpo legal define al inmigrante como “todo aquel extranjero que desee ingresar, transitar, residir o establecerse definitiva, temporaria o transitoriamente en el país conforme a la legislación vigente”.⁹ En este sentido, pareciera que todo extranjero, sin distinción por su estatuto migratorio, tiene el mismo acceso que los nacionales a las prestaciones de seguridad social.

De un modo similar al proyecto en estudio, este alcance amplio de la cobertura es explícito en relación al acceso a la salud y a la educación. En el primer caso se prohíbe la restricción del acceso a aquella al extranjero que la requiera “cualquiera sea su situación migratoria”.¹⁰ Lo mismo se garantiza respecto del acceso a la educación en todos sus niveles, sea pública o privada, e incluido el nivel terciario.¹¹

Ahora bien, de acuerdo a la información disponible, habría una falta de implementación efectiva de esta normativa, por la pervivencia de normas incompatibles en otros cuerpos normativos. En particular, se mencionan las pensiones por discapacidad o vejez y en las transferencias condicionadas y no contributivas de recursos, como asignaciones familiares por hijo.¹² En este último caso, la normativa que se estaría aplicando requeriría que los padres tuvieran residencia legal por al menos 3 años antes de la solicitud, e incluso se habría agregado por vía reglamentaria tal exigencia respecto del niño, aunque los tribunales habrían otorgado protección a los reclamantes en esta materia.¹³

2. España

⁶ Art. 19 texto propuesto. La residencia definitiva “es el permiso para radicarse indefinidamente en Chile, que autoriza a desarrollar cualquier actividad lícita, sin otras limitaciones que las que establezcan las disposiciones legales y reglamentarias” (art. 79 texto propuesto).

⁷ Conforme al proyecto, para acceder a este estatuto, es necesario al menos haber permanecido en el país en calidad de residente temporal a lo menos 24 meses, sin perjuicio de la concesión de residencia definitiva por gracia (arts. 80 y 83 texto propuesto).

⁸ Énfasis añadido.

⁹ Art. 2 Ley N° 25.871 de 2004.

¹⁰ Art. 8 Ley N° 25.871 de 2004.

¹¹ Art. 7 Ley N° 25.871 de 2004.

¹² CELS, 2016:4.

¹³ CELS, 2016:29.

El principal cuerpo normativo que regula la situación de los extranjeros en España es la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, la que ha sido objeto de diversas modificaciones, motivadas algunas por requerimiento de su Tribunal Constitucional, y otras para ajustarse a las normas de la Unión Europea, tanto en materia de derechos como en otras cuestiones.¹⁴

La Ley contiene un título preliminar y cuatro títulos, el primero de los cuales se refiere a los derechos y libertades de los extranjeros. Este establece como criterio interpretativo general “que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles”.¹⁵

El artículo 14 de la Ley 4/2000 se refiere al derecho a la seguridad social y a los servicios sociales. Aquí se establece un derecho general a los servicios y prestaciones sociales básicas que no está sujeto a la condición migratoria del extranjero. Ahora bien, el derecho a las prestaciones específicas solo está garantizado en los mismos términos que los nacionales para los extranjeros residentes (sin distinguir entre temporales y de larga estada), y para los menores de dieciocho años y personas con discapacidad que tengan domicilio habitual en España.

En forma análoga al proyecto de ley analizado, el derecho a la educación está garantizado para los extranjeros menores de 18 años, y a aquellos que cumplan esa edad durante el transcurso del año escolar. Esto incluye “el acceso al sistema público de becas y ayudas en las mismas condiciones que los españoles”.¹⁶ Los mayores de 18 también tienen derecho a la educación terciaria, pero el acceso a becas está restringido a los extranjeros residentes (sin distinguir entre temporales y de larga estada).¹⁷

En relación con el acceso a la salud, la ley se remite a la legislación vigente en la materia. Conforme a esta, los beneficiarios del sistema de salud son los que tienen la condición de asegurados. Esta no distingue entre nacionales y extranjeros, salvo respecto de aquellos que no sean trabajadores, pensionados o beneficiarios de seguridad social o desempleados demandantes de empleo. En este caso, para ser considerado asegurado, la persona debe tener un ingreso bajo un límite establecido y ser residente.¹⁸ En todo caso, la atención sanitaria está asegurada para todos los extranjeros, independiente de su situación migratoria en casos de urgencia por enfermedad grave o accidente, embarazo, parto y posparto y respecto de todos los menores de 18 años.

En relación con la vivienda, la ayuda se restringe a los residentes, sean temporales o de larga duración, aunque solo estos últimos tienen los mismos derechos que los nacionales.¹⁹

De esta manera, conforme a la información disponible, la legislación española no dispone de una exigencia adicional de estada, distinta a la que emana de la situación migratoria exigida para el goce del respectivo servicio social.

¹⁴ Ver preámbulo Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

¹⁵ Art. 3 Ley 4/2000.

¹⁶ Art. 9 Ley 4/2000.

¹⁷ “Son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir” (art. 30 bis. 1 Ley 4/2000).

¹⁸ Art. 3 Ley 16/2003.

¹⁹ Art. 13 Ley 4/2000.

3. Francia

El artículo L111-1 del Código de la Seguridad Social (*Code de la sécurité sociale*) señala que la organización de la seguridad social se basa en el principio de solidaridad nacional y define las prestaciones que el sistema de seguridad social francés entrega. Estas prestaciones deben proporcionarse a toda persona que trabaje o resida en Francia de manera estable y regular, y cubre los gastos por enfermedad, maternidad y paternidad, así como los gastos familiares. Asimismo, asegura a los trabajadores contra todo tipo de riesgos que puedan afectar sus ingresos, para lo cual deben estar afiliados a uno o más esquemas obligatorios.

La seguridad social también asume los costos de atención médica, el servicio de beneficios del seguro social y en particular las prestaciones de vejez, el servicio de prestaciones de accidentes laborales y enfermedades profesionales, así como el servicio de beneficios familiares, sujeto a las estipulaciones de las convenciones internacionales y las disposiciones de la normativa europea.

El acceso de los nacionales de terceros países a la asistencia sanitaria y otros beneficios de seguridad social en Francia está sujeto al cumplimiento de la condición de residencia legal. A este respecto, el artículo L.115-6 establece:

Las personas de nacionalidad extranjera solo pueden afiliarse a un régimen obligatorio de seguridad social si cumplen la condición de legalidad de estadía prevista en el artículo L. 111-2-3.

En caso de ignorancia de las disposiciones del primer párrafo y de las leyes que menciona, las cotizaciones deben pagarse.

Los requisitos de legalidad de estadía mencionados están establecidos en un decreto del Consejo de Estado.

En el caso de la salud es el *Décret n° 2017-240 du 24 février 2017 relatif au contrôle des conditions permettant de bénéficier de la protection universelle maladie*. Según la información disponible, para beneficiarse de asistencia sanitaria se debe residir en Francia de manera estable y regular, lo que en general consiste en la estadía en territorio francés de forma continua durante más de tres meses,²⁰ sin perjuicio de ciertas excepciones, como solicitantes de asilo y estudiantes.²¹

Conforme a la información revisada, no existiría una jerarquía entre los permisos de residencia, ni habrían exigencias de permanencia adicionales para el acceso a las prestaciones sociales por parte de extranjeros. Cuando se cumple la condición de residencia legal, los nacionales de terceros países pueden acceder a la asistencia sanitaria y otros beneficios de la seguridad social en las mismas condiciones que para los ciudadanos franceses.²²

4. Perú

La Ley de Migraciones (Decreto Legislativo N°1350 de 2017) reconoce al extranjero “el goce y ejercicio de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política del Perú” y ejemplifica con

²⁰ Fonds de la Complémentaire santé solidaire, s/f.

²¹ Art. D. 160-2 del Código de Seguridad Social

²² Van Panhuys, Kazi-Aoul y Binette, 2017:24

“acceso a la salud, a la educación y trabajo en igualdad de condiciones que los nacionales, salvo las prohibiciones y limitaciones establecidas en la normativa vigente”. A diferencia de las demás legislaciones examinadas, la peruana carece de un mayor desarrollo en relación con los derechos de los migrantes y del acceso a las prestaciones sociales.

Esta cuestión se encuentra regulada a nivel reglamentario, en concreto en el Decreto Supremo 007-2017-IN. Ahí se establece que la autoridad responsable de dictar las normas aplicables para el acceso de personas extranjeras a los programas y servicios sociales correspondientes es el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social.

A diferencia de las normas relativas al acceso a la salud y a la educación (art. 7 y 8 respectivamente), que señalan explícitamente que estas sí son aplicables a las personas migrantes en situación irregular,²³ esta disposición indica que la reglamentación debe hacerse “de acuerdo con los requisitos y condiciones establecidos por la normativa vigente para cada programa y servicio social”.²⁴ De esta manera, pareciera dicha normativa podría establecer diferencias el acceso en razón de la situación migratoria, y eventualmente, imponer requisitos adicionales de permanencia.

En relación con lo primero, el Programa Juntos del Ministerio de Desarrollo Social e Inclusión Social, de superación de la pobreza se exige para acceder que cada hogar debe contar con un adulto representante con documento de identidad peruano vigente, es decir no parece aplicable a quienes se encuentren en situación de migración irregular.²⁵

²³ “Situación migratoria irregular: Estado en que se encuentra un extranjero que ha ingresado al territorio nacional sin autorización o excedió el plazo otorgado de acuerdo a la normativa vigente.” (Art. 8 Decreto Legislativo N° 1350).

²⁴ Art. 10 Reglamento del Decreto Legislativo N° 1350.

²⁵ Ministerio de Desarrollo Social, (s/f)

Bibliografía

- Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización Senado. (2020). SEGUNDO INFORME DE LA COMISIÓN DE GOBIERNO, DESCENTRALIZACIÓN Y REGIONALIZACIÓN, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, denominado ley de Migración y Extranjería. BOLETÍN N° 8.970-06. Elaborado por Juan P. Durán (Secretario de Comisión), 27/04/2020.
- Fonds de la Complémentaire santé solidaire (2018). Résider en France de façon stable et régulière. Disponible en: <https://www.complementaire-sante-solidaire.gouv.fr/resider-en-france-stable-regulier.php> (mayo, 2020).
- Ministerio de Desarrollo Social e Inclusión Social [Perú]. (s/f) Preguntas frecuentes, programa juntos. Disponible en: <https://www.juntos.gob.pe/ciudadanos/preguntas-frecuentes/> (mayo, 2020).
- OIT. (s.f.). Hechos concretos sobre la seguridad social. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_067592.pdf (mayo, 2020)
- SUSESO. (s.f.). ¿Qué es la Seguridad Social? Disponible en: <https://www.suseso.cl/606/w3-propertyvalue-33998.html#presentacion> (mayo, 2020).
- Van Panhuys, C.; Kazi-Aoul, S. y Binette, G. (2017). Migrant access to social protection under Bilateral Labour Agreements: A review of 120 countries and nine bilateral arrangements. ESS -Working Paper No. 57, ILO. Disponible en: <https://www.social-protection.org/gimi/gess/RessourcePDF.action?ressource.ressourceId=54405> (mayo, 2020).

Legislación extranjera

- Code de la sécurité sociale (Francia). Disponible en: <http://bcn.cl/2dxwp> (mayo, 2020).
- Ley N° 25.871 de 2004 (Argentina). Disponible en: <http://bcn.cl/2dxw8> (mayo, 2020).
- Ley Orgánica 4/2000 (España). Disponible en: <http://bcn.cl/2dxwh> (mayo, 2020).
- Ley 16/2003 (España). Disponible en: <http://bcn.cl/2dxwj> (mayo, 2020).
- Ley de Migraciones. Decreto Legislativo 1350 (Perú). Disponible en: <http://bcn.cl/29akj> (mayo, 2020).
- Reglamento Ley de Migraciones. Decreto Supremo 007-2017-IN. Disponible en: <http://bcn.cl/29akj> (mayo, 2020).

Nota aclaratoria

Asesoría Técnica Parlamentaria, está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.



Creative Commons Atribución 3.0
(CC BY 3.0 CL)