



**EL ESTÁNDAR MÍNIMO EN MATERIA DE ACCESO A LA SALUD EN CHILE DE
MIGRANTES IRREGULARES**

Alumna: María Ignacia Sandoval Gallardo

Profesor Guía: Gonzalo Aguilar Cavallo

Santiago, agosto 2017

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO PRIMERO: Bases teóricas sobre la migración irregular	4
1.1. Justificación racional para utilizar conceptos de migrantes regulares o irregulares	4
1.1.1. Concepto de migrante en situación migratoria irregular	4
1.1.2. Causas de la migración irregular	8
1.2. Justificación de los migrantes como grupo vulnerable	10
1.2.1. Elementos de las condiciones de vulnerabilidad	12
1.2.2. Vulnerabilidades intersectoriales	18
1.2.3. Exámenes de objetividad de las diferencias	35
CAPÍTULO SEGUNDO: El acceso a la salud, entendido como un derecho universal y justiciable para todas las personas	39
2.1. Estándares mínimos en materia de salud para un migrante en Chile	39
2.1.1. Derecho a la salud: consagración y contenido	41
2.1.2. Estado de la discusión nacional en materia migratoria y acceso a la salud de migrantes en situación irregular	52
2.1.3. Análisis de acceso a la salud de migrantes en derecho comparado	57
2.2. Análisis crítico del cumplimiento del Estado chileno respecto a los estándares mínimos en materia de salud	59
CONCLUSIÓN	67
BIBLIOGRAFÍA	69

INTRODUCCIÓN

El aumento de flujos migratorios en Chile es una realidad que debe afrontarse con un enfoque proteccionista de la persona humana, teniendo como meta la garantía y protección de los derechos humanos, es así que esta investigación tiene como área de interés el derecho a la salud de los migrantes que se encuentran en una situación migratoria irregular. Estas personas al encontrarse en una situación administrativa irregular se ven desprotegidas y vulneradas en sus derechos.

Esto genera el siguiente problema jurídico ¿cuál es el estándar mínimo en materia de acceso a la salud para los migrantes irregulares en Chile a la luz del derecho internacional de los derechos humanos? Una vez determinado esto cabe preguntarse ¿cumple el Estado chileno con dicho estándar mínimo? Para resolver estas interrogantes se hace necesario determinar qué comprende el término migrante en situación migratoria irregular y cuál es el estándar de acceso a salud de estas personas.

El objetivo general de esta investigación es determinar si el Estado chileno tiene la obligación de asegurar y garantizar el derecho de acceso a la salud de migrantes irregulares y, además, determinar si dicha protección se ajusta o no a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. Podemos señalar que los objetivos específicos son, primero, determinar el concepto de migrante irregular a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. En segundo lugar, examinar el contenido y alcance del derecho de acceso a la salud, en particular referido a los grupos vulnerables. En tercer lugar, establecer el estándar mínimo en materia de acceso a la salud en relación con los migrantes irregulares a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, teniendo especialmente en cuenta la jurisprudencia internacional. Finalmente contrastar la normativa y políticas públicas chilenas en materia de acceso a la salud de los migrantes irregulares con los estándares mínimos que resulten del derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos.

La metodología utilizada en el desarrollo de este trabajo será el método dogmático jurídico, el comparativo y el método de casos.

La hipótesis sostenida es que el Estado chileno tiene la obligación de garantizar y proteger el derecho a la salud de los migrantes irregulares, lo anterior a partir de lo establecido en el derecho internacional de los derechos humanos. Debido a lo anterior, es que se afirma que la protección del derecho a la salud no se encuentra supeditado a la detentación de un permiso de residencia. También, se aseverará que el ordenamiento chileno es incompatible con el derecho internacional de los derechos humanos, por lo que se requiere un marco normativo que asegure y garantice el derecho de acceso a la salud a todas personas que se encuentren bajo su jurisdicción indistintamente del estatus migratorio irregular, ya que la negación de este derecho constituye un atentado contra la dignidad de la persona humana. Lo anterior se sustentará en el principio de no regresividad en materia de derechos humanos y en la indivisibilidad e interdependencia de los mismos.

Capítulo primero: Bases teóricas sobre la migración irregular.

En este capítulo se tratará por una parte los conceptos de migrantes regulares e irregulares para comprender los ámbitos de aplicación de ambos términos, y desarrollar su contenido. Otro punto estará destinado al desarrollo de los migrantes como grupo vulnerable, explicando que se entiende por vulnerabilidad, justificar a las personas migrantes como grupo vulnerable y exponer la existencia de personas en especial situación de vulnerabilidad dentro de las personas migrantes. Un tercer punto estará dirigido al desarrollo de exámenes de objetividad de diferencias. Esto nos llevará a sostener la existencia de categorías reforzadas que conllevan que el Estado deba adoptar medidas especiales para la protección en el goce y ejercicio de derechos fundamentales.

1.1.- Justificación racional para utilizar conceptos de migrantes irregulares o regulares.

En esta parte nos referiremos al concepto de migrante, para luego determinar que se entenderá por migrante en situación migratoria irregular, tanto en el ámbito internacional de los derechos humanos como en el ámbito interno. En la segunda parte haremos mención a las causas que generan migración irregular.

1.1.1. Concepto de migrante en situación migratoria irregular.

El fenómeno de la migración es una realidad presente tanto en Chile como en el mundo, que lejos de decrecer ha ido incrementando por diversos factores, entre ellos la globalización y la interdependencia de los Estados¹. La migración como actividad humana es, por lo tanto, un *“fenómeno vinculado con el proceso de integración y globalización; que los países de la región son puntos de origen, tránsito y destino de los y las migrantes y que la migración guarda una enorme importancia social y económica en la región”*². También entendemos la migración como *“un derecho complejo, que involucra no solo el derecho ambulatorio, sino que también el de residir e integrarse, y se fundamenta en el derecho al desarrollo”*³. A su vez, puede señalarse que la migración *“son los desplazamientos de personas que tienen como intención un cambio de residencia desde un lugar de origen a otro de destino, atravesando algún límite geográfico que generalmente es una división política-administrativa”*⁴.

Es así que la migración puede ser entendida desde diversas perspectivas ya sea económica, social, histórica, política y como derecho fundamental, pero independientemente de la perspectiva desde que decida mirarse la migración internacional es un fenómeno latente y que va en aumento⁵. Además, esta actividad humana, en cuanto a que se cumplan con los requisitos que regulan la migración

¹ DI CASTRO (2012), pp. 503 y 504. Ver también Organización Internacional para las Migraciones (2004). “Fundamentos de gestión de la migración. Sección 1.3 Migración e Historia, disponible en: http://www.crmsv.org/documentos/iom_emm_es/v1/v1s03_cm.pdf

² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 03/08, del año 2008.

³ BOUNGERMINI (2001), p. 17.

⁴ BUENO SÁNCHEZ (2004), p. 6.

⁵ DÍAZ-GUERRERO (2004), p. 39. A su vez CRIADO (2008), p. 176. También ver PARDO (2015), p. 48.

en cada país, puede distinguirse en migración regular o irregular, de ahí los términos de migrante regular o irregular, pero antes de entrar en el desarrollo de estos conceptos es pertinente precisar qué se entiende por migrante.

Partiendo de la premisa de que no existe un concepto aceptado internacionalmente de migrantes señalaremos algunas definiciones. Primero se puede definir migrante como *“toda persona que se encuentra fuera del territorio del Estado del cual son ciudadanos o nacionales, y que no disfrutan de la condición de refugiado, de residente permanente ni de otra condición similar, ni tampoco de la protección legal que otorgan los acuerdos diplomáticos”*⁶. Se puede indicar, además, que es *“aquella persona que decide salir de su lugar de origen para trasladarse a otro, ya sea una comunidad, Estado o país por un intervalo de tiempo considerado”*⁷.

El término migrante hace alusión a un concepto genérico que contempla tanto la acepción de emigrante como inmigrante, la primera se refiere a una persona que deja un Estado para trasladarse a otro, con la finalidad de establecerse en él. El segundo término implica a una persona que se traslada a un Estado con el ánimo de residir en él. En cuanto al estatus migratorio, es decir, la situación jurídica en que se encuentra el migrante respecto de las normas internas de un estado, éste puede ser un migrante regular o irregular⁸.

Es relevante precisar que el concepto de migrante se refiere a personas que racionalmente han decidido trasladarse a otro Estado, no siendo víctimas de amenaza o peligro de muerte, a diferencia de los refugiados. Lo anterior implica que los migrantes siguen gozando de la protección del gobierno del Estado de origen, pudiendo retornar a éste. Teniendo como fundamento para trasladarse la mejora de su situación económica, motivos educacionales, reunificación familiar, entre otros factores⁹. Es así como los migrantes se pueden catalogar: como migrantes trabajadores temporarios, migrantes altamente calificados o profesionales, migrantes regulares, migrantes irregulares, refugiados y solicitantes de asilo¹⁰.

En torno a las expresiones de migrante regular e irregular hay que establecer que la denominación que reciben estas personas varía en torno a la reglamentación interna de cada Estado, es por esta razón que para hablar de migrante regular, también se utiliza el término de migrantes documentados o legales. Por su parte los migrantes irregulares también se denominan indocumentado o ilegales¹¹.

En atención a la migración irregular se puede indicar que comprende a aquellas personas que se desplazan al margen de las normas de los Estados de envío, de

⁶ Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, (2010), p. 15. Disponible en: http://www.ichrp.org/files/reports/56/122_report_en.pdf

⁷ BUENO SÁNCHEZ (2004), p. 8.

⁸ GÓMEZ (2014), p. 237. Ver también Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana N°2: migrantes, p.4.

⁹ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (2016), disponible en: <http://www.acnur.org/noticias/noticia/refugiado-o-migrante-cual-es-el-termino-correcto/>

¹⁰ BUENO SÁNCHEZ (2004), p. 8.

¹¹ Organización Internacional para las Migraciones, Derecho Internacional sobre Migración N°7, Glosario sobre Migración (2006), p.42. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana N°2: migrantes, p.4.

tránsito o receptor. Se hace necesario distinguir dos perspectivas en este sentido, en primer lugar, en cuanto al Estado receptor o de destino, el migrante irregular es *“aquél que no cuenta con la autorización ni los documentos requeridos por las autoridades de inmigración para ingresar, residir o trabajar en un determinado país. En segundo término, respecto del Estado de envío comprende la salida por una frontera internacional sin los documentos de viaje o pasaporte válido o, en definitiva, no cumple con los requisitos administrativos para salir del país”*¹².

Hablamos de migrante regular cuando *“una persona se encuentra autorizada a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el estado de empleo, de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte”*. Por otra parte, migrante irregular o indocumentado *“es aquella persona que no se encuentra autorizada a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo, de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte, y que, sin embargo, realiza actividad”*¹³.

Migrante irregular es aquella persona que habiendo ingresando de manera irregular o tras el vencimiento de su visado, deja de tener estatus de legal en el país receptor o de tránsito. Se aplica este término a los migrante que infringen las normas de admisión del país o cualquier otra persona no autorizada a permanecer en el país receptor. Se utilizan como términos sinónimos migrante irregular, extranjero ilegal o indocumentado, migrante ilegal o indocumentado¹⁴.

Para este trabajo se descarta utilizar la terminología de legal o ilegal en atención a que las personas no son legales o ilegales, sino que la legalidad se relaciona directamente con el cumplimiento de la reglamentación interna del país en que se encuentra la persona, es decir, corresponde a un estatus migratorio respecto del cumplimiento o no de las normas que regulan la migración en cada país. La ilegalidad hace referencia a actividades criminales y no corresponde su aplicación en este caso, debido a que el migrante irregular ha incumplido disposiciones de carácter administrativo que no conlleva la comisión de un delito¹⁵.

De esta forma la expresión de migrante regular se utilizará para aquella persona que ha ingreso a un país receptor por paso fronterizo habilitado, que tiene los documentos de viaje pertinentes o pasaporte válido, que goza de algún tipo de visado otorgado por el país receptor o de destino de acuerdo a su propia reglamentación migratoria.

¹² Organización Internacional para las Migraciones, Derecho Internacional sobre Migración N°7, Glosario sobre Migración (2006), p. 40.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana N°2: migrantes, p.4. Véase también, CIDH (2015), Movilidad humana, OEA/Ser. L/V/II. Doc. 46/15. También ver Organización Internacional para las Migraciones, Migración internacional, salud y derechos humanos, 2013, p. 57.

¹⁴ Organización Internacional para las Migraciones, Derecho Internacional sobre Migración N°7, Glosario sobre Migración (2006), pp. 26, 39, 40 y 45.

¹⁵ International Council of Human Rights Policy (2010), p. 16. ORTEGA (2015), pp. 190 y 191.

Por otra parte, aplicaremos el vocablo de migrante irregular para aquellas personas que no han ingresado por paso fronterizo habilitado, que no constan de documentos de viaje o pasaporte válido, que no gozan de algún tipo de visado para residir en el país de destino o, si bien gozaban de algún tipo de visado este se encuentra vencido, también dentro de esta categoría se encuentran los migrantes que han sido víctimas de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas¹⁶.

Como lo señalamos anteriormente existe diversos vocablos que describen o circunscriben fenómenos similares y al no existir un concepto de migrantes aceptado internacionalmente, difícil es determinar que se entiende por migrante regular o irregular, pero al parecer lo ya señalado abarca lo sostenido a nivel internacional respecto de estos términos. Ahora si bien hemos expuesto lo dicho en el ámbito internacional cabe exponer lo que ha señalado el ordenamiento jurídico chileno al respecto.

En este sentido el Decreto Ley N° 1094, conocido como ley de extranjería, parte en su título primero refiriéndose a los extranjeros, indicando que los extranjeros podrán ingresar a Chile en calidad de turista, residente, residentes oficiales e inmigrantes¹⁷. Respecto de qué se entiende por inmigrante la normativa chilena lo define como *“el extranjero que ingresa al país con el objeto de radicarse, trabajar y cumplir con las normas del ordenamiento jurídico”*¹⁸. Residentes oficiales son *“aquellas personas que pertenecen al cuerpo diplomático y consular acreditados ante el gobierno y de las organizaciones internacionales reconocidos por Chile”*¹⁹. Son residentes, por lo tanto, los extranjeros quienes gozan de alguna visación, ya sea sujeta a contrato, estudiante, temporaria, asilo político y refugiado²⁰.

En atención a lo expuesto podemos establecer que la terminología correcta, respecto al estatus migratorio de una persona migrante, es migrante regular o irregular. Según la legislación chilena, podemos desprender que, se considera migrante irregular: todo aquél extranjero que haya incumplido con la normativa migratoria, ya sea ingresando por paso no habilitado, ingresando contando una alguna prohibición o impedimento de ingreso, aquellas personas que no gozan de algún permiso de residencia, o si habiendo tenido alguno ya no se encuentra vigente. El único distingo es que, respecto de los migrantes en situación irregular existe la eventualidad de que la administración aplique sanciones administrativas que van desde amonestaciones, multas, y hasta la más grave que es la expulsión del país.

1.1.2. Causas de migración irregular

Se hace necesario indicar cuáles son los factores que causan o han aumentado la migración irregular, en primer lugar, tenemos la restricción de la migración, que en pos de la protección de la seguridad nacional o economía, conllevan al establecimiento de políticas migratorias que tiene por finalidad restringir la

¹⁶ CASTLES (2010), pp. 51, 61, 62 y 63.

¹⁷ Decreto Ley N° 1094, 1975, artículo 4°.

¹⁸ Decreto con Fuerza de Ley N° 69, de 27 de abril de 1953, artículo 5° y 6°.

¹⁹ Decreto Ley N° 1094, 1975, artículo 22.

²⁰ Decreto Ley N° 1094, 1975, artículo 22.

migración. Lo anterior se realiza a través del fortalecimiento de los controles fronterizos y los controles internos realizados para la detección de migrantes irregulares²¹. Otro mecanismo, es el control en cuanto acceso a servicios sanitarios y de prestaciones sociales en atención a su situación migratoria irregular, lo que permite el Estado de destino o receptor la detención y expulsión de estos migrantes irregulares²².

El factor económico también juega un rol en el establecimiento de políticas migratorias, ya que el aumento del control interno y en fronteras implica un desembolso estatal como, a su vez, el otorgamiento de permisos de residencia²³. Esta tendencia de carácter restrictiva de la migración no ha logrado frenar la migración irregular, sino que la ha aumentado y no solo genera costos económicos, sino que también humanos, en razón de los mecanismos riesgosos que se utilizan para migrar. Otro factor a resaltar, como causa de la migración irregular, es la falta de cooperación multilateral en el establecimiento de políticas migratorias y la falta de coherencia que existe en las políticas actuales con los derechos humanos de las personas²⁴.

Esta distinción tiene importancia, solamente, a lo que dice relación con la determinación del estatus migratorio dentro del país receptor pero esta diferencia no conlleva que los migrantes regulares gocen de derechos y los irregulares no. Los migrantes no son una clase o categoría de personas por lo anterior no es posible hacer distinciones arbitrarias o discriminadoras de ningún tipo entre nacionales y no nacionales y entre migrantes respecto de sus derechos fundamentales²⁵. De lo anterior sostenemos que son sujetos de derechos humanos, los cuales deben ser respetados y garantizados indistintamente de su situación jurídica regular e irregular²⁶.

Como indicamos la distinción de migrante regular o irregular tiene que ver con si el ingreso, permanencia o residencia en el país de destino se encuentra conforme con la reglamentación y leyes migratorias de ese país en cuestión. En principio el establecimiento de políticas migratorias es una manifestación de la soberanía estatal, éstas deben ajustarse a ciertos estándares mínimos consagrados por el derecho internacional de los derechos humanos que reflejan la evolución en las materias de migración pasando de ser regulado unilateralmente a ser un asunto de carácter multilateral, que requiere la cooperación internacional de todos los Estados²⁷.

De esta forma podemos decir que el principio rector en materia de regulación de la migración es que la soberanía estatal no es absoluta, ya que tiene como límite el

²¹ DÍAZ (2010), pp. 42 y 43.

²² PÉCOUD (2005), pp. 139 y 140. Ver también CASTLES (2010), pp.53, 54, 55 y 56. Ver a su vez ORTEGA (2014), pp. 678 y 679.

²³ OYARZÚN (2008), pp. 9, 10, 11, 12 y 13. También DÍAZ (2010), pp. 42,43 y 44.

²⁴ PÉCOUD (2005), pp. 139 y 140.

²⁵ DÍAZ (2016), p. 180.

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Vélez Loor versus Panamá, 23 de noviembre de 2010.

²⁷ PÉCOUD (2005), pp. 159 y 160.

respeto pleno a los derechos que emanan de la esencia humana, esto significa que el Estado receptor o de destino debe respetar un piso mínimo de derechos fundamentales a los migrantes, indistintamente de su situación migratoria²⁸. Si bien los Estados pueden establecer un trato distintivo entre nacionales y migrantes, y a su vez entre migrantes regulares o irregulares, este trato diferencial debe basarse en decisiones racionales, proporcionales y objetivas consagradas en leyes formales. Lo anterior no debe implicar jamás la vulneración de derechos que emanan de la naturaleza humana y tampoco, este trato diferencial, puede significar la privación de derechos a migrantes irregulares simplemente por encontrarse en una situación migratoria irregular²⁹.

Existen ciertos estándares mínimos respecto de la protección y garantía de derechos fundamentales de los migrantes irregulares, dichos estándares parten del deber de respetar y garantizar el principio de igualdad ante la ley y no discriminación que es independiente del estatus migratorio de una persona³⁰. Es así que el derecho de los migrantes ha sido cultivado, principalmente, a través de la interpretación de la Corte Interamericana de la propia Convención y de otros instrumentos internacionales pertinentes, que llevan al efecto útil de los derechos y a la interpretación coherente del *corpus iuris* internacional del derecho de los migrantes y refugiados. Así como también la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea³¹.

Así lo ha señalado la Corte Interamericana de manera enfática *“que los Estados deben respetar y garantizar los derechos humanos de toda persona sujeta a su jurisdicción a la luz del principio general y básico de la igualdad y no discriminación. Todo tratamiento discriminatorio respecto de la protección y ejercicio de los derechos humanos genera la responsabilidad internacional de los Estados”*³².

El objeto de estudio de este trabajo yace en la determinación del acceso a la salud de los migrantes irregulares, es decir, de aquellas personas cuya situación migratoria no se encuentra conforme con la norma migratoria del país en el que se encuentran, ya sea que no gozan de permiso de residencia, o éste se encuentra vencido; aquellas que han ingresado por paso fronterizo no habilitado, como a su vez, las víctimas de tráfico y trata de personas³³.

²⁸ DÍAZ (2016), p. 186.

²⁹ Organización Internacional para las Migraciones (2010), p. 13. Disponible en: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/nuevo_sitio/2010/conferencia/3.%20Background%20Information%20on%20Mixed%20Migration/Migration%20Management%20and%20the%20Enhancement%20of%20Protection%20for%20Refugees%20%20and%20Other%20Vulnerable%20Groups/CSM-LO~1.PDF

³⁰ Opinión Consultiva OC 18/03, de 17 de septiembre de 2003. También Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso personas dominicanas y haitianas versus República Dominicana, de 28 de agosto de 2014 y Corte Interamericana de Derechos Humanos caso familia Pacheco Tineo versus Estado Plurinacional de Bolivia, de 25 de noviembre de 2013. También DOMÍNGUEZ (2016), p. 190.

³¹ BOZA (2014), pp. 285 a 289 y 291 a 295.

³² CIDH (2015), Movilidad humana, OEA/Ser. L/V/II. Doc. 46/15.

³³ Organización Internacional para las Migraciones (2006), pp.8,11 y 22.

1.2. Justificación de los migrantes como grupo vulnerable

Cuando hacemos alusión a grupo vulnerable, se debe especificar que son aquellos individuos *“quienes tienen disminuidas, por distintas razones, sus capacidades para hacer frente a las eventuales lesiones de sus derechos básicos, de sus derechos humanos. Esa disminución de capacidades, esa vulnerabilidad va asociada a una condición determinada que permite identificar al individuo como integrante de un determinado colectivo que, como regla general, está en condiciones de clara desigualdad material con respecto al colectivo mayoritario”*³⁴.

Los migrantes, como un colectivo de sujetos de derechos, se encuentran en una situación de vulnerabilidad ante la violación de sus derechos humanos, esta situación de vulnerabilidad se genera en atención a diversos elementos como lo son: la situación económica, diferencia de idioma, cultura y costumbres, dificultades de retorno a sus países de origen y la discriminación de la cual pueden ser objeto³⁵. También existen otros factores que pueden generar una situación de vulnerabilidad especial, esos elementos son el género, la edad, etnia, situación socioeconómica, situación migratoria en el Estado receptor³⁶.

Los migrantes constituyen un grupo vulnerable debido a su fragilidad nacional y social que los coloca en un estado de falta de poder en comparación con la población no migrante, esta situación específica de vulnerabilidad aumenta tratándose de migrantes irregulares, ya que se encuentran en un contexto de mayor fragilidad jurídica, lo que conlleva un deber de protección reforzado por parte del Estado³⁷. En este sentido ante la existencia de alta vulnerabilidad por abusos de autoridades o particulares el Estado debe ser garante en el ejercicio de derechos humanos, viéndose en la necesidad de adoptar medidas positivas y concretas para cumplir con su obligación de proteger el ejercicio igualitario de los derechos³⁸.

Es decir, el migrante se encuentra *“en una situación individual de ausencia o diferencia de poder respecto a los no migrantes, en otras palabras, de los residentes o ciudadanos. Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento*

³⁴ Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables (2014), pp. 13 y 15. Disponible en: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHGV_Manual.pdf

³⁵ GÓMEZ (2014), p. 243. También Asamblea General Naciones Unidas, Resolución 60/169, de 16 diciembre 2005.

³⁶ GÓMEZ (2014), p. 242.

³⁷ ESTUPIÑAN-SILVA (2014), pp. 212, 217 y 218. También REYES (2014), p. 63.

³⁸ Organización Internacional para las Migraciones (2010), p. 12. Disponible en: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/nuevo_sitio/2010/conferencia/3.%20Background%20Information%20on%20Mixed%20Migration/Migration%20Management%20and%20the%20Enhancement%20of%20Protection%20for%20Refugees%20%20and%20Other%20Vulnerable%20Groups/CSM-LO~1.PDF

*de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado*³⁹.

La vulnerabilidad se puede entender, en términos generales, *“como una medida de las características (la sensibilidad) y de las circunstancias (la exposición) de una persona o de un grupo a una amenaza, incluido el grado de recuperación del impacto producido por el hecho dañoso”*⁴⁰.

Ese término ajustado a los migrantes como grupo vulnerable puede comprenderse como *“una condición de ausencia de poder adscrita a individuos que no cumplen los requisitos para ser nacionales, y que deviene en impunidad para quien abusa de los migrantes. La vulnerabilidad no es inherente a los migrantes, sino que se observa en la relación entre individuo y un Estado, es relacional. Por lo tanto se trata de un constructo social que puede ser desconstruido”*⁴¹.

Es preciso, además, volver a recalcar que los migrantes irregulares se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad ante la violación de sus derechos fundamentales⁴². Lo anterior en atención a que su condición de irregular lo supedita a ciertas situaciones en que se generan violación a sus derechos fundamentales, tratos degradantes en controles fronterizos, utilización de fuerza excesiva por parte de autoridades policiales y de seguridad que pueden causar lesiones e incluso la muerte, detenciones arbitrarias y/o ilegales incluso de niños, retención de documentos como pasaportes o cédulas de identidad del país de origen, condiciones inhumanas de detención, expulsiones colectivas de migrantes por parte de la autoridades del país receptor, malos tratos por parte de las autoridades administrativas basados en prejuicios sociales o netamente actos discriminatorios, restricciones al acceso de servicios públicos, entre otras⁴³.

No solo los migrantes en situación irregular se encuentran dentro de una situación de especial vulnerabilidad, sino que también encontramos en esta situación a las mujeres, niños y adolescentes, afrodescendientes y trabajadores migrantes quienes son particularmente susceptibles de ver sus derechos lesionados⁴⁴. En razón del deber reforzado del Estado en la protección de estas personas en situación del alto riesgo se busca la garantía en el ejercicio igualitario de derechos mínimos cumpliendo con el principio de igualdad y no discriminación, que constituye una

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003.

⁴⁰ ESTUPIÑAN-SILVA (2014), p. 197.

⁴¹ BUSTAMANTE (2002), p. 343.

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Vélez Loor versus Panamá, 23 de noviembre de 2010. Ver también LIBERONA (2015), p. 18. CERIANI, LEVOY y KEITH (2015), p. 1. También GÓMEZ (2014), p. 243 y 244.

⁴³ GÓMEZ (2014), pp. 243 y 244.

⁴⁴ PÉREZ (2012), p.61. GÓMEZ (2014), p. 244. Organización Internacional para las Migraciones (2010), p. 7. Disponible en: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/nuevo_sitio/2010/conferencia/3.%20Background%20Information%20on%20Mixed%20Migration/Migration%20Management%20and%20the%20Enhancement%20of%20Protection%20for%20Refugees%20%20and%20Other%20Vulnerable%20Groups/CSM-LO~1.PDF

norma de *ius cogens*, que es vinculante para todos los Estados en atención a los principios de derecho internacional *pacta sunt servanda* y *bona fide*⁴⁵.

De lo dicho es que se puede afirmar que la vulnerabilidad, entonces, puede provenir de situaciones jurídicas o de hecho que van a tener repercusiones en el goce y ejercicio de derechos fundamentales, como por ejemplo el acceso a servicios públicos⁴⁶. En primer lugar, tenemos el acceso restringido a derechos convencionales, es decir, la vulnerabilidad se produce por la denegación de un derecho o restricción en el ejercicio de un derecho debido a consideraciones que van en contra del principio de no discriminación e igualdad⁴⁷.

Lo anterior se ve reflejado por ejemplo en la restricción al acceso a la salud de migrantes cuyo estatus migratorio es irregular, estamos en presencia de una discriminación estructural estatal que también genera vulnerabilidad. Otro elemento a tratar es el factor de exponerse a presiones externas, que pueden consistir en una omisión por parte del Estado, que conlleva el no disponer o ejecutar de medidas protectoras en caso de niños migrantes no acompañados o por acción de las macro fuerzas, entiendo por éstas las fuerzas internas que actúan dentro de un sistema en su contexto y frente a las personas o grupos que la integran, como lo son el desequilibrio económico o disparidad social⁴⁸. En esta misma línea otras presiones variables dentro del contexto que puede ser la económica, pobreza, la falta de seguridad, conflictos armados, por señalar algunas. Por último, se debe tener en consideración la sensibilidad a la amenaza, que puede consistir en una fragilidad física y/o social⁴⁹.

1.2.1. Elementos de las condiciones de vulnerabilidad

Corresponde ahora desarrollar estas particulares situaciones de vulnerabilidad, el migrante irregular se encuentra dentro de esta especial condición de vulnerabilidad debido a que se encuentra en la frontera de la legalidad, y es por esto pueden sufrir graves violaciones a sus derechos fundamentales. Esto se ve manifestado en que en muchas ocasiones no se les respetan sus derechos, otro aspecto a considerar es en lo que dice relación con sus derechos laborales, en razón a que forman parte de la economía sumergida, trabajan sin contrato bajo condiciones de explotación y mal remuneradas⁵⁰.

⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso personas dominicanas y haitianas versus República Dominicana, de 28 de agosto de 2014. Véase también Opinión Consultiva OC 18/03, de 17 de septiembre de 2003. Además, ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC- 21/14, de 19 de agosto de 2014.

⁴⁶ ESTUPIÑAN-SILVA (2014), p. 201. También ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003.

⁴⁷ ESTUPIÑAN-SILVA (2014), p. 202. También GÓMEZ (2014), p. 244.

⁴⁸ ESTUPIÑAN-SILVA (2014), pp. 207.

⁴⁹ ESTUPIÑAN-SILVA (2014), pp. 201 a 209. A su vez Manual de Derechos Humanos de Grupos vulnerables (2014), p. 15. Disponible en: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHGV_Manual.pdf

⁵⁰ GÓMEZ (2014), p. 245. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003.

La situación de vulnerabilidad de las personas migrantes en situación irregular se da desde dos puntos de vista. El primero, debido a su permanencia en el país de destino sin la autorización correspondiente o visado lo expone especialmente a ser discriminado y a la vulneración de sus derechos humanos, en el sentido que los Estados receptores parten de la premisa de que si no hay cumplimiento de la normativa migratoria para ingresar o permanecer en el Estado receptor el sujeto no tendría la potestad de gozar ni ejercer derechos⁵¹. El segundo aspecto, en donde se manifiesta la vulnerabilidad de los migrantes irregulares, es en los procedimientos de expulsión, ya que en principio no se encuentran protegidos ante la deportación del país de destino hacia su país de origen, esta facultad estatal tiene como límite las garantías judiciales mínimas del debido proceso como, a su vez, el principio de no devolución⁵².

Especial referencia hay que realizar respecto al trabajador migrante irregular, ya que, si bien existe norma convencional que protege al trabajador migrante y a su familia, norma que reconoce y establece la protección en el ejercicio de ciertos derechos indistintamente de que se trate de migrantes con situación regular o irregular, existe una garantía mínima reforzada para los migrantes regulares debido a su estado de conformidad con la norma migratoria interna. Esta protección a los trabajadores migrantes y su familia, si bien tiene un carácter multilateral no todos los Estados lo han ratificado. Por otra parte, otra norma relevante en materia de protección de los trabajadores migrantes en el Convenio N° 143 de la Organización del Trabajo, que tiene por objeto la represión del trabajo clandestino, tampoco está ratificado por todos los Estados⁵³.

En cuanto al contenido del Convenio N° 143, destacan dentro de sus disposiciones lo establecido en los siguientes artículos: 2° que señala que los Estados deberán determinar la existencia de migrantes empleados ilegalmente y a existencia de flujos migratorios que infrinjan instrumentos internacionales, acuerdos multilaterales o bilaterales o la legislación nacional; el artículo 3° establece el deber de los miembros de establecer las medidas necesarias y convenientes destinadas a la eliminación de la migración clandestina con finalidad de otorgar empleo ilegal a migrantes, como a su vez adoptar las medidas necesarias para evitar la existencia de organizadores de movimientos clandestinos de migración con fines de empleo ilegal; el artículo 8° establece el trato igualitario, en materia de condiciones de empleo, respecto de los migrantes con los nacionales; el artículo 9° y 10° consagra la igualdad de trato y oportunidades de los migrantes en materia de empleo y profesión, seguridad social, derechos sindicales y culturales, libertades individuales y colectivas para los

⁵¹ PÉREZ (2012), p. 61. Ver GÓMEZ (2014), pp.244 y 245.

⁵² PÉREZ (2012), pp. 61, 62 y 63.

⁵³ Este Convenio se relaciona con los trabajadores migrantes, en especial trata sobre las condiciones abusivas de las migraciones y la igualdad de oportunidades de condiciones y trabajo para los trabajadores migrantes, del año 1975, entró en vigor el 9 de diciembre de 1978. Hay que relacionarlo con el Convenio 97 sobre los trabajadores migrantes del año 1945, que entró en vigor el 22 de enero 1952. No se encuentran ratificados por Chile. Estos Convenios tienen relevancia ya que establecieron principios en torno a los trabajadores migrantes que fueron incluidos en la Convención de los trabajadores migrantes y de su familia, de 18 de diciembre de 1990, ratificado por Chile el 21 de marzo de 2005, entró en vigor el Decreto N° 84 de 12 de abril de 2005, el 1° de julio de 2005.

trabajadores migrantes como para su familia que se encuentra de manera legal en el territorio.

Como se aprecia la Convención para la protección de los trabajadores migrantes y su familia consagra algunas de estas normas dentro de su articulado, pero cabe señalar que este reconoce el principio de no discriminación por lo que otorga un ámbito protección al migrante en situación irregular, que antes de esta Convención gozaba de pocas garantías respecto a sus derechos fundamentales⁵⁴.

Además, hay que señalar que existen estatutos jurídicos bilaterales que regulan algunas materias laborales⁵⁵. En el caso chileno existen instrumentos comerciales internacionales que contienen normas en materia laboral, de esta forma encontramos el Acuerdo de Cooperación laboral Chile- Canadá, que completan el tratado de libre comercio bilateral que fue suscrito el 5 de diciembre de 1996 y entró en vigor el 5 de julio de 1997⁵⁶. Dicho acuerdo, que fue suscrito el 6 de enero de 1997, contempla la cooperación y fortalecimiento de las condiciones de los trabajadores, estableciendo como áreas específicas para fortalecimiento de estándares laborales efectivos: la libertad de asociación y derecho de organizarse, el derecho a negociación colectiva, derecho a huelga, prohibición de trabajos forzados, protección laboral para niños y jóvenes, estándares mínimos de empleo, eliminación de la discriminación en el empleo, igual salario para hombres y mujeres, prevención de lesiones y enfermedades ocupacionales, compensación en casos de enfermedades profesionales y protección a los trabajadores inmigrantes.

También, en este mismo sentido, se encuentra el Acuerdo de Cooperación laboral de Chile- Panamá, que es paralelo al tratado de libre comercio suscrito el 27 de junio de 2006 y entró en vigor el 7 de marzo de 2008⁵⁷. Este acuerdo paralelo contempla en su artículo 1º: a) Promover el desarrollo de políticas y prácticas laborales que mejoren las condiciones de trabajo y los niveles de vida en el territorio de cada una de las partes; b) promover los principios laborales establecidos en el artículo 8º de este Acuerdo; c) promover la observancia y la aplicación efectiva de la legislación laboral de cada una de las partes; d) promover la innovación, así como crecientes niveles de productividad y calidad; e) alentar la publicación y el intercambio de información, el desarrollo y la coordinación de estadísticas, así como estudios conjuntos para promover el intercambio acerca de la legislación, instituciones y políticas públicas en materia laboral y de seguridad social de cada una de las partes; f) promover la transparencia en la administración de la legislación laboral; g) desarrollar actividades de cooperación laboral en términos de beneficio

⁵⁴ Preámbulo de la Convención internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de su familia. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CMW.aspx>

⁵⁵ Vid. Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales: <https://www.direcon.gob.cl/2017/05/30939/>

⁵⁶ Vid. Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales: <https://www.direcon.gob.cl/detalle-de-acuerdos/?idacuerdo=6205>

⁵⁷ Vid. Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales: <https://www.direcon.gob.cl/detalle-de-acuerdos/?idacuerdo=6269>

mutuo, y h) promover la participación de los actores sociales en el desarrollo de las agendas públicas a través de mecanismos de diálogo social⁵⁸.

Dentro de otros tratados de libre comercio encontramos artículos de cooperación laboral en los acuerdos celebrados con Australia, que en su artículo 18.2 número 4° establece que dentro de la materia laboral la cooperación se basará en el concepto de trabajo decente, incluidos los principios incorporados en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998)⁵⁹. Respecto del tratado de libre comercio con Tailandia, en su artículo 11. 6 consagra la cooperación en temas laborales, en el sentido de promover el trabajo decente, políticas laborales, buenas prácticas de los sistemas de trabajo, el desarrollo y administración del capital humano para una mejor empleabilidad, excelencia empresarial y mayor productividad en beneficio de los trabajadores y empleadores. En todo caso ninguna de estas medidas de cooperación mutua puede significar el debilitamiento o reducción del ámbito de protección de las leyes laborales nacionales⁶⁰.

En cuanto al tratado de libre comercio con Turquía suscrito el 14 de julio de 2004, vigente desde el 1 de marzo de 2011, establece en su artículo 37.7 materias de cooperación en materia de trabajo reafirmando su compromiso con las obligaciones emanadas de la Declaración de principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de la OIT (1998)⁶¹. En torno al tratado de libre comercio con Vietnam, suscrito en noviembre de 2011, entró en vigor el 4 de febrero de 2014, señala en su artículo 9 las bases de la cooperación bilateral⁶².

En los Tratados de libre comercio celebrados con Colombia, Estados Unidos y Uruguay encontramos un capítulo en cada uno de ellos destinado a materias laborales. En el caso de Colombia es el capítulo 17 el que señala el compromiso con las obligaciones emanadas de la Declaración de principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de la OIT (1998), como además desarrollar actividades de cooperación mutua en torno: a) derechos laborales fundamentales y su aplicación efectiva; b) trabajo decente; c) relaciones laborales; d) condiciones de trabajo; e) inspección y vigilancia del trabajo; f) asuntos relativos a la pequeña y mediana empresa; g) trabajadores migrantes; h) desarrollo de recursos humanos y capacitación en el empleo; i) seguridad social; j) programas de

⁵⁸ Decreto N°25 de 14 de enero de 2008 del Ministerio de Relaciones Exteriores, que promulga el Tratado de Libre Comercio con la República de Panamá y los Acuerdos de Cooperación Ambiental y Laboral, disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=269719>

⁵⁹ Decreto N° 30 de 4 de febrero de 2009 del Ministerio de Relaciones Exteriores, que promulga el Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de Australia, sus anexos y cartas complementarias, disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=287899&idParte=0>

⁶⁰ Tratado de libre comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno del Reino de Tailandia, que entró en vigencia el 5 de noviembre de 2015, disponible en: <https://www.direcon.gob.cl/wp-content/uploads/2015/11/TLC-Chile-Tailandia-espa--ol.pdf>

⁶¹ Tratado de libre comercio entre la República de Chile y la República de Turquía, disponible en: <https://www.direcon.gob.cl/wp-content/uploads/2011/12/PARTE-I-Opt.pdf>

⁶² Acuerdo de libre comercio de Chile y Vietnam, disponible en: <https://www.direcon.gob.cl/wp-content/uploads/2014/02/Tratado-de-Libre-Comercio-Chile-Vietnam.pdf>

reconversión laboral y protección social; k) promoción de la innovación tecnológica; l) integración y apertura económica y m) diálogo social⁶³. En relación con el tratado de libre comercio con Estados Unidos, en su capítulo 18 consagra normas referentes al trabajo que reitera el compromiso de las partes con la Declaración de la OIT referente a principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, establece también, la discrecionalidad de las partes en la aplicación de sus legislaciones laborales respectivas⁶⁴.

En lo que dice relación al acuerdo celebrado con Uruguay, en su capítulo 11 señala, aparte de la Declaración de la OIT ya mencionada, los siguientes objetivos para las partes: a) fortalecer la relación entre las partes para mejorar en el tratamiento de asuntos laborales, a través del diálogo y cooperación; b) fortalecer el bienestar de las respectivas fuerzas laborales, por medio de sólidas políticas y prácticas laborales, basadas en el trabajo decente y de una mejor comprensión del sistema laboral de las partes; c) proporcionar un foro para discutir e intercambiar puntos de vista sobre asuntos laborales de interés; d) promover la observancia, difusión y efectiva aplicación de la legislación nacional de las partes; e) desarrollar actividades de intercambio de información y cooperación laboral en términos de beneficio mutuo; f) promover la participación de los actores sociales en el desarrollo de las agendas públicas a través del diálogo social⁶⁵.

Por otra parte, encontramos la Declaración Tripartita de la OIT sobre principios de las empresas que establece entre otros, la promoción del empleo, la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio, abolición del trabajo infantil, igualdad de oportunidades y de trato⁶⁶.

Finalmente, Chile ha firmado Memorándums de entendimiento sobre cooperación laboral con el P4 (Chile, Nueva Zelanda, Singapur y Brunei Darussalam), Perú, Hong Kong y China. El contenido laboral del memorándum entre Chile y el P4 establece como objetivo principal la mejora de condiciones de trabajo y de vida y de proteger, mejorar y hacer cumplir los derechos básicos laborales consagrados por normas de OIT⁶⁷. En el artículo 2° consagra el compromiso de las partes para el cumplimiento de la Declaración de la OIT referente a Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo y su seguimiento, establece, además, la realización de actividades de cooperación respecto de la legislación y prácticas laborales,

⁶³ Tratado de libre comercio entre Chile y Colombia, disponible en: https://www.direcon.gob.cl/wp-content/uploads/2010/05/COL_ALC_Texto_Completo-opt.pdf

⁶⁴ Decreto N° 312 de 1 de diciembre de 2003 del Ministerio de Relaciones Exteriores, que promulga el Tratado de libre comercio con los Estados Unidos de América, sus anexos y las notas intercambiadas entre ambos gobiernos relativas a dicho tratado, disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=219844&idParte=0>

⁶⁵ Tratado de libre comercio entre la República de Chile y la República Oriental de Uruguay, suscrito el 4 de octubre de 2016, disponible en: <https://www.direcon.gob.cl/wp-content/uploads/2013/08/ALC-CHILE-URUGUAY-suscrito.pdf>

⁶⁶ Organización Internacional del Trabajo, Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social (2017), disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_124924.pdf

⁶⁷ Memorándum de Entendimiento sobre cooperación laboral entre Chile y P4, disponible en: http://www.sice.oas.org/TPD/CHL_Asia/Studies/p4_s.pdf, p. 22.

promoción de los de los derechos y obligaciones laborales y el trabajo decente, seguridad social y seguridad y salud en el trabajo, mecanismos de gestión de conflictos laborales entre otras⁶⁸.

El memorándum de cooperación laboral y migratoria celebrado con Perú, celebrado el 22 de agosto del año 2006 y que entró en vigencia al mismo tiempo que con el Acuerdo de Complementación Económica, es decir, el 1 de marzo de 2009, los objetivos de este Memorándum son: a) promover el desarrollo de políticas y prácticas laborales y migratorias que mejoren las condiciones de trabajo y los niveles de vida en el territorio de las partes; b) Promover los derechos establecidos en el artículo 6; c) promover la observancia y aplicación efectiva de a legislación nacional de las partes; d) promover la innovación, así como los niveles de productividad y calidad crecientes; e) alentar el desarrollo de estadísticas y el intercambio de información sobre legislación, instituciones y políticas públicas en materia laboral, migratoria y de seguridad social de cada una de las partes; f) promover la difusión de la legislación nacional, g) desarrollar actividades de cooperación laboral y migratoria en términos de beneficio mutuo y h) promover la participación de los actores sociales en el desarrollo de las agendas públicas a través de mecanismos de diálogo social⁶⁹.

En el mismo instrumento el artículo 5° señala las áreas donde cooperarán las partes, entre ellas, derechos laborales fundamentales y su aplicación efectiva, derechos de los trabajadores migratorios, administración del trabajo y migratoria y relación entre derechos sociales y comercio internacional. En el artículo 6° establecen los derechos que son: a) el derecho de asociación; el derecho de organizarse y negociar colectivamente; c) la prohibición del uso de cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio; d) una edad mínima para el empleo de niños, y la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil; e) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación y f) los derechos de los trabajadores migratorios conforme a la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares⁷⁰.

El memorándum de entendimiento de cooperación laboral con Hong Kong fue suscrito por Chile el 15 de octubre de 2012 y 9 de noviembre de 2012, en Santiago y Hong Kong, entrando en vigencia el 28 de agosto del 2014, estableciendo en su artículo 2° los compromisos claves entre las partes⁷¹. Dentro de ellos encontramos la mejora de la legislación laboral y su adecuación a estándares internacionales, la exclusión de utilizar la legislación laboral para mejorar el comercio, reafirmando su

⁶⁸ Decreto N° 354 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 17 de octubre 2006, disponible en: <file:///C:/Users/Mar%C3%ADaIgnacia/Downloads/HLDto354.pdf> pp. 354 a 363.

⁶⁹ Memorándum de entendimiento de cooperación laboral y migratoria entre la República del Perú y la República de Chile, 22 de agosto de 2006, artículo 1 disponible en: http://www.sice.oas.org/Trade/CHL_PER_FTA/MOU_labor_migration_s.asp

⁷⁰ Memorándum de entendimiento de cooperación laboral y migratoria entre la República del Perú y la República de Chile, 22 de agosto de 2006, artículo 1 disponible en: http://www.sice.oas.org/Trade/CHL_PER_FTA/MOU_labor_migration_s.asp

⁷¹ Memorandum of Understanding on Labour Cooperation Chile- Hong Kong, 2012, available on: http://www.labour.gov.hk/eng/rbo/HKC-CHILE_Labour_MOU.pdf

compromiso con la Declaración de la OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo y su seguimiento.

En torno a la acordado con China, en el artículo 1° del Memorándum establece la cooperación de las partes en las siguientes áreas: a) políticas de empleo y trabajo y diálogo social, incluyendo trabajo decente, legislación laboral e inspección del trabajo; b) mejoramiento de las condiciones laborales y capacitación a los trabajadores; c) globalización y su impacto en el empleo, el medio ambiente laboral, relaciones laborales y su regulación y d) seguridad social⁷².

A modo conclusivo, en relación al análisis de tratados bilaterales y multilaterales celebrados por Chile, se aprecia que el parámetro de las normas laborales contenidas hace alusión a la Declaración de la OIT referente a Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo y su seguimiento del 1998, también establecen la garantía de condiciones laborales mínimas, abolición del trabajo infantil y del trabajo forzoso u obligatorio y derechos laborales colectivos como es la negociación colectiva, libertad sindical y el derecho a la huelga. Además, se percibe que cada parte mantiene un margen de discrecionalidad en cuanto a la aplicación de la legislación propia de cada país⁷³.

De lo anterior se desprende la fragmentación en la regulación del estatuto jurídico de migraciones por motivos laborales que tiene como efecto inmediato la desigualdad en los derechos a los migrantes, dejando en una situación de vulneración a los irregulares⁷⁴.

La Corte Interamericana ha señalado que, si bien el Estado puede regular la migración y establecer diferencias entre nacionales y no nacionales en el otorgamiento o no de permisos de trabajo debe basarse solo en la actividad productiva y capacidad individual de la persona, porque el Estado tiene como deber proteger y garantizar la vida digna del trabajador migrante, quien se encuentra en una situación de vulnerabilidad e inseguridad⁷⁵.

1.2.2. Las vulnerabilidades intersectoriales

En cuanto a los niños y adolescentes migrantes irregulares constituyen un grupo de especial vulnerabilidad, debido a su edad tienen un alto grado de dependencia y son invisibles jurídicamente, es así que se distingue un ordenamiento incluyente, el internacional de los derechos humanos, y otro excluyente, el de los Estados

⁷² Memorándum de entendimiento de cooperación laboral y de seguridad social entre el Ministerio del trabajo y seguridad social de la República Popular de China y el Ministerio del trabajo y previsión social de la República de Chile, suscrito el 2 de noviembre de 2005, disponible en: http://www.sice.oas.org/TPD/CHL_CHN/Negotiations/MOU_s.pdf

⁷³ Ver también Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales, disponible en: <https://www.direcon.gob.cl/2017/05/30939/>.

⁷⁴ PÉREZ (2012), pp. 64 a 70.

⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana N°2: migrantes, p.5. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC- 18/03, de 17 de septiembre de 2003.

receptores, que restringe el ejercicio de ciertos derechos⁷⁶. Los niños en situación migratoria irregular, ya sea que hayan migrado acompañados por sus padres o tutores como hayan migrado solos, se encuentran expuestos a situaciones de violación en la protección y ejercicio de sus derechos⁷⁷. Se entiende por niños migrantes irregulares *“aquellas personas menores de 18 años de edad (niños, niñas, adolescentes), que se encuentren fuera de su país de origen, o nacionalidad, para trabajar o reunirse con su familia, o cambiar de residencia de manera temporal o definitiva, y que tiene una condición migratoria irregular, y sea que se encuentren acompañados o no por un familiar”*⁷⁸.

Estos niños ven alteradas de manera sustancial sus posibilidades de desarrollo pleno de sus potencialidades y pueden verse altamente dañados en razón de las situaciones a las que pueden verse expuestos, como lo es el caso de detención por su situación migratoria irregular, explotación laboral o sexual, ser víctimas de trata, dificultad al acceso a derechos básicos como lo es la educación, salud y vivienda y abandono familiar⁷⁹.

La vulnerabilidad de los niños migrantes se ve manifestada en tres sentidos, en primer lugar por tratarse de niños, en segundo término por ser migrantes y, finalmente, por ser personas en situación de irregular⁸⁰. Es así que podemos distinguir dentro de este colectivo: a) niños que llegan al país de destino o receptor para reunirse con sus familias pero no se inscriben en los programas oficiales de reunificación familiar o no cuenta con la documentación válida; b) niños que ingresan de forma irregular acompañados por uno o más parientes o no acompañados; c) niños que han escapado de sus familias y se encuentran solos ; d) niños que han nacido en el Estado receptor pero sus padres se encuentran en situación migratoria irregular; e) niños regulares que viven con padres o tutores irregulares; f) niños sin permiso de residencia o cuyas visas han caducado; g) niños que forman parte de familias cuyas solicitudes de asilo o refugio fueros rechazadas

⁷⁶ Manual de Derechos Humanos de Grupos Vulnerables (2014), p. 14. Disponible en: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHGV_Manual.pdf . ORTEGA (2015), pp. 193 y 194. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Acceso a la justicia y derechos humanos de los grupos vulnerables y excluidos en Guatemala (2009), p. 59. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/26730.pdf>

⁷⁷ ORTEGA (2015), p. 186. GÓMEZ (2014), p. 247. A su vez ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC- 21/14, de 19 de agosto de 2014.

⁷⁸ ORTEGA (2015), p. 188.

⁷⁹ JAIMES (2014), p. 14. ORTEGA (2015), pp.198 y 199.

⁸⁰ ORTEGA (2015), p. 192. Ver Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mubilanzila Maveka and Kaniki Mitunga vs. Bélgica, sentencia de 12 de octubre de 2006. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Muskhadzhiev y otros vs. Bélgica, sentencia de 19 de enero de 2010. Ver Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mohamad vs. Grecia, sentencia de 11 de diciembre de 2014. Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de los “Niños de la calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, sentencia de 19 de noviembre de 1999 y Corte Interamericana de Derechos Humanos caso familia Pacheco Tineo versus Estado Plurinacional de Bolivia, de 25 de noviembre de 2013. Todas estas sentencias hacen referencia a la especial situación de los niños como grupo vulnerable, pero además como esta vulnerabilidad se ve aumentada en caso de tratarse de migrantes irregulares, situación en que el Estado en cuya jurisdicción se hallen deben reforzar la protección de los niños protegiendo el ejercicio de sus derechos fundamentales en torno al principio del interés superior del niño y el principio de igualdad y no discriminación.

y h) niños víctimas de trata, ya que al momento de ingresar al Estado de destino se encuentran en una situación irregular⁸¹.

En relación con los estándares mínimos respecto a los niños hay que referirse al derecho a la nacionalidad. La Corte Interamericana ha señalado que es necesario que todos los Estados, al regular el otorgamiento de la nacionalidad, tengan en cuenta: a) su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia y b) su deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación. Lo que conlleva que los Estados no podrán adoptar prácticas o legislación, en esta materia, cuya aplicación favorezca el aumento del número de personas apátridas, adquiriendo gran relevancia el *Ius Solis*⁸².

Respecto a los estándares a la protección de la familia, en este punto la Corte Interamericana señaló que el Estado no solo debe abstenerse de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño y de la niña, sino que también que, según las circunstancias, debe adoptar providencias que impliquen el aseguramiento del ejercicio y disfrute pleno de sus derechos. Especial alusión realiza en cuanto a las eventuales separaciones por razones migratorias ya que, si bien el establecimiento de políticas migratorias es una potestad de los Estados estas no pueden vulnerar derechos humanos, por lo que en caso de separaciones legales de la niña o el niño de su familia solo puede proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, siendo excepcionales y, en lo posible eventuales y que no pongan en riesgo la supervivencia y desarrollo de los niños.

La Corte Interamericana ha dicho que cuando un Estado adopte una decisión que conlleve alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho una niña o un niño, debe tomar en cuenta su interés superior y ajustarse a las disposiciones que rigen esta materia.

Es por lo anterior que lo niños, dentro de procedimientos administrativos ya sea de expulsión y de determinación de la calidad de refugiado, sea que se trate de menores acompañados o no y/o separados, tiene el derecho a ser oído y expresar sus opiniones y participar de una manera significativa. Existe una relación ente el derecho a ser oído y el interés superior del niño, pues éste facilita el papel esencial de los niños en todas las decisiones que le afecten.

Hay dos principios fundamentales que rigen esta materia, el interés superior del niño y el principio de unidad familiar, el primero *“es un principio regulador de la normativa de los derechos del niño que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y niñas, así como en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”* por lo que no solo debe tomar medidas especiales de protección sino que, también, tomar

⁸¹ ORTEGA (2015), p.193.

⁸² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso personas dominicanas y haitianas versus República Dominicana, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de agosto de 2014. En esta sentencia utiliza también la Convención de los Derechos del Niño. Además, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución N° 3/08, del año 2008.

en consideración la situación en la que se halle el niño o niña⁸³. El segundo implica que el Estado no solo está obligado a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños sin que también favorezca, de la manera más amplia posible, el núcleo familiar. Hay que señalar que tiene aplicación trascendental el *corpus iuris* internacional de protección de los derechos de los niños y niñas⁸⁴.

Respecto de las mujeres migrantes podemos indicar que la decisión de migrar puede ser voluntaria o forzada. El forzamiento de la migración puede generarse por tratarse de víctimas de tráfico o trata de personas, situaciones que las hacen vulnerables a explotación y aislamiento social, también sufren de discriminación de género dentro del mercado laboral y a ser víctimas de violencia de género⁸⁵. El género es la condición que determina a la mujer como vulnerable, dicha vulnerabilidad varía en función del empoderamiento de que gozan dentro de sus sociedades, la vulnerabilidad se puede dar tanto en sus derechos socio-laborales como en los derechos básicos como la vida, la libertad, la salud, educación⁸⁶. Esta vulnerabilidad se produce, en el caso de las mujeres migrantes irregulares, en cuanto a la dificultad de acceder a servicios públicos, restricciones en la protección de la maternidad, violencia de género, discriminación debido a la calidad de mujer, vulneración de garantías mínimas en procedimientos administrativos, es decir, por el hecho de ser mujer ve agravada su vulnerabilidad⁸⁷.

En cuanto a las situaciones de vulnerabilidad a las que se puede ver expuesta la mujer, es del caso hacer mención de la violencia en contra de la mujer y la influencia del factor cultural en la magnitud de dicha vulnerabilidad. En este sentido la violencia de género se ve aumentada en grupos culturales donde se encuentra marcado el patrón de subordinación y dominación hombre/ mujer⁸⁸. En el caso específico de las mujeres migrantes, cuya situación es irregular en el país de recepción, esta circunstancia constituye un obstáculo a la realización de denuncia respecto de los casos de violencia de género, debido a que la denuncia conlleva a dar a conocer su estadia irregular en el país, lo que podría tener como consecuencia la expulsión,

⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Familia Pacheco Tineo versus Estado Plurinacional de Bolivia, 25 de noviembre de 2013, C. 128.

⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Familia Pacheco Tineo versus Estado Plurinacional de Bolivia, 25 de noviembre de 2013.

⁸⁵ GÓMEZ (2014), pp. 245 y 246. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Acceso a la justicia y derechos humanos de los grupos vulnerables y excluidos de Guatemala (2009), p. 60. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/26730.pdf>

⁸⁶ Manual de Derecho Humanos de Grupos vulnerables (2014), p. 14. Disponible en: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHGV_Manual.pdf . ZÚÑIGA (2014), pp. 189, 190 y 191.

⁸⁷ PÉREZ (2012), p. 86. GÓMEZ LUGO (2014), p. 159. Ver Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mahmudi y otros vs. Grecia, sentencia de 31 de julio de 2012. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Aden Ahmed vs. Malta, sentencia de 21 julio de 2013. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Abdi Mahamud vs. Malta, sentencia de 3 de mayo de 2016. Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2006.

⁸⁸ DEUSDAD-AYALA (2012), p. 15.

esto en definitiva constituye un desincentivo a recriminar dichos abusos y proteger sus derechos más básicos⁸⁹.

En el caso de la mujer migrante existe, por lo tanto, una doble condición de vulnerabilidad, su condición de mujer y su estatus de migrante, que generaran una propensión a ser objeto de abusos sexuales y agresiones, que pueden tener como efecto embarazos no deseados, interrupción voluntaria del embarazo, transmisión de enfermedades sexuales, tráfico sexual, estar a cargo de menores y ancianos en el desarrollo de su proyecto migratorio, entre otras. Creándose, en el caso de encontrarse en una situación migratoria irregular, una agudización de abusos y de restricción en el acceso a adecuados mecanismos de defensa de sus derechos como también al acceso de servicios mínimos⁹⁰.

Ahora en cuanto a la discriminación de género, la cual está basada en patrones culturales y sociales patriarcales o mejor dicho tradicionales, en los cuales la mujer históricamente ha sido visualizada en una posición secundaria a la del hombre, donde carecen de prestigio, poder y derechos por su sola condición femenina⁹¹. Es decir, la mujer no se encuentra en igualdad de condiciones, respecto de los hombres, en el ejercicio de sus derechos. Esto, de manera evidente, deja a la mujer en una situación de vulnerabilidad ante la existencia de prejuicios étnico-raciales, sexuales y de género que generan una situación de desprotección donde en muchos casos, debido a la existencia de una invisibilización jurídica, ven vulnerados sus derechos. Esto ha llevado a los movimientos feministas a reivindicar la igualdad y terminar con la discriminación de género, lo que ha causado un cambio de percepción de la mujer basados en estereotipos de inferioridad⁹².

La mujer migrante irregular sufre una triple vulnerabilidad, ser mujer, ser migrante y encontrarse en una situación migratoria irregular. Esta vulnerabilidad asociada a estereotipos nacidos del prejuicio deja a la mujer en una situación de susceptibilidad que podría eventualmente decantar en abuso sexual, laboral, violencia y nula protección de sus derechos⁹³. Existen estereotipos respecto de la mujer migrante que la llevan a perder su identidad por falta de reconocimiento de la misma, estos estereotipos están asociados a la visión patriarcal de la sociedad, es decir, que la mujer solo es reconocida cuando depende de un hombre⁹⁴. Los estereotipos yacen en visualizar a la mujer migrante como trabajadora doméstica, como trabajadora sexual, como delincuente, entre otros⁹⁵. La mujer migrante, durante el proceso migratorio, podría verse expuesta a situaciones de violencia lo que aumentaría su vulnerabilidad ante la violación de sus derechos humanos⁹⁶.

⁸⁹ ORBEGOZO (2009), p. 49. Ver también DEUSDAD-AYALA (2012), p. 15.

⁹⁰ ORBEGOZO (2009), pp. 50 y 51.

⁹¹ SERRET (2006), p. 7

⁹² MAQUEDA (2008), p. 84. Ver también Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cuadernillo N° 4 Género, pp. 5, 6 y 7. Corte Interamericana, Caso González y otras Vs. México, 16 de noviembre de 2009, párrafo 132, 134, 394, 395, 396 y 397.

⁹³ SUÁREZ (2012), p. 627.

⁹⁴ SUÁREZ (2013), p. 77.

⁹⁵ SUÁREZ (2013), pp. 91 y 92.

⁹⁶ WILLERS (2016), pp. 186 y 187.

Existen instrumentos internacionales que protegen a la mujer contra la discriminación y violencia, dichos tratados son la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y en el ámbito europeo, podemos señalar, el Convenio para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, además de la Convención sobre la eliminación de toda discriminación contra la mujer⁹⁷. Éstos tienen como objetivo principal eliminar la discriminación de la mujer por tener dicha calidad y evitar y sancionar cuando la mujer sea víctima de violencia, sea física, sexual o psicológica. La mujer históricamente ha constituido un grupo vulnerable en atención a las desigualdades existen con los hombres al encontrarnos inserto en una sociedad de carácter patriarcal, reflejándose esta desigualdad en el ejercicio de sus derechos fundamentales⁹⁸.

Especial mención hay que realizar respecto a la trata y tráfico de personas, cuyas víctimas pueden ser mujeres, niños y adolescentes, agravando la situación de vulnerabilidad ante la violación grave de sus derechos si se trata de migrantes con estatus migratorio irregular⁹⁹. Esto lleva a los Estados a la obligación de tomar medidas especiales de protección para garantizar la igualdad. En este punto se hace necesario referirnos a las violaciones sistemáticas que sufren las mujeres en su dignidad, integridad física y psíquica y derechos sexuales y reproductivos, debido a que durante el proceso de migración sufren violencia e inclusive abusos sexuales que llevan a embarazos no deseados, contagio de enfermedades de transmisión sexual, esclavitud sexual, aumentado así su vulnerabilidad social y si a esto le sumamos el hecho de estar indocumentadas, se genera una invisibilización jurídica total ante la protección de sus derechos¹⁰⁰.

En cuanto a la estrecha relación existente entre violencia y discriminación de género, se han desarrollado ciertos estándares en el sistema Interamericano emanados tanto de la Comisión Interamericana como de la Corte Interamericana de derechos humanos. Respecto de los estándares desarrollados por la Comisión Interamericana, es pertinente señalar que éstos han sido elaborados en virtud de sus facultades de informes temáticos, informes por países y los informes por casos de violencia de género, partiendo del supuesto de que en casos de violencia emanada por agentes estatales esta conducta constituye tortura¹⁰¹.

Los estándares corresponde a obligaciones que deben cumplir los Estados: a) cumplimiento inmediato de actuar con la debida diligencia requerida para prevenir, investigar y sancionar con celeridad y sin dilación todos los actos de violencia contra las mujeres cometidos por actores estatales como no estatales; b) garantizar la disponibilidad de mecanismos judiciales efectivos, adecuados e imparciales para víctimas de violencia contra las mujeres; c) implementar acciones para erradicar la discriminación contra las mujeres y los patrones estereotipados de comportamiento que promueven su tratamiento inferior en sus sociedades; d) deber de los órganos

⁹⁷ PÉREZ (2012), pp. 86 a 89. Ver DEUSDAD-AYALA (2012), p. 15.

⁹⁸ GÓMEZ LUGO (2014), pp. 151 y 152.

⁹⁹ PÉREZ (2012), p. 70.

¹⁰⁰ MORA (2002), pp.6. 12, 17. Ver también LEYVA (2011), pp. 27, 28 y 29.

¹⁰¹ CLÉRICO y NOVELLI (2014), pp. 19 y 20.

ejecutivos, legislativos y judiciales de analizar con un escrutinio estricto todas las leyes, normas, prácticas y políticas públicas que establezcan diferencias de trato basadas en el sexo, o que puedan tener un impacto discriminatorio en las mujeres en su aplicación; e) considerar en sus políticas adoptadas para avanzar la igualdad de género el particular riesgo a violaciones de derechos humanos que pueden enfrentar las mujeres por factores combinados con su sexo, como lo son la edad, raza, etnia y posición económica entre otras¹⁰².

La Corte Interamericana ha establecido los siguientes estándares: en primer lugar, respecto de la violencia sexual la Corte entregó un concepto expansivo de lo que debe entenderse por ella, tomando en consideración la Convención de Bélem do Pará, entendiéndola que la violencia sexual “*se configura con acciones de naturaleza sexual que se comenten en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno*”¹⁰³. Además, reconoció que la violencia de género es una forma de discriminación y que el Estado tiene la obligación de prevenir, investigar y sancionar¹⁰⁴. Existe en este sentido un deber de la debida diligencia por parte de los Estados en la investigación y esclarecimiento de las alegadas violaciones a derechos humanos de las mujeres, constatando la Corte la existencia de discriminación basada en el género¹⁰⁵.

En este mismo sentido las mujeres indígenas sufren de varias formas de discriminación basadas en género, etnia y/o raza y posición socioeconómica, lo anterior tiene como consecuencia la dificultad de estas mujeres de acceder a la justicia cuando se trata de violencia sexual¹⁰⁶. Es así que la Corte establece ciertos principios relacionados con el deber de debida diligencia y de garantizar un adecuado acceso a la justicia en los casos de violencia sexual: a) la violencia sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima; b) una violación sexual puede constituir tortura aun cuando consiste en un solo hecho u ocurre fuera de instalaciones estatales, si existe intencionalidad, sufrimiento severo y una

¹⁰² CLÉRICO y NOVELLI (2014), p. 20. Ver a su vez Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación, 3 de noviembre 2011, OEA/ Ser. L/V/II.143, p.6.

¹⁰³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación, 3 de noviembre 2011, OEA/ Ser. L/V/II.143, p. 11.

¹⁰⁴ Corte interamericana de Derechos Humanos, Caso Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 276, 303, 306 y 470.

¹⁰⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación, 3 de noviembre 2011, OEA/ Ser. L/V/II.143, pp. 12 y 13. Ver también Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y otras Vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 602, 286, 293 y 100.

¹⁰⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación, 3 de noviembre 2011, OEA/ Ser. L/V/II.143, pp. 14 y 15. Ver también Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Fernández Ortega Vs. México, Sentencia de 30 de agosto de 2010.

finalidad por parte de los perpetradores; c) una violación sexual vulnera valores y aspectos esenciales de la vida privada de una persona y supone una intromisión en su vida sexual, anulando su derecho a tomar libremente decisiones personales e íntimas; d) ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales encargadas de su protección; e) la investigación en casos de violencia sexual debe intentar evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación de la profunda experiencia traumática; y f) la declaración de la víctima sobre un hecho de violencia sexual es fundamental en la investigación, juzgamiento, y sanción de los hechos¹⁰⁷.

La Corte Interamericana estableció que las mujeres, en especial las mujeres indígenas, sufren múltiples formas de discriminación, no solamente debido al género, sino que también respecto a razones de etnia, raza, posición económica¹⁰⁸. En atención a lo anterior señaló el deber de los Estados de abstenerse de discriminación directa e indirecta, en virtud del artículo 1.1 de la Convención Americana se deben tomar medidas especiales de protección que tomen en consideración sus particularidades propias, características económicas y sociales, su situación especial de vulnerabilidad, derecho consuetudinario, y sus valores, usos y costumbres¹⁰⁹. Es así que los Estados en este deber de debida diligencia en la prevención, investigación de violencia contra las mujeres constituye una obligación reforzada de protección que requiere de un enfoque de género¹¹⁰.

En torno a las personas afrodescendientes, se puede señalar que *“es aquella persona de origen africano que vive en las Américas y en todas zonas de la diáspora africana como consecuencia de la esclavitud, habiéndoseles denegado históricamente el ejercicio de sus derechos fundamentales”*¹¹¹. Cabe decir que constituyen uno de los grupos más vulnerables, en razón a que deben enfrentar obstáculos en virtud de prejuicios y discriminaciones sociales tanto por autoridades como por particulares. Esto se debe a los siglos de esclavitud, discriminación racial, racismo y desconocimiento histórico de muchos derechos¹¹². Los afrodescendientes

¹⁰⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación, 3 de noviembre 2011, OEA/ Ser. L/V/II.143, pp. 15 y 16.

¹⁰⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación, 3 de noviembre 2011, OEA/ Ser. L/V/II.143, p. 17.

¹⁰⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación, 3 de noviembre 2011, OEA/ Ser. L/V/II.143, p.17

¹¹⁰ CLÉRICO y NOVELLI (2014), pp. 42 y 43.

¹¹¹ Naciones Unidas, Declaración de Santiago adoptada en el Seminario. Taller “Censos 2010 y la inclusión del enfoque étnico”, año 2008 y Declaración de Durban adoptada en la Conferencia Mundial contra el racismo, año 2001.

¹¹² Organización de Estados Americanos, Departamento de Derecho Internacional. Disponible en: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/afrodescendientes.asp>. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, La situación de las personas afrodescendientes en la Américas, 5 de diciembre de 2011,

son vulnerables en el sentido de que sufren de discriminación estructural y tienen dificultades para acceder a la justicia, lo que conlleva exclusión social y pobreza.

Lo anterior se ve manifestado en el tratamiento diferenciado que reciben en diversas áreas donde ejercen sus derechos, como salud, vivienda, educación, derecho al trabajo e incluso acceso a lugares de recreación¹¹³. Otra manifestación de la discriminación que sufre la población afrodescendiente yace en los estereotipos y prejuicios que los rodean, que perpetúan la privación del goce y ejercicio de sus derechos humanos, la discriminación histórica que sufren es debido al legado histórico del comercio transatlántico de esclavos¹¹⁴. Es decir, debido a sus orígenes y antecedentes históricos la población afrodescendiente ha sido víctima de discriminación, especialmente, por motivos de raza.

Se entiende por *racismo* “*toda teoría que invoque una superioridad o inferioridad intrínseca de grupos raciales o étnicos que dé a unos el derecho de dominar o eliminar a los demás, presuntos inferiores, o que haga juicios de valor basados en una diferencia racial. Engloba las ideologías racistas, las actitudes fundadas en los prejuicios raciales, los comportamientos discriminatorios, las disposiciones estructurales y las prácticas institucionalizadas que provocan la desigualdad racial, así como la idea falaz de que las relaciones discriminatorias entre grupos son moral y científicamente justificables; se manifiesta por medios de disposiciones legislativas o reglamentarias y prácticas discriminatorias, así como por medio de creencias y actos antisociales*”¹¹⁵.

Otro aspecto importante a tratar como factor de discriminación es la xenofobia, que si bien es una ideología de rechazo y exclusión de toda identidad cultural ajena a la propia, se basa en prejuicios históricos, lingüísticos, religiosos, culturales e incluso nacionales, para justificar la separación total y obligatoria entre diferentes grupos étnicos, con el fin de no perder la identidad propia¹¹⁶. Todo lo anterior lleva a que los afrodescendientes sean objeto de discriminación racial.

El artículo 1º de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, la define como : “*toda distinción, exclusión,*

p.1. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/afrodescendientes/docs/pdf/AFROS_2011_ESP.pdf . Naciones Unidas, Decenio internacional para los afrodescendientes, p. 3. Disponible en: http://www.un.org/es/events/african-descent-decade/pdf/15-17877S_African%20Descent%20Booklet_WEB.pdf

¹¹³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, La situación de las personas afrodescendientes en la América, 5 de diciembre de 2011, pp. 17, 18, 19 y 20. A su vez ver Organización de las Naciones Unidas, Conferencia contra el racismo de Durban (2001), p. 10. Disponible en: http://www.un.org/es/events/pastevents/cmcr/durban_sp.pdf

¹¹⁴ Derechos Humanos de las poblaciones afrodescendientes, módulo de capacitación (2012), p. 27. Disponible en: <http://www.oacnudh.org/wp-content/uploads/2013/02/Módulo-de-capacitación-portada.pdf>

¹¹⁵ Derechos Humanos de las poblaciones afrodescendientes, módulo de capacitación (2012), pp. 28 y 29. Disponible en: <http://www.oacnudh.org/wp-content/uploads/2013/02/Módulo-de-capacitación-portada.pdf>

¹¹⁶ Derechos Humanos de las poblaciones afrodescendientes, módulo de capacitación (2012), p. 31. Disponible en: <http://www.oacnudh.org/wp-content/uploads/2013/02/Módulo-de-capacitación-portada.pdf>

*restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, social, cultural o en cualquiera otra esfera de la vida pública*¹¹⁷. A partir de este concepto podemos señalar que los factores o motivos de discriminación racial son cinco: raza, color, linaje, nacionalidad y etnia, es decir aparece de manifiesta la existencia de discriminación múltiple que pueden padecer¹¹⁸. El artículo 5° de la Convención señala la obligación de los Estados de garantizar que todas las personas, independientemente de su raza, color u origen nacional o étnico, los siguientes derechos: a) el derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administren justicia; b) el derecho a la seguridad social y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución; c) derechos civiles y políticos; d) derechos económicos, sociales y culturales ; e) derecho de acceso todos los lugares y servicios destinados al uso público, incluyendo los privados, tales como los medios de transporte, hoteles, restaurantes, cafés, espectáculos y parques.

Otro punto importante a mencionar son las nuevas formas de discriminación, constituyendo una de ellas el racismo cultural, que tiene por objeto proteger una supuesta identidad nacional denostando a aquellos por lo que piensan y hacen¹¹⁹. Esta nueva forma de racismo tiene un enfoque opositor a la diversidad cultural o multiculturalidad, lo anterior dificulta la efectiva integración. La falta de acciones destinadas a revertir los efectos de la esclavitud ha llevado a la perpetuación de los patrones de discriminación racial y exclusión, manifestados en mecanismos de discriminación directa e indirecta¹²⁰.

Como ejemplo de discriminación de facto tenemos en el caso en que autoridades administrativas deniegan la nacionalidad dominicana a personas de ascendencia haitiana, como también el hecho de ser deportadas de manera masiva por el solo hecho de ser haitianos sin las garantías del debido proceso¹²¹. Otro punto relevante es la existencia de perfiles raciales, que *constituye “una acción represora que se adopta por supuestas razones de seguridad o protección pública y está motivada en estereotipos de raza, color, etnicidad, idioma, descendencia, religión, nacionalidad o lugar de nacimiento, o una combinación de estos factores, y no en*

¹¹⁷ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racional, adoptada por la ONU el 21 de diciembre de 1965, entró en vigor el 4 de enero de 1969. Se encuentra firmado por Chile desde el 3 de octubre de 1966 y ratificado por el Decreto N° 747, Ministerio de Relaciones Exteriores, de 2° de octubre de 1971.

¹¹⁸ Organización de las Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General N° 32 (2009), párr. 7.

¹¹⁹ CEPAL, Serie de Población y Desarrollo N° 87 (2009), pp. 43 y 44.

¹²⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, La situación de las personas afrodescendientes en la Américas, 5 de diciembre de 2011, pp. 37 y 38.

¹²¹ PELLETIER (2014), pp. 213 y 214. También ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso personas dominicanas y haitianas Vs. República Dominicana, sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 153-169.

*sospechas objetivas, que tiendan a singularizar de manera discriminatoria a individuos o grupos con base en la errónea suposición de la propensión de las personas con tales características a la práctica de determinados tipos de delitos*¹²².

La discriminación estructural, sigue existiendo y la sufren respecto al acceso a salud, vivienda, educación y créditos o préstamos ¹²³. Se entiende por discriminación estructural a las formas desiguales (injustas, irrazonables e injustificadas) en que las categorías sociales (hombre, mujer, indígena, etc.) y el acceso a los bienes están estructurados dentro de nuestra sociedad física, política y jurídicamente¹²⁴.

De esta forma podemos señalar que *“la discriminación estructural o desigualdad estructural incorpora datos históricos y sociales que explican desigualdades de derecho (de jure) o de hecho (de facto), como resultado de una situación de exclusión social o de sometimiento de grupos vulnerables por otros, en forma sistemática y debido a complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias”*¹²⁵. Por lo que cabe señalar que existen estándares de discriminación estructural: a) Existencia de un mismo grupo afectado con características comunes, pudiendo ser una minoría; b) que el grupo sea vulnerable, marginalizado, excluido o se encuentre en una desventaja irrazonable; c) que la discriminación tenga como causa un contexto histórico, socioeconómico y cultural; d) que existan patrones sistemáticos, masivos o colectivos de discriminación en una zona geográfica determinada, en el Estado o en la región; e) que la política, medida o norma de jure o de facto sea discriminatoria o cree una situación de desventaja irrazonable al grupo, sin importar el elemento intencional¹²⁶. Constituyendo el concepto de discriminación una noción destinada a proteger a aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Las mujeres afrodescendientes sufren una triple discriminación en cuanto a su género, raza y pobreza lo que la limitan aún más en el ejercicio de sus derechos fundamentales. Especialmente la discriminación se produce en el ámbito laboral, educacional, salud sexual y reproductiva ¹²⁷. Respeto de los migrantes, refugiados y solicitantes de asilo afrodescendientes en relación con su origen étnico o racial, condición social y económica y la ciudadanía, implica que se encuentran es una extrema situación de vulnerabilidad de violación de sus derechos fundamentales, más aún si tiene un estatus irregular¹²⁸.

¹²² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, La situación de las personas afrodescendientes en la Américas, 5 de diciembre de 2011, p. 50.

¹²³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, La situación de las personas afrodescendientes en la Américas, 5 de diciembre de 2011, p.6. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/afrodescendientes/docs/pdf/AFROS_2011_ESP.pdf

¹²⁴ PÉREZ PORTILLA (2006), p. 703.

¹²⁵ PELLETIER (2014), p. 207.

¹²⁶ PELLETIER (2014), p. 215.

¹²⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, La situación de las personas afrodescendientes en la Américas, 5 de diciembre de 2011, pp.25 y 26. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/afrodescendientes/docs/pdf/AFROS_2011_ESP.pdf

¹²⁸ Naciones Unidas, p. 6 y 7. Disponible en: <http://www.un.org/es/events/africandescentdecade/pdf/15->

Recomendaciones de la Comisión Interamericana para garantizar el acceso a la justicia de la población afrodescendiente: a) Adopción de medidas necesarias para garantizar el efectivo acceso a la justicia como mecanismo fundamental de protección de sus derechos humanos; b) Los Estados, en particular, deben promover medidas jurídicas y programáticas que remuevan los obstáculos que enfrenta la población afrodescendiente para poder presentar denuncias de discriminación racial; c) Los Estados deben establecer acciones sencillas y expeditas para casos de discriminación racial y realizar campañas de promoción orientadas a dar a conocer a la población afrodescendiente de sus derechos y acciones y mecanismos que pueden activar ante su vulneración; d) los Estados deben garantizar las condiciones materiales de acceso a la justicia, en términos de acceso a los tribunales, provisión de asistencia legal gratuita, entre otros; e) los Estados deben adoptar y difundir mecanismos adecuados para que niñas, jóvenes y mujeres afrodescendientes puedan denunciar la violencia física y sexual; f) Implementación de medidas necesarias a fin de remover y modificar aquellas normas y prácticas que llevan a la persistencia de sesgo racial en el sistema de justicia penal¹²⁹.

En torno a los derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales se les debe garantizar el acceso efectivo y garantizar el pleno ejercicio de sus derechos humanos, tomando acciones afirmativas para lograrlo¹³⁰.

En relación a los pueblos indígenas cabe señalar que se entiende por tal: *“son aquellos que teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tiene la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sociales las instituciones y el sistema legal”*¹³¹.

Por otra parte, el Convenio de la OIT N° 169 señala en su artículo 1° que los pueblos indígenas son descendientes de poblaciones que habitaban en *“un país o una región geográfica durante la conquista o la colonización o el establecimiento de las actuales fronteras estatales”* y *“conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y las instituciones políticas”*¹³².

[17877S_African%20Descent%20Booklet_WEB.pdf](#) . Ver también Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso personas dominicanas y haitianas versus República Dominicana, 28 de agosto 2014.

¹²⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, La situación de las personas afrodescendientes en la Américas, 5 de diciembre de 2011, p. 89.

¹³⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, La situación de las personas afrodescendientes en la Américas, 5 de diciembre de 2011, pp. 87, 88 y 90.

¹³¹ Study on the problem of discrimination against indigenous populations: vol. 5: conclusions and recommendations, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, para. 379.

¹³² Organización Internacional del Trabajo N° 169, Convenio sobre Pueblos Indígenas y tribales, de 1989, artículo 1°. Ratificado por Chile por Decreto N° 236, Ministerios de Relaciones Exteriores, 14 de octubre de 2008, entró en vigencia el 15 de septiembre de 2009.

La población indígena enfrenta altos niveles de pobreza, un bajo acceso a la educación, salud y otros servicios básicos, como un alto nivel de discriminación, lo anterior se debe al legado del colonialismo¹³³. La marginalización que sufren los ha dejado en una situación de vulnerabilidad vinculada a la discriminación étnico-racial, como la restricción al acceso de bienes materiales y simbólicos como la exclusión de los procesos de adquisición o reconocimiento de sus derechos¹³⁴.

La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 17 de mayo de 2007, que tiene por objeto el reconocimiento de derechos colectivos como individuales, reconoce el derecho que tienen a la libre determinación y tienen el derecho de vivir y desarrollarse como les conviene a sus tierras y recursos, pero lo principal es que es un instrumento que busca proteger a los indígenas contra la discriminación¹³⁵.

Es así que el objetivo es que el Estado y la sociedad en general les reconozca y respete su diversidad cultural, y para eso debe tomar las medidas necesarias para garantizar el pleno goce y ejercicio de sus derechos, como para proteger y preservar su identidad cultural¹³⁶. Dentro de los derechos colectivos, que se desprende del Convenio N°169 OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, encontramos el derecho a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y a no ser sometidos a exterminio o genocidio o a actos de violencia y a traslados forzosos, derecho a no ser asimilados culturalmente o a que no se destruya su cultura, derecho a la integridad como pueblos distintos, con identidad étnica y culturas propias, prohibición de propaganda que incite a la discriminación y al odio racial¹³⁷.

De lo dicho hasta el momento podemos apreciar ciertas similitudes en términos de factores de discriminación entre la comunidad afrodescendiente y los pueblos indígenas, en que ambos sufren privación del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales debido a razones de discriminación de raza y etnia, entre otras, que han tenido como resultado la marginalización y exclusión de estas personas, sufriendo discriminación de jure o de facto. Por lo que dicho respecto a la discriminación estructural de manera precedente es igualmente aplicable en este caso.

Respecto al proceso interpretativo que ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en caso relativos a pueblos indígenas destacan la aplicación del principio de igualdad y no discriminación y la identidad cultural, señalando que los Estados en virtud del artículo 24 y 1.1 de la Convención Americana los Estados deben otorgar una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades

¹³³ BURGER (2014), p. 213.

¹³⁴ Vulnerabilidad social en Chile y su efecto en salud en Chile (2016), p. 352.

¹³⁵ BURGER (2014), p. 220.

¹³⁶ Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2014), p. 134.

¹³⁷ Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2014), p. 138.

propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres¹³⁸.

Para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos se requiere tomar medidas especiales, específicamente respecto del goce de su derecho de propiedad, a fin de garantizar su supervivencia física y cultural, adquiriendo relevancia el derecho al reconocimiento de la identidad cultural¹³⁹. Dentro de las obligaciones estatales se encuentran: a) la obligación de respetar y garantizar los derechos sin discriminación, tomando en consideración las especiales situaciones de vulnerabilidad; b) adecuación de la normativa interna, en el sentido de que se respete la identidad cultural; c) medidas especiales de protección para niños y ancianos indígenas, quienes se encuentran en una situación de vulnerabilidad múltiple, lo que requiere de acciones especial por parte de los Estados para la protección de sus derechos¹⁴⁰.

Es así que el Estado tiene la obligación material de efectividad de los derechos convencionales: protección de su identidad cultural, propiedad de los territorios comunales o la participación políticas de las comunidades. Esto conlleva obligaciones procesales positivas, que pueden ser jurídicas, administrativas, judiciales o de orden político¹⁴¹. Consagrando un deber reforzado de protección, en este sentido la Corte Interamericana ha desarrollado derechos que no están previstos expresamente en la Convención Americana, como es el caso del derecho a la consulta libre, previa e informada y el derecho a la identidad cultural, que reflejan las especiales necesidades que derivan de la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los pueblos indígenas¹⁴².

Se hace necesario referirnos a las personas con discapacidad, ya que se trata de otra vulnerabilidad intersectorial debido a que se encuentran en una situación de indefensión en la protección de sus derechos, sufriendo discriminación en el ejercicio de los mismos¹⁴³. Hay que partir por una denominación para determinar quiénes se encuentran dentro de este grupo vulnerable, la ONU señaló que son personas que *“incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*¹⁴⁴.

¹³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 51 y 63. También, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 83. En el mismo sentido caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 178. Al igual que caso Tiu Tojín Vs. Guatemala, sentencia de 26 de noviembre 2008, párr. 96. Ver caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, sentencia de 27 de junio de 2012, párr.264. A su vez caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá, sentencia de 14 de octubre de 2014, párr. 167.

¹³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cuadernillo de jurisprudencia N°11, pp. 6 y 7.

¹⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cuadernillo de jurisprudencia N°11, pp. 94 a 100.

¹⁴¹ ESTUPIÑAN-SILVA e IBÁÑEZ RIVAS (2014), p. 312.

¹⁴² ESTUPIÑAN-SILVA e IBÁÑEZ RIVAS (2014), pp. 234 a 326.

¹⁴³ FLORES (2010), p. 115.

¹⁴⁴ ONU, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 30 de marzo de 2007, artículo 1°.

Este concepto debe ser diferenciado de lo que se entiende por personas con necesidades especiales, que son *“todas aquellas que, en un momento dado, de forma permanente o temporal, a veces solamente por la falta de unos mínimos recursos financieros para correcciones, tienen dificultades o restricciones de acceso a determinados bienes, derechos, oportunidades y/o espacios”*¹⁴⁵.

Claramente existe diferencia entre personas discapacitadas y personas con necesidades especiales, ya que en éstas últimas el impedimento o restricción tiene el carácter de temporales, de corta o media duración, a diferencia de la discapacidad que constituye una deficiencia a largo plazo de naturaleza física, mental, intelectual o sensorial, además, las barreras no solamente son de carácter físico, sino que también, en el aspecto de comportamiento, de la actitud, que pueden impedir la efectiva y plena participación en la sociedad, lo que conlleva al impedimento del pleno goce de derechos que emanan de la esencia humana¹⁴⁶.

La discriminación que sufren las personas discapacitadas puede ser de jure o de facto, es decir, la propia norma jurídica o a través de hechos se establece la discriminación, los fenómenos asociados a la discriminación de personas discapacitadas son el estigma, estereotipo y el prejuicio¹⁴⁷. Respecto del estigma se puede señalar que consiste en la percepción negativa que las personas tienen de otro, en razón de una característica real, física o relacionada con el comportamiento, que puede tener como consecuencia su rechazo o exclusión¹⁴⁸, dentro de los estigmas podemos encontrar abominaciones del cuerpo, culpas de carácter individual y estigmas tribales. Las abominaciones son las marcas físicas, las culpas están relacionadas al aspecto del comportamiento y los estigmas tribales se dirigen en contra de integrantes del grupo basados en su raza, etnia, su nacionalidad, religión, entre otros¹⁴⁹. En cuanto a los estereotipos *“consiste en imputar determinadas características a los integrantes de grupos específicos de forma que pasen a ser analizados de forma negativa”*¹⁵⁰. Por último, el prejuicio, que es el que conduce de manera directa a la discriminación, consiste en la trasposición al mundo exterior, en forma de acción u omisión, de una visión negativa sobre determinadas personas o grupos¹⁵¹.

De lo expuesto aparece de manifiesto que las personas discapacitadas constituyen un grupo en situación de vulnerabilidad que, debido a ciertas limitaciones de connotación física, mental, intelectual o sensorial, los posiciona en una desigualdad de condiciones que lleva a la discriminación, en cuanto se ven privados o limitados en el acceso a determinados bienes y en el ejercicio de sus derechos.

Para poder garantizar el efectivo ejercicio de derechos y eliminar la discriminación de este grupo en situación de vulnerabilidad se requiere por una parte establecer normas jurídicas que prohíban la discriminación, de acuerdo al principio de igualdad

¹⁴⁵ MONTEIRO (2014), p. 79.

¹⁴⁶ MONTEIRO (2014), p. 80.

¹⁴⁷ MONTEIRO (2014), pp. 81 y 82.

¹⁴⁸ MONTEIRO (2014), p. 82.

¹⁴⁹ GOFFMAN (1988), pp. 14 y 15.

¹⁵⁰ MONTEIRO (2014), p. 82.

¹⁵¹ MONTEIRO (2014), p. 83.

y no discriminación, esto resulta insuficiente en la medida de que deben tomarse acciones positivas que permitan una real accesibilidad e inclusión social¹⁵².

Con respecto a los derechos de las personas discapacitadas es necesario referirse a la Convención de la Naciones Unidas sobre los derechos de las personas discapacitadas, que reconoce derechos en el plano de la igualdad (igualdad y no discriminación art. 5, libertad y seguridad art. 14, protección contra la explotación, la violencia y el abuso art. 16), en relación a la autonomía asociada con la autodeterminación de la cual deben gozar estas personas (art. 12 igual reconocimiento como persona ante la ley, art. 19 derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, art. 22 respeto a la privacidad), en el plano de la participación (derecho a la accesibilidad art. 9, acceso a la justicia art. 13, derecho a la educación y a la salud art. 24 y 25, participación en la vida política y pública art 29), y, finalmente, en cuanto a la solidaridad (la toma de conciencia art. 8, nivel de vida adecuado y la protección social art. 28, participación en la vida cultural, actividades recreativas, esparcimiento y deporte art. 30)¹⁵³. Esto refleja la innovación en materia de lograr la igualdad para personas con discapacidad.

Estándares jurídicos de la Corte Interamericana pre y post Convención Americana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, de 7 de junio de 1999: a) Obligaciones de los Estados de lograr la plena inclusión de las personas con discapacidad a la sociedad; b) Eliminar las barreras en materia de acceso; c) En casos de salud mental se debe respetar la autonomía del paciente y elegir el mejor tratamiento de acuerdo al interés del paciente; d) los Estados deben promover participación activa en la comunidad, y, e) reconocimiento pleno de sujeto de derechos a las personas con discapacidad¹⁵⁴.

Otro grupo que se encuentra en situación de vulnerabilidad son las personas mayores cabe señalar que no solo padecen de fragilidad en atención a los padecimientos propios del envejecimiento, sino que también a otros factores sociales, económicos y culturales que asociados al deterioro biológico generan diversos grados de vulnerabilidad que afectan el ejercicio de sus derechos y por ende el derecho a una vida digna¹⁵⁵. Existen estereotipos negativos que estigmatizan, limitan y marginan a las personas mayores, que en muchos casos son visualizadas por la sociedad como improductivas, débiles, dependientes, que sufren alteraciones físicas y cognitivas asociadas a enfermedad y discapacidad¹⁵⁶.

Por otra parte el envejecimiento consiste *“en un proceso natural que conlleva la disminución de las funciones de los órganos y sistemas corporales, y que ocurre durante todo el ciclo de la vida. Esto trae consigo una serie de cambios asociados con el desempeño físico, con la capacidad de desplegar relaciones interpersonales en diferentes grados de respuestas afectivas, con la percepción que las personas tienen de sí mismas, con la valoración que los demás les asignan y con el papel que*

¹⁵² MONTEIRO (2014), pp. 87 y 88.

¹⁵³ BANDEIRA (2014), p. 97.

¹⁵⁴ BREGAGLIO (2014), pp. 126 a 131.

¹⁵⁵ Vulnerabilidad social en Chile y su efecto en salud en Chile (2016), p. 181.

¹⁵⁶ Vulnerabilidad social en Chile y su efecto en salud en Chile (2016), pp. 181 y 182.

*desempeñan en su comunidad*¹⁵⁷. Hay que distinguir entre personas mayores y ancianas, según las Naciones Unidas las primeras son aquellas personas de 60 años o más y las segundas aquellas de 80 años o más¹⁵⁸.

Dentro del marco internacional de derechos de las personas mayores, tenemos en primer lugar tenemos los Principios de Naciones Unidas a favor de las Personas de Edad, adoptada en 1991 en la Asamblea General de la ONU, que consagra cinco principios: a) Independencia, acceso a alimentos, agua potable, alojamiento, vestido, salud, empleo justamente retribuido, educación; b) participación, tanto en la definición y aplicación de políticas que les afecten, libertad de compartir experiencias con otras generaciones, libertad de asociación; c) cuidado, protección y atención familiar, goce de derechos y libertades fundamentales en el hogar, en establecimientos sanitarios o casas de retiro; d) Autorrealización, posibilidad de asegurar el pleno desarrollo de sus capacidades y habilidades, acceso rápido y oportuno a recursos sociales en educación, cultura, espiritualidad y esparcimiento; e) dignidad, derecho al respeto y aprecio, independientemente de su edad, sexo, raza, origen étnico, discapacidades o situación financiera, derechos a no ser explotados física o mentalmente, derecho a la equidad y justicia¹⁵⁹.

En 1992 se adoptó la Proclamación sobre el Envejecimiento, en el año 2002 se adoptó, en la segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, el Plan de Acción Internacional de Madrid. En el plano regional en el año 2003 en Santiago de Chile, se plantea la estrategia regional para la implementación del Plan de Acción de Madrid, esta estrategia se basa en cinco principios: a) envejecimiento activo; b) protagonismo de las personas adultas mayores; c) respeto a la heterogeneidad de las personas adultas mayores; d) enfoque de ciclo de vida y visión prospectiva de largo plazo; e) solidaridad intergeneracional¹⁶⁰. En el año 2012 nace la Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe. Todo lo anterior es considerado dentro del preámbulo de la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, adoptado el 15 de junio de 2015 y entró en vigor el 11 de enero de 2017¹⁶¹.

Los principales deberes que se consagran en la igualdad y no discriminación, especialmente por razones de vejez, se entiende por discriminación por edad en la vejez como *“cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales*

¹⁵⁷ Derechos humanos y personas mayores (2011), p. 5. Disponible en: <http://.corteidh.or.cr/tablas/r29529.pdf>

¹⁵⁸ Derechos humanos y personas mayores (2011), p. 5. Disponible en: <http://.corteidh.or.cr/tablas/r29529.pdf>

¹⁵⁹ Derechos humanos y personas mayores (2011), p. 17. Disponible en: <http://.corteidh.or.cr/tablas/r29529.pdf>

¹⁶⁰ Derechos humanos y personas mayores (2011), p. 18. Disponible en: <http://.corteidh.or.cr/tablas/r29529.pdf>

¹⁶¹ Esta Convención no ha sido ratificada por Chile.

*en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública o privada*¹⁶².

Aunque la edad no es el único factor en que pueden verse discriminados, ya que pueden ser objeto de discriminación múltiples, debido a que la intersección de varias causas de discriminación, lo que requiere por parte de los Estados acciones afirmativas que conlleven a la plena inclusión de las personas mayores protegiendo su derecho a una existencia digna.

1.2.3. Exámenes de objetividad de las diferencias

El derecho a tener una vida digna emana de la propia dignidad humana, que implica necesariamente una serie de condiciones básicas que el Estado debe proporcionar y a mantener, relacionándose esta noción del derecho a la vida con un nivel adecuado de vida y proyecto de vida¹⁶³. Así se puede señalar que el Estado en su carácter de garante está *“obligado a generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. Esta obligación conlleva adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, es especial, cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria”*¹⁶⁴.

En pos de la existencia digna donde se busca la igualdad material, entendida como tal la equiparación real y efectiva, tomando en consideración la posición social de las personas, de las condiciones de paridad e igualdad en trato de la legislación y aplicación del derecho¹⁶⁵. En este sentido la igualdad material conlleva que a todas aquellas personas que se encuentran *“en igualdad de circunstancias relevantes se los trata de igual forma”*¹⁶⁶. La igualdad material puede ser mirada desde dos puntos de vista, en primer lugar, como no discriminación de ningún individuo en el ejercicio y desarrollo de sus aptitudes en cuanto a su participación en el proceso productivo, legislativo, la cultura y en general, en cualquier faceta de la organización social y en segundo lugar, desde la perspectiva de consecuencia de un conjunto de medidas a adoptar por los poderes públicos para el logro de una semejante calidad de vida y de una igual satisfacción de las necesidades humanas básicas¹⁶⁷.

Es así, que en definitiva podemos decir que, la igualdad material parte de la premisa de que a las personas se les debe tratar de manera equivalente cuando no exista razón suficiente para aplicar un trato desigualitario a personas que se encuentran sumidas en circunstancias semejantes, es decir, para que se cumpla la igualdad material no basta con que se nos mire como iguales en la norma jurídica sino que en el ejercicio de nuestros derechos tenemos que ser tratados de manera igualitaria,

¹⁶² Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, disponible en: http://oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp

¹⁶³ CENEDESI BOM (2005) pp. 102 y 103.

¹⁶⁴ NASH (2005), p. 144.

¹⁶⁵ CARMONA (1994), p. 265.

¹⁶⁶ CLÉRICO y ALDAO (2011), p. 145.

¹⁶⁷ ALARCÓN (1987), p. 31.

y en caso de no existir dichas circunstancias el Estado deberá tomar las acciones positivas necesarias para asegurar dicha igualdad¹⁶⁸.

Ahora bien, para determinar el cumplimiento de la igualdad material hay que realizar una serie de subexámenes de diversa intensidad, donde encontramos parámetros de exigencia leve, moderado y exigente, en orden a establecer la existencia de razones suficientes o no para un trato desigualitario¹⁶⁹. El examen de escrutinio leve o mera racionalidad parte la presunción de legitimidad/constitucionalidad de la clasificación realizada por el legislador, es decir, la prueba de la arbitrariedad recae sobre quien alega un trato igualitario¹⁷⁰. El escrutinio intermedio consiste en un examen más profundo que contempla un análisis sustancial entre clasificación, criterio de clasificación, efecto de la clasificación y razones justificatorias, es este caso tiene que demostrarse la relación entre clasificación y razones justificatorias y que la finalidad estatal perseguida se ve justificada con la clasificación¹⁷¹. El último examen, que es el más exigente implica partir de la presunción de arbitrariedad de la discriminación; esto conlleva que la carga de la prueba respecto de la justificación de la clasificación recaiga sobre el Estado, por lo que para poder desvirtuar la presunción tendrá que acreditar la existencia de razones imperiosas justificadas en un fin estatal legítimo y que no existía ningún otro medio legítimo para lograr la finalidad perseguida que llevara a evitar la clasificación y, finalmente, si luego de la argumentación persisten las dudas nos encontramos ante una categoría de exclusión sospechosa¹⁷².

Lo anterior cobra relevancia, en la protección de los migrantes irregulares, y en general de todo grupo vulnerable, el cumplimiento por parte de los Estados el principio de igualdad y no discriminación, en atención que éste constituye un mecanismo que permite superar las desigualdades de derecho o de facto que impiden el ejercicio igualitario en los derechos fundamentales, siendo éste fundamental para que se garanticen los derechos humanos de toda persona. Así lo ha señalado la Corte Interamericana de manera enfática *“que los Estados deben respetar y garantizar los derechos humanos de toda persona sujeta a su jurisdicción a la luz del principio general y básico de la igualdad y no discriminación. Todo tratamiento discriminatorio respecto de la protección y ejercicio de los derechos humanos genera la responsabilidad internacional de los Estados”*¹⁷³.

Existen ciertos estándares mínimos de derechos que los Estados deben asegurar y garantizar independientemente del estatus migratorio de la persona. Lo anterior dice relación con el derecho a una vida digna, entendiéndose por *tal “el derecho a que se generen las condiciones materiales necesarias que permitan desarrollar una*

¹⁶⁸ CLÉRICO y ALDAO (2011), p. 150.

¹⁶⁹ CLÉRICO y ALDAO (2011), p. 146.

¹⁷⁰ CLÉRICO y ALDAO (2011), p. 147.

¹⁷¹ CLÉRICO y ALDAO (2011), p. 147.

¹⁷² CLÉRICO y ALDAO (2011), pp. 148 y 149. Categoría sospechosa constituye un grupo de personas que histórica y sistemáticamente han sido discriminados, no pudiendo acceder ni ejercer derechos en igualdad de condiciones que se le otorgan a otros en circunstancias semejantes.

¹⁷³ CIDH (2015), Movilidad humana, OEA/Ser. L/V/II. Doc. 46/15.

*existencia digna*¹⁷⁴. Este derecho de existencia digna se relaciona con la vulnerabilidad en el sentido que le genera al Estado obligaciones positivas de prestación, lo que significa adoptar medidas especiales de protección¹⁷⁵. Lo anterior se justifica debido a que los migrantes como grupo vulnerable no se encuentra en una situación de igualdad real que les permita ejercer derechos en igualdad de condiciones que los no migrantes, desigualdad material que se ve incrementada tratándose de migrantes irregulares, como ya lo expusimos.

El derecho a la vida digna tiene un carácter social y tiene como principal argumento la igualdad material¹⁷⁶. De lo anterior es que las situaciones que generan desigualdad y por ende, una violación grave de derechos, son situaciones de vulnerabilidad (migrantes irregulares, niños y adolescentes, mujeres, afrodescendientes), que son utilizadas como argumento para justificar la obligación de generar condiciones de existencia digna basándose en la igualdad, la concepción de vida digna se enriquece del contenido de los derechos económicos, sociales y culturales¹⁷⁷.

Es por lo anterior que se le reconocen ciertas garantías mínimas a los migrantes irregulares, en cuanto al derecho a las garantías judiciales y garantía del debido proceso respecto a los procedimientos de expulsión y procedimientos de determinación de la calidad de refugiado se puede señalar que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los Estados para cumplir con su obligación de protección y garantía deben respetar las siguientes garantías procesales en los procedimientos administrativos que se indicaron: a) deben existir condiciones mínimas de detención durante el procedimiento de expulsión, y la privación de libertad solo procederá cuando sea estrictamente necesaria para el cumplimiento de la expulsión, debiendo siempre estar basada en razones objetivas, que carezcan de arbitrariedad; b) derecho a ser notificado de la decisión de expulsión o denegación de la calidad de refugiado; c) derecho de recurrir y a tener acceso a recursos eficaces para recurrir de la decisión de expulsión o de denegación de la calidad de refugiado; d) derecho a ser oído por una autoridad competente; e) Facultad de ser representado ante dicha autoridad administrativa competente; f) derecho a contar con la asistencia de un intérprete; g) derecho a asistencia consular¹⁷⁸.

Si bien la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado una labor importante en el desarrollo del derecho de los migrantes esta es insuficiente, ya que ha mantenido el mismo criterio que estableció en sus Opiniones Consultivas no existiendo una ampliación para proteger y garantizar otros derechos

¹⁷⁴ BELOFF y CLÉRICO (2016), p. 143.

¹⁷⁵ BELOFF y CLÉRICO (2016), pp. 145 y 146.

¹⁷⁶ BELOFF y CLÉRICO (2016), p. 171 y 173.

¹⁷⁷ BELOFF y CLÉRICO (2016), p. 171 y 173.

¹⁷⁸ Estos estándares se desprenden de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en atención a la violación al artículo 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos por parte de los Estados, respecto de personas no nacionales en tres casos contenciosos, Vélez Lóor, Familia Pacheco Tineo y personas dominicanas y haitianas. Voir Cour Européenne des Droits de L'Homme, Affaire Khlaifia et autres c. Italie, 1er septembre 2015. Ver también BOZA (2014), pp. 280 a 289.

humanos, como lo son los económicos, sociales y culturales. Por lo que esperamos que este vacío se llene con la interpretación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos haga, en razón de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, que nos hablan de derechos dinámicos, para el establecimiento de estándares mínimos que conlleven el avance en la protección integral de los derechos humanos de los migrantes, indistintamente de su situación migratoria¹⁷⁹. Es decir, hay que centrarse en la justicia, entendiendo que consiste en la necesaria reivindicación de los derechos fundamentales de los migrantes¹⁸⁰.

De lo expuesto es que se puede sostener que los migrantes irregulares como sujetos vulnerables constituyen un grupo que requiere de una protección reforzada estatal por encontrarse en un plano de desigualdad que implica una vulneración de sus derechos fundamentales. Esto requiere por parte del Estado tomar medidas especiales de protección que garanticen el goce y ejercicio de derechos que permitan la existencia digna de una persona, con independencia del estatus migratorio en que se encuentren, ya que los migrantes irregulares como personas gozan de dignidad, lo que los hace dignos de ser amparados en sus derechos básicos.

¹⁷⁹ SERRANO (2013), p.131. También DOMÍNGUEZ (2016), p. 193.

¹⁸⁰ DI CASTRO (2012), p. 505.

Capítulo segundo: El acceso a la salud, entendido como un derecho universal y justiciable para todas las personas

En esta segunda parte de este trabajo, serán abordados cuáles son los estándares mínimos en términos de acceso a la salud. Otro subapartado estará enfocado en el desarrollo del derecho a la salud en cuanto a su contenido. Un tercer subapartado estará destinado a un análisis en derecho comparado. Una segunda parte será reservada para determinar si dichos estándares son cumplidos por el Estado chileno en cuanto a la población migrante irregular.

2.1. Estándares mínimos en materia de salud para un migrante en Chile

Es pertinente realizar en este apartado un breve análisis en torno a los derechos sociales. Para iniciar este análisis es necesario señalar que existen autores que niegan la exigibilidad de los derechos sociales, en razón de que entienden que no son efectivamente derechos, sino que conllevan una obligación estatal de proveer, progresivamente y en la medida posible, beneficios que dependen de los recursos económicos del Estado, quedando a cargo de éste su regulación por el poder legislativo y por las autoridades administrativas que establecerán las políticas públicas respectivas, lo anterior implica que estos derechos no serían justiciables, al depender su configuración y regulación de factores económicos y políticos¹⁸¹.

Entonces es que desde este entendimiento los derechos sociales no tendrían el carácter de fundamentales en torno a que no serían más que normas o mandatos de optimización o disposiciones programáticas que no entran dentro de la concepción o noción subjetiva asociada a los derechos fundamentales¹⁸². De esta manera los derechos sociales tienen un contenido prestacional, que conlleva una actuación positiva del Estado, a diferencia de lo que sucede con los derechos civiles y políticos en que el Estado se ve obligado a abstenerse de realizar actividades que dificulten su ejercicio¹⁸³. Es así que la justificación de los derechos sociales se encuentra dentro de la esfera de lo meta jurídico y de lo ético, no siendo su fuente la dignidad humana, lo que lleva a sostener que estos derechos no son justiciables, es decir, una de las características de estas aspiraciones sociales es la inexistencia de mecanismos judiciales para exigir su cumplimiento¹⁸⁴.

Además la no justiciabilidad de los derechos sociales yace en que no protegen un interés individual sino que su construcción tiene un sentido político- institucional cuya dimensión se encuentra en el bienestar personal¹⁸⁵. Dentro de esta perspectiva podría sostenerse una justiciabilidad limitada, en el sentido de que solo ante la inoperancia legislativa o administrativa podrían reclamarse dichos derechos.

Ahora cabe tratar la postura a la que adherimos, entendiendo que los derechos sociales emanan de la dignidad humana, y en razón de la indivisibilidad e

¹⁸¹ RONCONI (2012), pp. 132 y 133.

¹⁸² SALAZAR (2013), pp. 69 y 70.

¹⁸³ MARTÍNEZ (2012), p. 121.

¹⁸⁴ BARBOSA RAMOS (2015), pp. 203 y 204. También ver MARTÍNEZ (2012), p. 121. A su vez SOLARI (2015), p. 15

¹⁸⁵ SOLARI (2015), pp. 45 y 46.

interdependencia existente entre los derechos sociales con los derechos civiles y políticos, éstos deben ser respetados, promovidos y garantizados¹⁸⁶. Es así que conceptualmente los derechos económicos, sociales y culturales *“en cuanto a derechos sociales fundamentales explicitan las exigencias de los valores de dignidad, igualdad y de solidaridad humana, buscando superar las desigualdades sociales, generando el derecho a participar en los beneficios de la vida social, o al menos a un mínimo vital compatible con la dignidad humana a través de derechos y prestaciones brindadas directa o indirectamente por los poderes público”*¹⁸⁷.

La doctrina clásica ha señalado que los derechos sociales tienen como características principales, por una parte, la de ser normas programáticas que carecen de garantías efectivas por ser parte de la política social de cada Estado y por otra parte, la de ser relativos en tanto no pueden ser exigidos de todos, sino que en determinadas condiciones específicas, esto debido a que gran parte de ellos tiene una naturaleza prestacional que conlleva el desembolso económico de los Estados para crear las condiciones necesarias para su ejercicio, constituyendo esto una obligación de hacer. Estas particularidades no son propias solo de los derechos sociales, sino que también de los derechos civiles y políticos¹⁸⁸. Debido a la indivisibilidad e interdependencia no existe una diferencia en cuanto a los uno y los otros, en especial respecto a su eficacia, en cuanto a que los derechos humanos constituyen un conjunto armónico e indisoluble y desconocer la eficacia directa de los derechos sociales conllevaría el desconocimiento de uno de los elementos esenciales de un Estado democrático¹⁸⁹.

Al afirmar que los derechos sociales, no son derechos subjetivos, y que por ende no serían justiciables, significa desconocer la interdependencia e indivisibilidad de los derechos, generando un quiebre en la protección de la dignidad humana¹⁹⁰. Cabe agregar lo sostenido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su Observación General N°9, estableció que el entender a los derechos económicos, sociales y culturales desde una perspectiva rígida que los dejara fuera de la justiciabilidad en el ámbito de los tribunales sería contrario a los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos¹⁹¹.

Nos parece que esta segunda postura es la más apropiada debido a que tiene un sustento argumentativo que se condice con un enfoque de derechos humanos, teniendo presente que el respeto a la dignidad humana es el pilar donde se sustenta el Estado constitucional democrático y que el desconocimiento del carácter de fundamentales a los derechos sociales es trasgredir el fundamento mismo de la obligación de los Estados de respeto a los derechos humanos.

¹⁸⁶ NOGUEIRA (2009), p. 153.

¹⁸⁷ NOGUEIRA (2009), p. 152.

¹⁸⁸ NOGUEIRA (2009), p. 155, 156 y 157.

¹⁸⁹ NOGUEIRA (2009), p. 157 y 158.

¹⁹⁰ CASTILLO (2011), p. 4. También NOGUEIRA (2009), p. 185.

¹⁹¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación General N°9 “La aplicación interna del Pacto”, 1998, párrafo 10.

2.1.1. El derecho a la salud: consagración y contenido.

En cuanto al derecho a la salud cabe decir que se encuentra consagrado en diversas normas internacionales, tenemos en primer lugar, la Declaración Universal de Derechos Humanos sostiene: *“1. Toda persona tiene derecho a un nivel adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancia independientes de su voluntad”*¹⁹².

A su vez el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dice *“1. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2 Entre las medidas que deberán adoptar los Estados partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”*¹⁹³.

La Convención sobre los Derechos del Niño establece *“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 malnutrición en el marco de la atención primaria de la 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 postnatal 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; 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*

¹⁹² Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25, de 1948.

¹⁹³ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 12, de 1966. Suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969 y vigente en Chile desde la publicación del Decreto N° 326 de 27 de mayo de 1989.

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”¹⁹⁴.

Por su parte en el ámbito americano tenemos la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre que consagra *“Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”¹⁹⁵.*

La Convención Americana sobre Derechos Humanos no consagra en su articulado derechos económicos, sociales y culturales, sino que establece su desarrollo progresivo, estableciendo como mandato la cooperación internacional para lograr la plena efectividad de estos derechos, en la medida que los recursos disponibles lo permitan por la autoridad legislativa o por otros medios que sea apropiados¹⁹⁶. Lo anterior viene a ser subsanado por el Protocolo de San Salvador, que viene a complementar la Convención Americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales, en torno al derecho a la salud señala *“1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a) La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b) La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c) La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d) La prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e) La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud y f) La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables”¹⁹⁷.*

En el ámbito europeo la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea expone *“toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se*

¹⁹⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 24, adoptado el 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990. Ratificada por Chile en 1990 y vigente desde la publicación del Decreto N° 830, de 27 de septiembre de 1990.

¹⁹⁵ Declaración Americana de derechos y deberes del hombre, artículo 11, de 1948.

¹⁹⁶ Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 26, 1969. Suscrita por Chile el 22 de noviembre de 1969 y vigente desde la publicación del Decreto N° 873, de 5 de enero de 1991, que aprueba El Pacto de San José de Costa Rica.

¹⁹⁷ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, adoptado el 17 de noviembre de 1988, entrando en vigor el 16 de noviembre de 1999. Chile es uno de los países que firmaron, el 5 de junio de 2001, pero este instrumento no ha sido ratificado.

*garantizará un alto nivel de protección de la salud humana*¹⁹⁸. Por su parte el Convenio Europeo si bien dentro de su articulado no establece de manera explícita el derecho al acceso a la salud, si se ha pronunciado indirectamente respecto de él en torno al artículo 3 del Convenio que indica la prohibición de sufrir tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes¹⁹⁹.

Una primera lectura que se puede hacer es torno al derecho a la salud que el primer concepto entregado fue por la Organización Mundial de la Salud que entiende por salud *“como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades”*²⁰⁰. Este concepto ha sido criticado, algunos de estos reproches son que se ha dicho que adolece de un grave problema cognitivo en el sentido de que asume que existe consenso sobre lo que debe entenderse por salud y bienestar, constituyendo una definición ahistórica y apolítica²⁰¹. Otra crítica es que la noción de completo bienestar inserta la idea de normalidad en la salud, asociando lo normal con lo saludable, siendo que un conjunto de variaciones biológicas y sociales dentro de un contexto determinado puede aparentar ser saludable y no estarlo, como lo normal es puede variar de un lugar a otro, lo que lleva a sostener que la normalidad como equivalente a saludable es controversial²⁰².

De lo anterior es que, ante el reparo generado por este concepto de la OMS, es que se ha sostenido que salud se entienda como “la experiencia de bienestar e integridad del cuerpo y de la mente, caracterizada por una aceptable ausencia de condiciones patológicas y, consecuentemente, por la capacidad de la persona para perseguir sus metas vitales y para funcionar en su contexto social y laboral habitual²⁰³. También “la salud es una síntesis, es la síntesis de una multiplicidad de procesos, de lo que acontece con la biología del cuerpo, con el ambiente que nos rodea, con las relaciones sociales, con la política y la economía internacional”²⁰⁴.

Por otra parte, existen ventajas en cuanto al concepto entregado por la Organización Mundial de la Salud, entre ellas tenemos, por una parte, que deja atrás una visión netamente médica asociada a la salud, a su vez agrega que la salud tiene una perspectiva tanto individual como colectiva y entiende que ésta constituye un bienestar no solo dentro del ámbito físico sino que también síquico²⁰⁵. Otro plus de este concepto yace en la superación de la asociación de salud con la ausencia de patologías o lesiones, entendiendo que establece una concepción de salud progresista, que lleva envuelto un fenómeno social, es así que la salud debe ser comprendida como un fenómeno complejo que requiere de un enfoque

¹⁹⁸ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 18 de diciembre de 2000, artículo 35.

¹⁹⁹ Cour Européenne D.H, arrêt Affaire Khlaifia et autres c. Italie, 1er septembre 2015, requeté n° 16483/12.

²⁰⁰ World Health Organization, 1948, disponible en: <http://www.who.int/about/mission/en/>

²⁰¹ NAVARRO (1998), p. 49.

²⁰² BRICEÑO- LEÓN (2000), p. 16. También ALCÁNTARA (2008) pp. 97 y 98.

²⁰³ LEMA AÑÓN (2009), p. 36.

²⁰⁴ BRICEÑO- LEÓN (2000), p. 15.

²⁰⁵ BARBOSA (2012), pp. 37 y 38. También ver DALLARI (2010), p. 10.

interdisciplinario²⁰⁶. Otro aporte importante es el aspecto de ser un bien jurídico colectivo²⁰⁷.

De lo dicho hasta el momento podemos realizar algunas conclusiones, primero, la terminología utilizada en el ámbito internacional es el derecho a la salud, pero existen varias denominaciones para este derecho, tales como, derecho a la protección de la salud, derecho a la asistencia sanitaria, derecho a gozar de un nivel adecuado de salud, derecho a un máximo nivel posible de salud o derecho a un mínimo decente de asistencia sanitaria, lo que significa la existencia de una heterogeneidad conceptual que se condice con lo que debe comprender el derecho a la salud²⁰⁸. Un segundo punto es que la salud constituye un derecho complejo en que existen varios elementos que se relaciona entre sí, como el derecho que tiene las personas de no sufrir daño en su salud, ya sean provocados por terceros, sean de personas naturales o jurídicas, públicas o privadas; derecho a que el Estado promueva una serie de medidas y políticas de protección y promoción de la salud pública, medio ambiente y seguridad social y la creación de condiciones para que la salud no sea amenazada y el derecho de asistencia sanitaria²⁰⁹.

A continuación desarrollaremos una concisa exposición en torno a los términos utilizados por la doctrina en lo que dice relación al derecho a salud. Una de las críticas en a la terminología derecho a la salud se sustenta en que es poco precisa, ya que en sentido estricto significaría el derecho a no estar enfermo, que solo garantizaría la utilización de ciertos instrumentos para la protección y recuperación de la salud, por lo que sería más apropiado hablar de un derecho de protección a la salud²¹⁰. Hay otros autores que hablan de derecho de asistencia a la salud o atención a la salud, ya que esto sería el elemento esencial del derecho a la salud, consiste en entregar los mecanismos y servicios necesarias para la protección, promoción y recuperación de salud²¹¹. Estas nomenclaturas implican un ámbito de protección diferente.

Al hablar de protección a la salud estamos hablando de un ámbito de protección que comprende no solo la distribución equitativa de los recursos médicos entre los individuos, sino que requiere para la promoción de la salud de otros actores sociales relevantes (educación, economía, medio ambiente)²¹². Cuando se habla de asistencia a la salud, se hace alusión a la perspectiva prestacional de este derecho, ciñéndose al contenido económico, es decir, que el Estado cumpla con su obligación de hacer²¹³. El término atención a la salud, consiste en el ofrecimiento de servicios destinados a la recuperación, promoción y protección de la salud²¹⁴.

²⁰⁶ ALCÁNTARA (2008), pp. 100, 101 y 102.

²⁰⁷ BARBOSA (2015) p. 207.

²⁰⁸ LEMA AÑÓN (2009), p. 37.

²⁰⁹ BARBOSA (2015) p. 223.

²¹⁰ BARBOSA (2015) p. 206.

²¹¹ BARBOSA (2015) p. 207.

²¹² FIGUEROA (2013), p.286.

²¹³ BARBOSA (2015) p. 207.

²¹⁴ BARBOSA (2015) p. 207.

Nos parece que estos términos propuestos pierden de vista el carácter complejo y multidisciplinario de la salud, si bien el concepto derecho a la salud es criticado y no existe consenso en qué es lo que debe entenderse por salud y cuál es el contenido jurídico de dicho concepto, a lo largo de este trabajo se utilizará dicha nomenclatura en razón de que es la utilizada por los instrumentos jurídicos internacionales y consideramos que es pertinente para el enfoque de esta tesis.

Ahora entraremos al análisis del contenido mínimo de este derecho social, partiremos con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Con respecto al derecho a la salud el tratado sostiene que asegura el disfrute del más alto nivel de salud física y mental²¹⁵, por lo cual el derecho busca que los Estados partes establezcan todas las condiciones necesarias para la protección integral de la salud para todas las personas. Se entiende por salud *“la facultad que le asiste a cualquier a cualquier persona a disfrutar de un conjunto de bienes, instalaciones, servicios y condiciones que son necesarios para su realización”*²¹⁶. En este mismo sentido podemos añadir que *“El derecho al “grado máximo de salud que se puede lograr” exige un conjunto de criterios sociales que propicien la salud de todas las personas, entre ellos, la disponibilidad de servicios de salud, condiciones de trabajo seguras, vivienda adecuada y alimentos nutritivos. El goce del Derecho a la salud está estrechamente relacionado con el de otros derechos humanos tales como los derechos a la alimentación, la vivienda, el trabajo, la educación, la no discriminación, el acceso a la información y la participación”*²¹⁷.

El derecho fundamental a la salud *“significa la garantía, por el Estado, de condiciones dignas de vida, y de acceso universal e igualitario a las acciones y servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, en todos sus niveles, a todos los habitantes del territorio nacional, llevando al desarrollo pleno al ser humanos en su individualidad”*²¹⁸.

De lo sostenido queda de manifiesto que el acceso a la salud constituye un derecho fundamental complejo, compuesto de diversos elementos requeridos para su efectivización, que requieren de un actuar estatal otorgando a la sociedad los servicios e instalaciones necesarias que provean a la comunidad de medios efectivos y eficientes que permitan la protección, promoción y recuperación de la salud. Lo anterior implica la existencia de políticas públicas que tomen en consideración factores determinantes como lo son los políticos, económicos y sociales²¹⁹. Ahora bien, también, queda claro que el derecho a la salud para consumación requiere de otros derechos fundamentales, sin los cuales difícilmente puede concretarse y permitir a la persona humana el pleno goce de sus derechos humanos.

²¹⁵ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 12, de 1966.

²¹⁶ Disponible en: <http://www.medwave.cl/link.cgi/Medwave/Perspectivas/Opinion/5664> .

²¹⁷ Organización Mundial de la Salud, Nota descriptiva N° 323, de diciembre de 2015, disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/> .

²¹⁸ FLORES (2012), p. 182.

²¹⁹ SOUZA D'ÁVILA (2017), p. 17.

Por otra parte, el derecho al acceso a la salud tiene un ámbito colectivo e individual. El primero de ellos se entiende en el sentido de que el Estado se ve en la necesidad de crear las condiciones necesarias para preservar, recuperar y promover la salud de la sociedad toda, a su vez, también es posible identificar un aspecto individual en la salud, en el sentido que desde el punto de vista de las personas constituye una cuestión que concierne a cada uno de los individuos. Esto último se ve justificado dado que las necesidades de salud de las personas no son las mismas, ya que existen necesidades particulares de los individuos tomando en consideración las condiciones concretas que se requieren para su plena salud física y mental²²⁰.

Es así que, para la concretización del acceso a salud, es insuficiente entender este derecho solo desde su naturaleza social, haciéndose necesario tener en consideración que constituye, además, un derecho subjetivo de cada individuo de exigir al Estado las medidas específicas para la preservación de la salud y no solamente las medidas que el Estado pretenda prestar²²¹. Es decir, para un pleno derecho a la salud no basta que el Estado establezca políticas públicas destinadas a la protección, promoción y recuperación de la salud, sino que los individuos tienen la facultad de que el Estado, en su rol de garante de derechos humanos, tome en consideración las necesidades específicas que los individuos requieran para el íntegro goce de salud.

Para la concretización del derecho a la salud debe existir un acceso equitativo e igualitario a la información, a la educación, servicios de salud y otros derechos fundamentales como la vivienda. Se requiere como presupuesto de la realización de la salud que todas las personas, de manera igualitaria, pueden tener acceso a medicina recuperativa, paliativa y preventiva en igualdad de condiciones. Es en esta presupuesta igualdad inicial, al momento de acceder, es donde encontramos el primer problema, ya que, en el proceso de concretar el derecho a la salud, y dada su complejidad, encontramos la existencia de desigualdades²²².

En torno a las desigualdades de acceso podemos decir que existen diversos factores que restringen el acceso a salud, lo que en definitiva significa una negación de este derecho fundamental²²³. Cuando se habla de desigualdades se hace alusión al impacto que tiene en la distribución de salud y enfermedad factores tales como riqueza, educación, ocupación, grupo racial o étnico, residencia rural o urbana y las condiciones sociales en el lugar que se vive o trabaja²²⁴. Dentro de los factores determinantes de desigualdad en materia de salud tenemos: a) acceso a los servicios de salud; b) organización del sistema, en el sentido de la existencia de segmentación que establece condiciones de acceso, la utilización poco eficiente de los recursos; c) calidad del servicio, especialmente en lo que dice relación con el trato médico y el paciente y adiestramiento y disponibilidad del equipo profesional; d) discriminación en el sistema de salud, exclusión de grupos específicos de personas; e) forma de organizar las intervenciones y asignar los recursos para su

²²⁰ MONTEIRO (2015), pp. 277 y 278.

²²¹ MONTEIRO (2015), p. 278.

²²² SOUZA D'ÁVILA (2017), p. 18.

²²³ FLORES (2012), p. 183.

²²⁴ FLORES (2012), p. 182.

realización; f) oportunidad del acceso al servicio, contar con la información necesaria para una adecuada comprensión del proceso salud y enfermedad; g) sensibilidad cultural, tener presente el idioma y valores culturales²²⁵.

En definitiva, a partir de lo expuesto, consideramos que para enfrentar estas desigualdades en materia de acceso a la salud es necesario tomar acciones afirmativas que sopesen las particulares necesidades de salud de los diversos grupos que se ven excluidos o marginalizados, como, por ejemplo, en el caso de la población haitiana se debe considerar su idioma y valores culturales para permitirles un efectivo goce de salud en igualdad de condiciones.

El principio de no discriminación, respecto del derecho de salud, constituye la matriz de esta facultad inherente a la persona que conlleva la obligación estatal de garantizar de manera equitativa el cuidado a la salud a toda persona, independientemente de su nacionalidad, situación migratoria o residencia. Es decir, la no discriminación implica que todos tengan derecho en igualdad de condiciones y con las mismas libertades, teniendo el Estado el deber de abstenerse de denegar o limitar el acceso a todas las personas, incluidos los migrantes en situación irregular, a servicios de salud curativos, preventivos y paliativos²²⁶. El Estado no puede establecer políticas públicas de salud que signifiquen una vulneración a la no discriminación e igualdad, ya sea jurídicamente o de facto, que permitan la existencia de circunstancias que implique que cualquier persona se encuentre en una desventaja para obtener el máximo potencial en su salud²²⁷. Además, respecto de este derecho social es pertinente tener presente los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad que nos dan a entender que los derechos son dinámicos²²⁸.

Doctrinariamente se ha entendido por salud *“como el mero estado de normalidad orgánica y funcional”*, para otros no solamente consiste en la falta de enfermedad sino que es un concepto más amplio, que comprende un completo bienestar físico, psicológico y social²²⁹. La salud, por lo tanto, no se limitaría a la recuperación y rehabilitación de la enfermedad, sino que conlleva también acciones encaminadas a mejorar la calidad de vida²³⁰. Agreguemos que el derecho a la salud *“exige un protocolo público de especificación de las condiciones de necesidad médica que dan acceso a las prestaciones de salud, de modo que todos tengan el mismo acceso a las prestaciones según sus necesidades”*²³¹. También puede definirse *“como las garantías que entrega la autoridad pública para el acceso a sus ciudadanos de manera universal a los bienes y servicios que tienen por finalidad la promoción, prevención, curación, rehabilitación o cuidados paliativos en salud en condiciones*

²²⁵ FLORES (2012), p. 184.

²²⁶ CERIANI, LEVOY y KEITH (2015), p.24.

²²⁷ LAVADOS y GAJARDO (2008), p. 209. Con respecto a la cláusula de no discriminación ver FERRER (2012), p. 171.

²²⁸ SERRANO (2013), p. 131.

²²⁹ SQUELLA (2005), p. 125.

²³⁰ FIGUEROA (2013), p. 290.

²³¹ SALGADO (2015), p. 415.

*oportunas, de calidad, con protección financiera y con satisfacción de los usuarios*²³².

Todos estos conceptos toman algunos aspectos de lo sostenido por la Organización Mundial de la Salud, que en su declaración de principios da un concepto de salud que se limita a señalar que es una facultad del individuo de lograr una protección social eficaz contra accidentes y enfermedad y todas las medidas necesarias para contribuir a su plena realización, por lo que podemos señalar que es el punto de partida para determinar el contenido del derecho a la salud²³³.

Por otra parte, en la Constitución Política de Chile, el derecho a la salud está dentro del catálogo de los derechos fundamentales, específicamente el artículo 19 N° 9, del texto de esa disposición *“podría sostenerse que se contempla a la atención sanitaria solo como un derecho negativo que implica la mera libertad de adquirir asistencia en el mercado de la protección de la salud, puesto que el único inciso que está garantizado judicialmente es que el que reconoce el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”*²³⁴. Podemos agregar que el Tribunal Constitucional ha sostenido que *“el derecho de protección a la salud consiste en garantizar el libre e igual acceso a las acciones. Que la Constitución garantiza el acceso a dichas prestaciones asignándoles roles al Estado y a los particulares; al Estado se le asigna un rol de control o supervigilancia y cada persona tiene el derecho de elegir el sistema de salud al que desee acogerse, siendo un deber preferente del Estado, en materia del derecho a la salud, de garantizar la ejecución de las acciones de salud”*²³⁵.

El contenido del derecho a la salud contemplado en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue interpretado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, indicando que éste contiene libertades y derechos. Podemos a su vez distinguir entre determinantes de la salud y atención de salud, en el primero encontramos: 1) acceso al mínimo de alimentos esenciales inocuos y nutritivamente adecuados; 2) Acceso a un hogar, vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable; 3) Acceso a condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente; 4) Educación y acceso a la información relativa a los principales problemas de salud en la comunidad, con inclusión de los métodos para prevenirlos y controlarlos. En segundo podemos señalar: 1) Derecho de acceso a los establecimientos, los bienes y los servicios de salud sin discriminación alguna, con atención a los grupos vulnerables y marginados; 2) Distribución equitativa de todos los establecimientos, bienes y servicios de salud; 3) Suministro de medicamentos

²³² URRIOLA (2016), p. 3. Disponible en: <http://www.chile21.cl/wp-content/uploads/2014/05/CI-septiembre.pdf>

²³³ DAVID (1985), p. 115.

²³⁴ ZÚÑIGA (2011), p. 42. Véase también VIVANCO (2007), p. 288. A su vez BERTELSEN (1989), p. 175.

²³⁵ Tribunal Constitucional, Rol N° 1710-2010, de 6 de agosto de 2010, C. 114, 115, 116, 117 y 122. Véase también Nogueira (2010). P.786. En este mismo sentido Chile: derecho a la salud, disponible en: <http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd53/dersal/cap3.pdf> ,p.30.

esenciales; 4) Participación de las poblaciones afectadas en las decisiones relacionadas con la salud a nivel nacional y comunitario²³⁶.

Es así que se requiere de disponibilidad *“un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de salud, como programas”* accesibilidad *“no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica y accesibilidad a la información”,* aceptabilidad *“respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, que tengan en cuenta la edad y el género y calidad “adecuados desde el punto de vista científico y médico”*²³⁷. Todo lo dicho es referente a lo que implica el cumplimiento del mandato internacional de cumplir con el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel de salud física y mental²³⁸.

De lo anterior se puede señalar que la Constitución asegura a todas las personas el derecho a la protección de la salud, estableciendo ciertas obligaciones para el Estado, que podemos señalar que son tres: *“a) Proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y rehabilitación del individuo. El sentido básico de esta obligación es asegurar que la salud será protegida de manera global. Promoción de la salud significa adopción de políticas públicas para mejorar la calidad de vida de los individuos. Protección de la salud comprende: disponibilidad, accesibilidad (geográfica, económica y de información), aceptabilidad y calidad. Recuperación de la salud apunta a medicina curativa. Rehabilitación envuelve todos los procesos que conduzcan a la recuperación de una función de la salud perdida; b) Coordinación y control de las actividades relacionadas con la salud. Esta obligación significa que el Estado asume total autoridad sobre la salud, aunque no es el único responsable de proporcionarla, porque el sector privado tiene un rol importante que desempeñar al respecto; c) Garantizar la ejecución de las acciones de salud. Esta obligación se puede entender en el sentido de que el Estado asegura la existencia de diversos medios o mecanismos que proporcionen atención de salud a la población”*²³⁹.

Las personas por el solo hecho de serlo gozan de dignidad humana lo que las constituye en un sujeto titular de derechos fundamentales que emanan de la dignidad humana, que es la *“fuente moral de los derechos humanos”*²⁴⁰. Es así, que los migrantes al ser personas son dignos de protección en sus derechos fundamentales, siendo uno de ellos el derecho a la salud, en virtud de que la Constitución asegura a todas las personas, sin distinguir entre nacionales y extranjeros. Es preciso, además, agregar que los migrantes irregulares se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad ante la violación de sus

²³⁶ Organización Internacional para las Migraciones (2013), p.18. Véase también Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales E/C.12/2000/4, de 11 de agosto de 2000.

²³⁷ Organización Internacional para las Migraciones (2013), p.18. Véase también Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales E/C.12/2000/4, de 11 de agosto de 2000. Voir Observation générale N°2 sur les droits des travailleurs migrants en situation irrégulière et des membres de leur famille, 28 août 2013.

²³⁸ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 19 de diciembre de 1966.

²³⁹ FIGUEROA (2013), pp. 327 Y 328.

²⁴⁰ HABERMAS (2010), p.105.

derechos fundamentales²⁴¹. La vulnerabilidad se puede entender, en términos generales, *“como una medida de las características (la sensibilidad) y de las circunstancias (la exposición) de una persona o de un grupo a una amenaza, incluido el grado de recuperación del impacto producido por el hecho dañoso”*²⁴².

Ese término ajustado a la vulnerabilidad que sufren los migrantes puede comprenderse como *“una condición de ausencia de poder adscrita a individuos que no cumplen los requisitos para ser nacionales, y que deviene en impunidad para quien abusa de los migrantes. La vulnerabilidad no es inherente a los migrantes, sino que se observa en la relación entre individuo y un Estado, es relacional. Por lo tanto se trata de un constructo social que puede ser desconstruido”*²⁴³. Los migrantes constituyen un grupo vulnerable debido a su fragilidad nacional y social que los coloca en un estado de falta de poder en comparación con la población no migrante, esta situación específica de vulnerabilidad aumenta tratándose de migrantes irregulares, ya que se encuentran en un contexto de mayor fragilidad jurídica, lo que conlleva un deber de protección reforzado por parte del Estado²⁴⁴.

Entonces la cuestión es determinar cuál es el estándar mínimo de acceso a la salud de los migrantes irregulares en Chile. Para resolver este problema jurídico partiremos sosteniendo que debido a su situación de vulnerabilidad requieren de medidas especiales para garantizarles el acceso a la salud en igualdad de condiciones que al resto de las personas respecto de este derecho universal. En atención a este último punto es necesario contrastar el ámbito regulatorio interno con lo establecido por el derecho internacional de los derechos humanos para poder obtener una respuesta a la interrogante jurídica planteada. Veamos en primer lugar cuáles son los criterios en el derecho internacional en cuanto al derecho a la salud de los migrantes irregulares, para con posterioridad examinar nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto al derecho internacional de los de derechos humanos es pertinente señalar que debemos partir del principio general y esencial de la igualdad y no discriminación, siendo éste fundamental para el establecimiento de políticas migratorias que garanticen los derechos humanos de toda persona²⁴⁵. Así lo ha señalado la Corte Interamericana *“de manera enfática que los Estados deben respetar y garantizar los derechos humanos de toda persona sujeta a su jurisdicción a la luz del principio general y básico de la igualdad y no discriminación. Todo tratamiento discriminatorio respecto de la protección y ejercicio de los derechos humanos genera la responsabilidad internacional de los Estados”*²⁴⁶.

²⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Vélez Loor versus Panamá, 23 de noviembre de 2010. Ver también LIBERONA (2015), p. 18.

²⁴² ESTUPIÑAN-SILVA (2014), p. 197.

²⁴³ BUSTAMANTE (2002), p. 343.

²⁴⁴ ESTUPIÑAN-SILVA (2014), pp. 212, 217 y 218.

²⁴⁵ GÓMEZ (2014), p. 235. También DOMÍNGUEZ (2016), p. 193.

²⁴⁶ CIDH (2015), Movilidad humana, OEA/Ser. L/V/II. Doc. 46/15. Véase también Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso personas dominicanas y otros versus República Dominicana, 28 de agosto 2014. A su vez ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso familia Pacheco Tineo versus Estado Plurinacional de Bolivia, 25 de noviembre 2013. Véase también

Es así que la obligación de los Estados, de proteger y garantizar los derechos de las personas, es independiente si el ingreso de una persona a un territorio estatal es o no conforme a la legislación de dicho Estado²⁴⁷. Es decir, la circunstancia de ser nacional o extranjero, y en este último caso, encontrarse o no es una situación migratoria irregular, no justifica bajo ninguna circunstancia la vulneración de sus derechos. El fundamento de lo anterior se encuentra en que los derechos emanan de la dignidad humana y ésta no deja de existir por el estatus migratorio²⁴⁸.

En ese sentido “los Estados no pueden limitar el disfrute de ninguno de los derechos humanos, ni discriminar a los ciudadanos extranjeros por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha explicado que la referencia a cualquier condición social indica que esta lista no es exhaustiva y que, por tanto, otros motivos de discriminación, como la nacionalidad, que impiden a los migrantes ejercer el derecho a la salud y otros derechos humanos, deben ser igualmente prohibidos”²⁴⁹.

En la actualidad el tema de la migración ha generado, tanto en el ámbito nacional como internacional, un gran debate respecto a los compromisos que los Estados deben adoptar en cuanto a la población migrante y, especialmente, respecto al respeto y garantía de sus derechos. Pareciera ser que el ámbito de discusión nacional difiere bastante del internacional en la medida que en nuestro país el debate se centra en si las políticas migratorias deben ser más o menos restrictivas que las actuales, dejando fuera del debate el avance en la protección de sus derechos fundamentales, dando la impresión de que algunos han olvidado que los migrantes, indistintamente de su condición jurídica, son titulares de derechos y gozan de protección²⁵⁰. Es pertinente en este punto esclarecer cuál es la realidad migratoria en Chile, y en torno a esto, ver qué es lo que la autoridad administrativa y política, en su caso, proponen como principales lineamientos de políticas migratorias.

El debate internacional, como ya lo señalamos se encuentra en el fortalecimiento de los compromisos internacionales de los Estados en materia de derechos humanos de los migrantes y refugiados, constatando que se requiere implementar medidas que efectivamente protejan sus derechos humanos contra toda violencia,

CIDH (2013), Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/13. A su vez ver CIDH (2015), Refugiados y migrantes en Estados Unidos: Familia y niños no acompañados, OAS/Ser.L/V/II. 155.Doc.16.

²⁴⁷ TERMINIELLO (2012), pp. 46 y 60. A su vez Díaz (2015), p. 59.

²⁴⁸ Corte Interamericana de Derecho Humanos, OC- 21/14, de 19 de agosto de 2014. Véase también Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003. À son tour Cour Européenne D.H, arrêt Affaire Khlaifia et autres c. Italie, 1er septembre 2015, requête n° 16483/12. Esta sentencia es un ejemplo de la existencia de un corpus iuris internacional aplicable a los migrantes, y como la interpretación del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana son coherentes e implican el efecto útil de los derechos.

²⁴⁹ Organización Internacional para las Migraciones (2013), p.16. Véase también Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales E/C.12/2000/4, párr.30.

²⁵⁰ Opinión Consultiva OC 18/03, de 17 de septiembre de 2003.

racismo, xenofobia e intolerancia, siendo este el imperativo moral de nuestro tiempo²⁵¹.

2.1.2. Estado de la discusión nacional en materia migratoria y acceso a salud de migrantes en situación irregular.

En nuestro país se han levantado varias voces políticas en torno a la dirección que deberían tomar las políticas migratorias chilenas siendo las diversas posturas diametralmente distintas.

Por un lado, tenemos a figuras políticas como Alejandro Guillier y Sebastián Piñera, entre otros, que postulan que hay que endurecer el control migratorio, basándolo en la utilidad que representa el migrante a la sociedad, además plantean que al restringir las políticas migratorias se estaría evitando el ingreso de delincuentes a Chile, por lo que en caso de que extranjeros sean condenados por un delito deben ser expulsados. Por lo que el objetivo principal sería facilitar la expulsión de extranjeros que cometan delitos. Tenemos por lo tanto una política migratoria selectiva y restrictiva, que manifiestamente tiene como fundamento la discriminación²⁵².

El gobierno planteó, a través de la ministra Secretaria General de Gobierno Paula Nárvaez, que Chile es un país que acoge a los migrantes y que la discusión respecto a las políticas migratorias debe realizarse con altura de miras, en el sentido de colocar en el centro del debate los derechos humanos. Agrega que, el camino correcto es aquél que garantiza los derechos de los migrantes²⁵³. Por otra parte, la Presidenta Bachelet señaló que la normativa migratoria debe tener como fundamento un “enfoque transversal de los derechos humanos y en la formalidad migratoria, ya que los que ingresen al país deben hacerlo en el marco de la ley”. Añadió que en el debate “se han escuchado voces que nacen del prejuicio, que asocian erróneamente migración con competencia desleal en el campo de trabajo”, haciéndose necesario una adecuación de la normativa vigente a la realidad migratoria del país²⁵⁴.

Esta discusión se reactivó con la presentación al Congreso Nacional del proyecto para una nueva ley de migraciones con fecha 23 de agosto del presente año²⁵⁵. El

²⁵¹ General Assembly Adopts Declaration for Refugees and Migrants, as United Nations, International Organization for Migration Sign Key Agreement, 23 September 2016.

²⁵² <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2016/11/29/ossandon-felicita-a-pinera-por-sumarse-a-propuesta-de-control-migratorio/>. Véase también <http://www.latercera.com/noticia/pinera-muchas-las-bandas-delincuentes-chile-extranjeros/>. A su vez ver: <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/poblacion/inmigrantes/alejandro-guillier-chile-necesita-una-politica-migratoria-mas/2016-12-12/225518.html> También ver: <http://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2016/11/28/la-propuesta-de-los-diputados-de-chile-vamos-para-enfrentar-la-migracion-en-el-pais.shtml>

²⁵³ <http://www.emol.com/noticias/Nacional/2016/11/28/833191/Gobierno-ante-idea-de-restringir-inmigracion-Chile-es-un-pais-que-acoge-a-los-migrantes.html>

²⁵⁴ <http://www.latercera.com/noticia/bachelet-nueva-politica-migratoria-tenemos-tomar-la-oportunidad-transformar-los-flujos-migratorios/>

²⁵⁵ Proyecto de nueva ley de migraciones (2017), disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11905&prmBoletin=11395-06

enfoque del proyecto de ley es ser una normativa garante de los derechos de los extranjeros, tiene como objeto la modernización de la legislación vigente, la regulación de la migración cumpliendo con el derecho internacional de los derechos humanos y establecer un sistema nacional migratorio que implemente políticas públicas conformes con un estado democrático de derecho. El proyecto dentro de su articulado establece un conjunto de derechos y deberes de los extranjeros en Chile, crea un permiso de residencia catalogado como permiso de visitante y define un procedimiento administrativo sancionador que cumple con las normas del debido proceso, estableciendo las sanciones aplicables, formas de notificación y medios de impugnación²⁵⁶.

Destacan dentro de los derechos consagrados en el párrafo 2º, del Título primero, la igualdad y no discriminación, el derecho a la protección a la salud, el derecho a la educación, derechos laborales, derecho a la reunificación familiar y el debido proceso, entre otros. No queda claro de la norma propuesta si la lista de derechos enumerados es taxativa o no, específicamente respecto a la población migrante no regulada. El precario avance de esta propuesta se encuentra en la consagración de no discriminación e igualdad ante la ley de los migrantes en situación irregular, pero no parecieran ser suficientes estas medidas en la protección de la dignidad humana, ya que no permiten superar las situaciones de vulnerabilidad en que se encuentran.

Si bien en general la población migrante está en una situación de vulnerabilidad, son los migrantes en situación irregular los que ven sus derechos fundamentales en mayor medida afectados. Lo anterior se debe a las deficiencias de la legislación vigente en materia de migración, donde al migrante no se le trata como un sujeto de derechos, existiendo una evidente distancia entre nuestro ordenamiento interno y los estándares internacionales²⁵⁷.

Desde la perspectiva constitucional del derecho a la salud se encuentra consagrado en el artículo 19 N°9, tiene las siguientes características: primero que todo de su redacción se desprende que la protección a la salud puede ser apreciada desde dos dimensiones, como el derecho de acceso a la salud y por otra parte como una garantía de que la persona no sufrirá enfermedades evitables²⁵⁸. Es esta doble dimensión la que indica su carácter de derecho social, el Tribunal Constitucional ha aludido a esa calidad en dos ocasiones, indicando que se trata de un derecho que forma parte de la dignidad humana y que el Estado está obligado a respetarlo, quedando a lo sumo suspendido hasta que el Estado pueda cumplirlo²⁵⁹. Agrega el Tribunal Constitucional que “el deber público es una conducta impuesta en interés general o de la colectividad” además ha afirmado el rol subsidiario del sector privado²⁶⁰. Otra característica del derecho a la salud consagrado en la Carta Fundamental es que las personas tendrán la facultad de elegir el sistema de salud

²⁵⁶ Proyecto de nueva ley de migraciones, disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11905&prmBoletin=11395-06

²⁵⁷ BASSA y MERCADO (2015), p. 108.

²⁵⁸ ALLARD (2016), p. 108.

²⁵⁹ NANCUANTE, ROMERO y SOTOMAYOR (2012), pp. 19 y 20.

²⁶⁰ Tribunal Constitucional, Rol N° 1710, de 6 de agosto de 2010, c. 120 y 121. Ver ALLARD (2016), p. 109.

al que deseen acogerse sea estatal o privado, garantizando el derecho a elegir y no la existencia de varios sistemas²⁶¹. La existencia de un sistema público (Fonasa) y privado (Isapres) genera una segmentación de la demanda y falta de solidaridad entre el sistema privado y público y finalmente se puede señalar la limitada exigibilidad judicial directa del derecho a la salud, ya que debido a su conexión con otros derechos civiles y políticos, como el derecho a la vida, ha primado la exigibilidad indirecta del derecho a la salud en sus inicios, ahora en razón de las Garantías Explícitas de Salud se han generado avances en la exigibilidad directa²⁶².

Desde el punto de vista legal, en Chile el Decreto Ley N° 1094, conocida como Ley de Extranjería, ni el Reglamento nada dicen respecto a derechos de los migrantes, por lo que en materia de salud al no existir normas específicas que hagan alusión de manera explícita a este derecho de los migrantes irregulares, hay que remitirse a las normas generales. El conjunto de normas aplicables parte, en primer lugar, con la Carta Fundamental que asegura a todas las personas el igual acceso a la protección de la salud, sin distinción entre chilenos y extranjeros, en el artículo 19 N° 9, hay que agregar el artículo 5°, inciso segundo y el artículo 19 N° 2 que consagra el derecho fundamental de igualdad y no discriminación. Además, es necesaria agregar el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del 2006 del Ministerio de Salud que desarrolla el ejercicio constitucional a la protección y recuperación de la salud, aunque no hace ninguna referencia a los migrantes irregulares. Por otro lado, tenemos el Decreto Ley N° 3500 de 1980, que hace referencia al acceso a la salud de los migrantes que tienen una situación migratoria regular, específicamente, aquellos que gozan de visa sujeta a contrato de trabajo.

En cuanto a las políticas migratorias chilenas, el año 2008 se inició una política de integración emanada de Instructivo presidencial N° 9²⁶³. Dicho instructivo tiene como base cuatro ejes para enfocar la acción gubernamental frente a la migración: 1) Chile es un país de acogida, entiendo por lo tanto, una apertura a las migraciones con intención de establecerse de manera indefinida o temporal, incluyendo a las personas desplazadas y refugiados; 2) integración de los migrantes, aceptación del migrante dentro de la sociedad especialmente respetando su cultura; 3) procesos de integración regional, a través de acuerdos bilaterales o multilaterales, en razón de que la migración es una responsabilidad compartida; 4) capacidad de regulación y administración, implica el establecimiento de marcos jurídicos de migración que protejan a las personas²⁶⁴. Los principios que informan la política migratoria son: a) Residencia y libertad de circulación; b) libertad de pensamiento y de conciencia; c) acceso a la residencia en condiciones igualitarias y debidamente informadas; d) acceso a la justicia; e) integración y protección social de los inmigrantes, en especial

²⁶¹ NANCUANTE, ROMERO y SOTOMAYOR (2012), pp. 24 y 25.

²⁶² ALLARD (2016), pp. 110 a 114.

²⁶³ Departamento de Extranjería y Migración, disponible en: <http://www.extranjeria.gob.cl/acciones-de-integracion/>. Véase también en este sentido Ministerio de Salud, disponible en: <http://web.minsal.cl/sites/default/files/files/ATENCION%20DE%20SALUD%20A%20POBLACION%20INMIGRANTE%20NO%20REGULADA%20APS.pdf>

²⁶⁴ Instructivo presidencial que imparte instrucciones sobre la "Política Nacional Migratoria", N°09 de 2 de septiembre de 2008, disponible en: <http://transparenciaactiva.presidencia.cl/Otros%20Antecedentes/16.-%20Inst.%20N%209.pdf>

en temas de educación, salud y trabajo; f) respeto de los derechos laborales de los trabajadores extranjeros; g) no discriminación; h) regularidad de los flujos migratorios; i) reunificación familiar; j) participación ciudadana en la gestión migratoria²⁶⁵.

Esto fue el primer paso para lograr la integración e inclusión de la población migrante, es del caso indicar que para lograr esto existen ciertas resoluciones del Ministerio de Salud que especifican los derechos a ciertos grupos de migrantes como el Ordinario N° 2251 del año 2009 referidos a la atención en la red pública de inmigrantes con credencial Fonasa, con permiso de residencia en trámite²⁶⁶. En año 2014 se retomaron las iniciativas administrativas en materia de salud.

El Ministerio de Salud a través de la Circular A 15 N°6 del 9 de junio de 2015, establece que la atención de salud se proveerá independientemente de si existe o no tramitación de algún permiso de residencia. Es decir, los establecimientos públicos de salud prestarán atención a los migrantes irregulares en los siguientes casos: mujeres embarazadas, durante este, el parto y post parto, hasta los 12 meses después de éste y los menores de 18 años. Con posterioridad en el año 2016 se dictó una nueva circular por parte del Ministerio de Salud, que establece instrucciones para la aplicación de la circunstancia N° 4 del Decreto Supremo N° 110 de 2005 que dice: 4° *“Tratarse de una persona inmigrante que carece de documentos o permisos de residencia, que suscribe un documento declarando su carencia de recursos”*²⁶⁷.

La circular N° A 15/04, de 13 de junio de 2016 señala como ámbito de aplicación a los migrantes que carezcan de algún permiso de residencia y que no hayan regularizado su situación migratoria, por lo tanto quedan fuera de la aplicación de esta norma los migrantes en situación regular. Con respecto a los migrantes irregulares, en el caso de niños, niñas y adolescentes hijos de padres en situación irregular pueden acceder por sí mismos al sistema. Hay que precisar que en relación a las mujeres embarazadas hasta 12 meses después del parto y niños menores de 6 años, no necesitan ampararse directamente en esta circunstancia, ya que tienen acceso universal al sistema²⁶⁸. En torno a los beneficios que comprende indica, entre otros, vacunas, prestaciones de salud sexual y reproductiva, alimentación complementaria, prestaciones en materia de enfermedades transmisibles y educación sanitaria. Además, consagra que en ningún caso se puede denegar ni condicionar la atención de salud de urgencia a migrantes irregulares, ya sea en centros de atención primaria u hospitales, siendo igualmente aplicable dicha instrucción para la primera atención en centros de atención primaria y secundarias

²⁶⁵ DÍAZ (2015), pp. 54 y 55.

²⁶⁶ Biblioteca del Congreso nacional (2012), Informe sobre Salud e inmigración. Derecho comparado, de 18 de octubre de 2012.

²⁶⁷ Fue agregada por medio del Decreto Supremo N°67, Ministerio de Salud, del año 2105, lo que permite que los migrantes sean beneficiarios del sistema de prestaciones de salud, según lo dispuesto en el art. 136, letra e), del D.F.L. N° 1 del año 2005, del Ministerio de Salud.

²⁶⁸ Cabe señalar que este grupo tiene acceso a una visa especial para regularizar su situación migratoria, en el caso de los menores de edad es válida hasta que cumplan 18 años.

no urgentes. Agrega que en caso de urgencia vital siempre deberá prestarse el servicio de salud.

En términos de aplicación de esta norma en cuanto al otorgamiento de N° provisorio de identificación por regiones durante el año 2017 es el siguiente²⁶⁹:

	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Total
Arica y Parincota	43	69	107	74	109	81	483
Tarapacá	71	118	172	125	179	170	835
Antofagasta	95	199	296	245	293	252	1380
Atacama	18	11	19	19	19	17	103
Coquimbo				12	16	23	51
Valparaíso				62	91	119	272
O'higgins							0
Maule			4	6	12	3	25
Bío- Bío			27	69	52	56	204
Araucanía				11	27	44	82
Los Ríos							0
Los Lagos				4	7	11	22
Aysén					1	1	2
Magallanes				1	5	10	16
Región Metropolitana	1765	1414	1792	1718	2258	2553	11500
Total	1992	1811	2417	2346	3069	3340	14975

Se aprecia que ha ido en aumento el otorgamiento de número provisorio de identificación a migrantes para poder acceder a sistema de salud pública, ahora bien, esto no significa que tenga acceso material a la salud, ya que, si bien la legislación chilena formalmente si permite el acceso a prestaciones de salud a migrantes, estas prestaciones son limitadas ya que solo contemplan ciertos beneficios, específicamente casos de emergencia. Es decir, solo contemplan prestaciones para recuperación de salud, además se establece que en casos de emergencia no podrá la autoridad de salud denegar ni establecer condiciones de acceso a salud, dejando abierta la puerta para que en otras situaciones diversas se permita la restricción.

Con fecha 23 de agosto de este año ingresó al Congreso Nacional el proyecto de una nueva ley de migraciones, cuyo objeto es modernizar la legislación vigente en la materia desde una perspectiva de derechos humanos, dentro del documento destaca dentro de los derechos reconocidos a la población migrante la igualdad ante la ley y no discriminación en su artículo 11: *“Se prohíbe toda diferencia arbitraria fundada en el origen nacional o la situación migratoria de las y los extranjeros, y que cause privación, perturbación o amenaza del ejercicio legítimo de los derechos*

²⁶⁹ Datos entregados por FONASA, el 14 de julio de 2017, en respuesta a solicitud por Ley de Transparencia.

*consagrados en la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*²⁷⁰.

También su artículo 13 consagra el derecho de protección a la salud en los siguientes términos: *“Las y los extranjeros que cuenten con un permiso vigente para permanecer en el país, ya sea en calidad de titulares o dependientes, tienen derecho a la salud y acceso a las prestaciones de salud en igualdad de condiciones que los nacionales, sin perjuicio de los requisitos especiales que establezca la ley en determinados casos. Respecto de las prestaciones de salud financiadas con recursos públicos, en todos aquellos casos en que no se establezcan requisitos específicos sobre categoría migratoria o permanencia mínima en el país, tendrán derecho a ellas las y los extranjeros que tengan un permiso de visitante o residente vigente, en calidad de titulares o dependientes. Sin perjuicio de lo anterior, las y los extranjeros, con independencia de su situación migratoria, tienen derecho a atención de salud en caso de urgencia vital, atención de salud a niñas y niños, y atención del embarazo, incluido parto y puerperio, en establecimientos públicos*²⁷¹.

Se puede desprender que la norma propuesta no consagra ninguna novedad en materia de acceso a la salud a lo ya desarrollado en esta investigación, sino que viene a sistematizar las regulaciones infra legales en la materia, manteniendo el mismo ámbito de protección a la población migrante en situación irregular, es decir, acceso a la salud en casos de urgencia vital, para mujeres embarazadas durante el embarazo y con posteridad al mismo y acceso a los menores de edad.

2.1.3. Regulación de acceso a la salud de migrantes es situación irregular en derecho comparado.

La regulación en materia de acceso a la salud no es uniforme ya que los Estados en virtud de su soberanía han adoptado diversos rangos de protección al derecho a la salud de los migrantes irregulares, siendo algunos ordenamientos más restrictivos que otros. Si analizamos los que sucede en el derecho comparado, especialmente en países que constituyen el destino de un alto porcentaje de la migración internacional como los por ejemplo países europeos como España y Francia y, a su vez, lo que sucede en países del continente americano²⁷². En España a través de la ley orgánica 4/2000 conocida como ley de extranjería incorporó a los extranjeros irregulares como titulares del derecho subjetivo de prestación de salud en las mismas condiciones que los españoles. Aunque hay que precisar que la Constitución española a diferencia de la chilena si distingue entre españoles y extranjeros. Dicha garantía a la salud fue modificada por un Real Decreto Ley el 20 de abril de 2012, donde se modificó lo anterior pasando a establecer que para acceder a la prestación sanitaria es necesario ser residentes, solo siendo posible

²⁷⁰ Proyecto nueva ley de migraciones (2017), artículo 11 disponible en https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11905&prmBoletin=11395-06

²⁷¹ Proyecto nueva ley de migraciones (2017), artículo 13 disponible en https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11905&prmBoletin=11395-06

²⁷² <https://www.oecd.org/els/mig/SPANISH.pdf> . También ver http://publications.iom.int/system/files/wmr2015_sp.pdf . Consultar a su vez http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics/es

acceder los migrantes irregulares a casos de urgencia, embarazos y menores de 18 años²⁷³.

En Estados Unidos para poder tener cobertura de salud se requiere de residencia, por lo que los migrantes irregulares se encuentran excluidos de cualquier tipo de beneficios de programas gubernamentales. Si no se acredita algún tipo de residencia no se puede acceder a instituciones o programas de salud, si bien esta exclusión es la regla general existe una excepción relacionada con mujeres embarazadas y niños, independientemente de su situación irregular, tiene acceso a la protección de la salud en casos de emergencia. Se entiende que constituye una emergencia médica una condición de la que razonablemente se puede esperar que ponga en peligro la salud del individuo o que cause algún impedimento de funciones corporales o algún órgano del cuerpo. Además, es del caso señalar que la Constitución norteamericana permite un trato diferente entre ciudadanos y extranjeros, o entre estos últimos no consagra que deban tratarse de igual manera²⁷⁴.

En Francia existe la Ayuda Médica del Estado (AME) que tiene por objeto garantizar el acceso a la asistencia sanitaria a dos categorías de extranjeros: 1) aquellos que se encuentran en detención administrativa y sus dependientes 2) aquellos extranjeros que no tengan permiso de residencia y sus dependientes. Para acceder a esta ayuda solo se requiere de una residencia ininterrumpida y estable de tres meses en Francia, dicho requisito no se requiere para los menores de edad, quienes tienen como prestaciones de atención médica y hospitalización en caso de maternidad o enfermedad²⁷⁵.

En Argentina podemos señalar que la Ley Nacional de Migraciones, Ley N° 25.871 que consagra el derecho a la migración un derecho esencial e inalienable de toda persona basándose en los principios de igualdad y universalidad, además, establece como obligación del Estado asegurar el acceso igualitario a los inmigrantes y sus familias en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos que gozan los nacionales, entre otros derechos a la salud²⁷⁶.

Aparece de manifiesto que los Estados, ejerciendo su soberanía, establecen diversas fórmulas jurídicas en atención al acceso de salud de los migrantes irregulares que consagran diversos grados de protección.

Así las cosas, podemos señalar que a los migrantes irregulares en Chile no se les garantiza de manera plena el acceso a la salud, si bien reconocemos el avance escueto de la autoridad administrativa, aún está lejos de lograr la real protección y la inclusión de los migrantes.

Si hacemos una comparación entre lo sostenido en los instrumentos administrativos referente al acceso a la salud de migrantes irregulares, que reconocen un ámbito

²⁷³ SOBRINO (2013), pp. 128 y 129. Véase también Tribunal Constitucional español, Recurso de inconstitucionalidad N° 4123-2012, de 21 de julio de 2016.

²⁷⁴ GLEN (2013), pp. 215 y 216

²⁷⁵ AME, disponible en: http://social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/soins_urgents_aux_etrangers_en_situation_irreguliere.pdf

²⁷⁶ ELIA (2012), p.2.

restrictivo de protección con lo establecido por la Constitución y los instrumentos internacionales pertinente al caso, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, habría que determinar si lo consagrado por Chile es compatible con lo establecido por el derecho internacional de los derechos humanos.

2.2. Análisis crítico del cumplimiento del Estado Chileno respecto a los estándares mínimo en materia de Salud

Ya establecido el marco jurídico aplicable en materia de acceso a la salud de los migrantes cabe ahora señalar si el Estado Chileno cumple o no con los estándares mínimos en materia de salud.

Para lo anterior se hace necesario determinar cuáles son los estándares mínimos en materia del derecho a la salud. Iniciaremos este análisis señalando que la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migrantes y de su familia, señala dentro de su articulado la protección de la salud de los trabajadores migrantes indocumentados y su familia, estableciendo, en primer lugar, el acceso a la salud en igualdad de condiciones que los nacionales cuando hayan cumplido los requisitos establecidos para la participación en los planes correspondientes²⁷⁷. En segundo lugar, se consagra el acceso a la salud para atención médica de urgencia, en igualdad de condiciones que los nacionales, esto comprende cualquier tipo de atención médica que sea necesaria para preservar la vida o evitar daños de carácter irreparable a la salud²⁷⁸.

La Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, fija cuatro dimensiones en términos de accesibilidad: acceso sin discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica y accesibilidad a la información. La accesibilidad sin discriminación y los niveles esenciales de la salud generan obligaciones de efecto inmediato, las cuales comprenden: a) garantizar el acceso basado en la no discriminación, es especial a los grupos vulnerables o marginados; b) obligaciones de prioridad comparable en materia de accesibilidad la educación en materia de salud e información a en torno a los problemas de salud que pueden afectar a la comunidad, como a su vez, de los métodos para combatir y prevenir dichas enfermedades; c) en cuanto a obligaciones de respeto en materia de accesibilidad tenemos la abstención de denegar o limitar el acceso igualitario de todas las personas a los servicios de salud preventivo, curativos y paliativos, abstención de establecimiento de políticas estatales discriminatorias, abstención de establecer prácticas discriminatorias contra la mujer y salud, lo anterior también se relaciona con la limitación al acceso a anticonceptivos y otros medios de mantención de la salud sexual y genésica, abstención de censurar, ocultar o desvirtuar información relacionada con la salud y abstenerse de limitar el acceso a los servicios de salud como medida punitiva; d) obligaciones de protección, velar por que las prácticas sociales nocivas no afecten el acceso

²⁷⁷ Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de los trabajadores migrantes y de su familia, 18 de diciembre de 1999, artículos 43, letra e) y 45, letra c).

²⁷⁸ Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de los trabajadores migrantes y de su familia, 18 de diciembre de 1999, artículo 28.

anterior y posterior al parto como a la planificación familiar, velar porque terceros no limiten el acceso a las personas en cuanto a la información y a los servicios de salud; e) obligaciones de cumplir, velar por el acceso igual de todos a los factores determinantes básicos de la salud, organización de campañas de información y difusión en materia de salud²⁷⁹.

Con respecto a los pronunciamientos que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto, podemos indicar que en lo referente al derecho a la salud la Corte ha utilizado como argumento la técnica de conexidad e interdependencia e indivisibilidad de los derechos al igual que le Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que ha permitido la ampliación de derechos civiles y políticos otorgándoles una extensión de contenido económico y social²⁸⁰. Se aprecia la importancia del principio de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos en atención al debate existente en torno a que si la Corte Interamericana tiene competencia directa o no para pronunciarse respecto a derechos sociales, dentro de los cuales se encuentra la salud, a lo cual podemos sostener que sí la tiene en razón del artículo 26 del Pacto de San José de Costa Rica, que otorga justiciabilidad al derecho a salud²⁸¹. Lo anterior en razón del principio de interpretación pro homine, interpretación evolutiva y sistemática que le dan dando un sentido y alcance al artículo 26 de la Convención Americana, estableciendo la no regresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales, además dicha norma conlleva la obligación de respeto y garantía de esos derechos²⁸².

Del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos emanan ciertas obligaciones para los Estados, primero el deber de adoptar medidas apropiadas, sean legislativas u otras, para lograr la plena efectividad de los derechos, entendiéndose por apropiada inclusión de normas de carácter legal, administrativa, financiera, educacional y social, como a su vez la provisión de recursos judiciales²⁸³. Existen tres componentes que modalizan la obligación de tomar medidas apropiadas, la primera condición es la progresividad de la plena efectividad de los derechos, el segundo es la limitación a las medidas a adoptar a los recursos disponibles y el tercero es la obligación de acudir a la asistencia y cooperación internacional, especialmente económica y técnica²⁸⁴. Es decir la progresividad constituye una obligación de hacer para lograr la plena efectividad de los derechos y por otra parte, la no regresividad consiste en la abstención de retroceder terreno en materia de derechos económicos, sociales y culturales²⁸⁵.

En lo que dice relación a las obligaciones de progresividad y no regresividad, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado: “cuando estudie una comunicación en que se afirma que un Estado parte no ha adoptado medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga, ...

²⁷⁹ PARRA (2003), pp. 232 a 234.

²⁸⁰ ROBLES (2016), p. 202.

²⁸¹ ROBLES (2016), p. 203.

²⁸² PARRA (2015), pp. 767, 768 y 769.

²⁸³ COURTIS (2014), p. 672.

²⁸⁴ COURTIS (2014), pp. 665, 666, 667, 668 y 672.

²⁸⁵ GARAT (2015), p. 67.

examinará las medidas legislativas o de otra índole, que el Estado parte haya efectivamente tomado. Para determinar si esas medidas son adecuadas o razonables, el Comité podrá tener en cuenta, entre otras, las siguientes consideraciones: a) hasta qué punto las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretas y orientadas al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales; b) si el Estado parte ejerció sus facultades discrecionales de manera no discriminatoria y no arbitraria; c) si la decisión del Estado parte de no asignar recursos disponibles se ajustó a las normas internacionales de derechos humanos; d) en caso de que existan varias opciones en materia de normas, si el Estado parte se inclinó por la opción que menos limitaba los derechos reconocidos en el Pacto; e) el marco cronológico en que se adoptaron las medidas, y f) si las medidas se adoptaron teniendo en cuenta la precaria situación de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, si las medidas fueron no discriminatorias y se dio prioridad a las situaciones graves o de riesgo”²⁸⁶.

En este mismo sentido la Corte Interamericana ha señalado que en casos de medidas regresivas, éstas requerirán ser cuidadosamente consideradas y deberán ser justificadas plenamente por referencia a la totalidad de los derechos sociales en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de recursos disponibles²⁸⁷. Para lo anterior tendrá presente los siguientes criterios objetivos: “a) el nivel de desarrollo del país; b) la gravedad de la presunta infracción, teniendo particularmente en cuenta si la situación afecta el disfrute de los derechos básicos enunciados en el Pacto; c) la situación económico del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si el país atraviesa una recesión económica; d) la existencia de otras necesidades importantes que el Estado parte deba satisfacer con los recursos limitados de que dispone; e) si el Estado parte trató de encontrar opciones de bajo costo y f) si el Estado parte recabó cooperación y asistencia de la comunidad internacional o rechazó sin motivos suficientes los recursos ofrecidos por la comunidad internacional para la aplicación de lo dispuesto en el Pacto”²⁸⁸.

Otra opción de justiciabilidad del derecho a la salud que ha tomado la Corte Interamericana, diferente a la contenida en el artículo 26, es relacionándolo con otros derechos civiles y políticos, y en algunos casos ha considerado directa o indirectamente, aspectos propios de los derechos económicos, sociales y culturales en sus decisiones²⁸⁹.

La salud ha sido relacionada con el derecho a una vida digna, donde la Corte ha ampliado el concepto de derecho a la vida, incorporando el acceso a condiciones

²⁸⁶ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración sobre la “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga de conformidad con el protocolo facultativo del Pacto”, E/C.12/2007/1, 21 de septiembre de 2007, párr. 8.

²⁸⁷ PARRA (2013), p. 770.

²⁸⁸ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración sobre la “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga de conformidad con el protocolo facultativo del Pacto”, E/C.12/2007/1, 21 de septiembre de 2007, párr. 10.

²⁸⁹ VENTURA (2004), p. 107.

dignas de existencia, siendo una de ellas la salud²⁹⁰. Es así que se genera una obligación del Estado de crear las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad humana y no generar condiciones que la dificulten o impidan²⁹¹. Otro derecho con el que se ha relacionado la garantía del derecho a la salud ha sido el acceso a la justicia, estableciendo la obligación de inspección, vigilancia y control en las prestaciones de servicio de salud, dicha obligación no cesa cuando los servicios de salud sean otorgados por particulares²⁹². Otro derecho con el que se conecta el acceso a la salud es la integridad personal, en este sentido la Corte ha señalado la obligación de tomar medidas especiales de protección respecto de personas en situación de vulnerabilidad, estableciendo que en tratamientos de salud mental debe tenerse siempre en consideración el bienestar del paciente y el respeto a su dignidad humana, orientados en los principios de intimidad y autonomía de las personas, respecto de las personas privadas de libertad cabe señalar que se les debe proporcionar revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera²⁹³.

Respecto a la salud sexual y los derechos reproductivos, cabe decir que en esta materia la Corte Interamericana dijo que *“éstos se basan en el reconocimiento del derecho de todos los individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos, y a disponer de la información y medios necesarios para ello, así como el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. De esto deriva el derecho acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer decisiones reproductivas”*²⁹⁴. Respecto a esta área la Corte ha utilizado un enfoque de género, considerando que la mujer se encuentra en una situación de vulnerabilidad, estableciendo que el Estado no puede discriminar por razones de enfermedad y debe respetar el derecho a fundar una familia²⁹⁵. En lo que dice relación con el derecho a la salud y parejas con infertilidad, la Corte estableció que el derecho a la vida privada, a libertad y a la familia se relacionan directamente con: a) la autonomía reproductiva, b) acceso a los servicios de salud reproductiva y c) el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho²⁹⁶.

En cuanto a los migrantes y el derecho a la salud la Corte se ha pronunciado en torno al respeto del derecho a la salud en caso personas migrantes detenidas, indicando el deber de otorgamiento de servicios de salud accesibles, especialmente

²⁹⁰ PARRA (2013), pp. 775, 776 y 777. A su vez ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 144; caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay, sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 160; caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010.

²⁹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 162 y 163.

²⁹² Corte Interamericana, Caso Ximenes-Lopes Versus Brasil, de 4 de julio de 2006, párr. 99 y 141.

²⁹³ Parra (2013), pp. 784 y 785.

²⁹⁴ ROBLES (2016), p. 234.

²⁹⁵ ROBLES (2016), p. 233.

²⁹⁶ ROBLES (2016), p. 234.

menores y mujeres embarazadas²⁹⁷. Los migrantes como grupo vulnerable requieren de la adopción de medidas especiales de protección a su favor, como derecho de asistencia médica de los migrantes detenidos, aplicando la técnica de conexión de los derechos²⁹⁸.

Es pertinente señalar la relevancia de la norma de *ius cogens* que constituye el principio de igualdad y no discriminación, el cual acarrea obligaciones de carácter *erga omnes* de protección para todos los Estados, generando efecto para terceros, incluso particulares, por lo que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, es vinculante sin poder abstenerse de concretarla ante el estatus migratorio irregular, ya que existe un vínculo indisoluble entre el deber de respeto y garantía de derechos fundamentales y la igualdad y no discriminación en el pleno y libre ejercicio de éstos²⁹⁹.

De la jurisprudencia de la Corte Interamericana emanan los siguientes estándares en torno al derecho a la salud, en su contenido podemos distinguir tres aspectos: “a) el deber de los Estados de establecer un marco normativo adecuado, y que asegure un mínimo de garantías; b) la necesidad de dotar a los servicios de un estándar de disponibilidad y calidad, conformes con la tutela de la salud de los sujetos; y c) la obligación de efectuar una inspección, vigilancia y control en la prestación de servicios de salud, sean públicos como privados”³⁰⁰. En este sentido las prestaciones mínimas de salud deben contener: a) En lo que concierne a los servicios: debe tratarse de prestaciones de salud de calidad, cuya accesibilidad sea universal; b) los servicios de salud deben ser prestados por profesionales capacitados y cualificados; c) en relación a las instituciones de salud, éstas deben tener una infraestructura apta y condiciones higiénico-sanitarias adecuadas; d) existencia de mecanismos de fiscalización e inspección a los prestadores de salud, sean públicos o privados; e) establecimiento de procedimientos para investigar cualquier irregularidad o vulneración al derecho, resolver quejas, e imponer sanciones disciplinarias, como asimismo la existencia de procedimientos jurisdiccionales, como a su vez la tipificación penal de mala praxis médica³⁰¹.

La Corte ha utiliza diferentes interpretaciones del derecho a la salud desde la perspectiva internacional, entre ellas la Observación General N° 14 del Comité de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, cuando señala que el derecho a la salud “comprende un sistema de protección de la salud que brinde a todos iguales oportunidades para disfrutar del más alto nivel posible de salud; el derecho a la prevención y el tratamiento de las enfermedades y la lucha contra ellas; el acceso a medicamentos esenciales; la salud materna, infantil y reproductiva; el acceso igual y oportuno a los servicios básicos de salud; el acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud; la participación de la población en el

²⁹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, sentencia de 24 de octubre 2012, párr. 104, 107, 108 y 109.

²⁹⁸ ROBLES (2016), pp. 236 y 237.

²⁹⁹ VENTURA (2004), pp. 123 y 124.

³⁰⁰ GARAT (2015), p. 71.

³⁰¹ GARAT (2015), p. 72.

proceso de adopción de decisiones en cuestiones relacionadas con la salud a nivel comunitario y nacional³⁰².

Consideramos que aparece de manifiesto que para el establecimiento de estos estándares no solo utiliza normas jurídicas internacionales vinculantes, sino que, en el desarrollo interpretativo toma en consideración las interpretaciones realizadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, además de estimar las necesidades especiales de grupos en situación de vulnerabilidad. Esto refleja la importancia, en el desarrollo de estándares mínimos de los derechos, el corpus iuris interamericano y la importancia de una interpretación evolutiva y pro persona.

Como lo señalamos el Convenio Europeo de Derechos Humanos, contiene libertades civiles y políticas, por lo que la labor interpretativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos adquiere gran relevancia en materia de derechos sociales. El Tribunal Europeo ha desarrollado dos técnicas con respecto a la determinación de que ciertos derechos civiles y políticos tiene una prolongación de orden económico y social, la primera de ellas es el reconocimiento dentro del contenido de derechos básicos de una dimensión prestacional, generando obligaciones positivas para los poderes públicos, y la segunda, consiste en añadir un contenido de un derecho de tercera generación al contenido de algunos de los derechos reconocidos por el Convenio Europeo, a través de la técnica de los derechos por conexión³⁰³. En el caso del derecho a la salud, que no se encuentra dentro del Convenio, el Tribunal lo conecta con el derecho consagrado en el artículo 3 prohibición de la tortura y tratos inhumanos y degradantes, donde se asocia la protección de la salud con las condiciones de detención, problemas de la sobrepoblación carcelaria y en casos respecto de la detención de migrantes para proceder a su expulsión³⁰⁴.

En cuanto a los pronunciamientos respecto de migrantes en el ámbito europeo, es necesario partir diciendo que el Convenio Europeo no garantiza el derecho a acceder a tratamiento médico ni señala tampoco el derecho a un estándar particular en servicios de salud³⁰⁵. Pero el Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse en esta materia en relación al artículo 3 del Convenio, siendo invocadas necesidades de salud para revocar una expulsión. Hay que distinguir tres grandes puntos esta materia: a) la existencia y disponibilidad en el país de origen de tratamientos adecuados de salud, en este punto existen pronunciamientos donde la falta de tratamiento adecuado para el VIH/Sida conlleva una infracción al artículo 3 del Convenio, pero para entender la infracción a dicha norma esta ausencia de tratamiento debe ser grave, por lo que se insta a las tribunales nacionales a sopesar los riesgos de una expulsión de migrantes con respecto al efecto que

³⁰² ROBLES (2016), p. 206.

³⁰³ PÉREZ ALBERDI (2011), p. 94.

³⁰⁴ PÉREZ ALBERDI (2011), p. 101. Ver TEDH, caso Soering contra Reino Unido, sentencia de 7 de julio de 1989; caso Orchowski y Sikorski contra Polonia, sentencia de 22 de noviembre de 2009; caso Peers contra Grecia, sentencia de 19 de abril de 2001.

³⁰⁵ European Court of Human Rights (2015), Thematic Report "Health related issues in the case-law of the European Court of Human Rights, p. 20.

generará en su salud³⁰⁶. B) casos de denegación de permiso de residencia en razón de una condición médica, el Tribunal señala que la permanencia en un país no puede estar sujeta a requisitos de carácter discriminatorio, en este caso, no padecer una enfermedad como lo es el VIH, que debe tenerse presente la situación de vulnerabilidad en que se encuentra los extranjeros y las personas que padecen de esta enfermedad que podría derivar en una discapacidad, por lo que no cabe la discriminación³⁰⁷. C) Caso de detención de migrantes, solo procede la detención de las personas extranjeras en el presupuesto de que sea el medio necesario para asegurar la deportación o expulsión³⁰⁸.

Con respecto a la normativa vigente en Chile, hay que señalar que ciertos autores han señalado que la actual legislación tiene sus antecedentes en el Reglamento de Pasaporte de enero de 1937 y que es, esencialmente, la misma configuración que el Reglamento de Extranjería de 1959, por lo que constituye un cuerpo normativo que lleva vigente 80 años y que ha sido adoptado conforme a la Carta Fundamental vigente³⁰⁹. Esta perspectiva, ya que de la sola lectura de la ley de extranjería aparece de manifiesto el carácter restrictivo de la migración y, por otra parte, una norma que no reconoce al migrante como un sujeto de derecho, difícilmente podría considerarse constitucional el Decreto Ley N° 1094, ya que no respeta los derechos que emanan de la esencia humana. Además, es una norma que otorga gran discrecionalidad a la autoridad administrativa que puede llevar a la arbitrariedad y vulneración de derechos fundamentales³¹⁰. Esta norma conocida como ley de Extranjería y su respectivo reglamento no enuncian ni consagran derechos para los migrantes³¹¹.

En cuanto al ámbito de protección al acceso a la salud a los migrantes irregulares en Chile no cumple con el estándar mínimo, en atención a que, en primer lugar, solo pueden acceder al sistema público de salud, previo trámite de solicitud de número provisorio, lo que significa una barrera de acceso en cuanto a que mientras no se otorgue dicho número no podrá recibir asistencia médica. En segundo lugar, el ámbito de protección a la salud es restringido contemplando asistencia sanitaria en caso de urgencia, lo que conlleva que no se puede acceder al más alto nivel de salud posible, ya que en medicina preventiva, paliativa y mental no señala nada. En tercer lugar, podríamos señalar como otra barrera de acceso el hecho de que debido

³⁰⁶ European Court of Human Rights (2015), Thematic Report “Health related issues in the case-law of the European Court of Human Rights, pp. 20 y 21. View also European Court of Human Rights, D. v. the United Kingdom, n°30240/96, 2 May 1997; N. v. the United Kingdom, n° 26565/05, 27 May 2008; Aswat v. the United Kingdom, n°17299/12, 16 April 2013; Bensaid v. the United Kingdom, n° 44599/96, 6 February 2001; Babar Ahmad and other v. the United Kingdom, n° 24027/07, 10 April 2012.

³⁰⁷ European Court of Human Rights, Kiyutin v. Russia, n° 27001/010, 15 March 2011. Noyruk and others v. Russia, 16 March 2016.

³⁰⁸ European Court of Human Rights (2015), Thematic Report “Health related issues in the case-law of the European Court of Human Rights, p. 22.

³⁰⁹ DELLACASA – HURTADO (2015), pp.40 y 41.

³¹⁰ Tribunal Constitucional, Rol N° 2273-2012- INA, de 4 de julio de 2013. Ver también GALDÁMEZ (2013), pp. 774 y 775. A su vez DOMÍNGUEZ (2016), pp. 194 y 195. En el mismo sentido LARA (2014), p. 103.

³¹¹ DÍAZ (2015), p. 54.

a la situación irregular en que se encuentran los migrantes, esto podría constituir un desincentivo a acudir a servicios de salud, por el miedo a ser expulsados. En cuarto lugar, no existen canales de difusión de información suficientes que den a conocer a la población migrante de materias relevantes para su salud. En quinto lugar consideramos que el Estado no cumple con su deber reforzado de protección de este grupo en situación de vulnerabilidad al no tomar medidas positivas que protejan de manera integral el acceso a la salud y por ende el derecho a una vida digna³¹².

La Corte Interamericana en el año 2006 señaló que “la salud es un interés público cuya protección constituye una obligación de los Estados, quienes deben regular y supervisar todas las actividades relacionadas con el cuidado de la salud, como un compromiso especial en la protección efectiva de la vida y la integridad física de las personas”³¹³. En cuanto al respeto del principio de no discriminación y de igualdad ha dicho en que *“advierde que la atención médica en casos de emergencia debe ser brindada en todo momento para los migrantes en situación irregular, por lo que los Estados deben proporcionar una atención sanitaria integral tomando en cuenta las necesidades de grupos vulnerables. En este sentido, el Estado debe garantizar que los bienes y servicios de salud sean accesibles a todos, en especial a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación por las condiciones prohibidas en el artículo 1.1 de la Convención”*³¹⁴.

A modo conclusivo se puede indicar que en materia de acceso a la salud existe un claro contenido mínimo, de este derecho, en el ámbito internacional de los derechos humanos que contempla ciertos deberes para los Estados en términos de garantizar y proteger el más alto nivel de salud física y mental a todas las personas, no pudiendo establecer políticas públicas que signifiquen la discriminación entre nacionales y no nacionales, y respecto de éstos últimos excluir a los migrantes en situación irregular. Por lo que excluir a los migrantes irregulares de una adecuada protección a la salud conlleva una vulneración a sus derechos humanos contraviniendo los principios de igualdad y no discriminación y universalidad e interdependencia de los derechos³¹⁵.

³¹² VAN DER LAAT (2017), p. 37. Este autor señala algunos de estos puntos como recomendaciones al Estado chileno.

³¹³ GONZÁLEZ (2011), p. 138. Ver a su vez Corte Interamericana, Caso Ximenes-Lopes Versus Brasil, de 4 de julio de 2006. En el mismo sentido VENTURA (2004), p. 89.

³¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Nadege Dorzema y otros versus República Dominicana, 24 de octubre de 2012, C. 108. Véase Manual Europeo sobre asilo, fronteras e inmigración (2014), pp. 217, 218, 219 y 220. En el mismo sentido Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso wasilewski contra Polonia, de 20 de abril de 1999; caso Bensaid contra Reino Unido, de 16 de febrero de 2000; caso Powell contra Reino Unido, de 4 de mayo de 2000. A su vez ver Consejo Europeo de Derechos Sociales, Federación Internacional de Derechos Humanos contra Francia, de 8 de septiembre de 2004.

³¹⁵ CERIANI, LEVOY y KEITH (2015), pp. 24, 25 y 26.

CONCLUSIÓN

Se ha establecido que existe un estándar mínimo en materia de acceso a la salud, cuyo contenido es perfectamente exigible por los migrantes en situación migratoria irregular, dado el carácter universal de dicho derecho y en razón del principio de igualdad y no discriminación. Lo anterior implica que la población migrante no regulada no puede ser discriminada en el acceso a la salud, sostener lo contrario sería reconocer la supeditación del ejercicio de derechos fundamentales a una situación administrativa desconociendo el carácter de fundamental de la salud.

Como fue descrito en este trabajo las regulaciones de acceso a salud para migrantes irregulares es variada y comprende diversos grados de protección, que van desde negación total de acceso a un acceso limitado a casos de emergencia y ciertos cuidados de salud preventiva³¹⁶. En este sentido ¿cumple el Estado Chileno con dicho estándar mínimo?

El marco regulatorio existente en nuestro país en cuanto al acceso a la salud de migrantes irregulares, ha tenido un avance lento e insuficiente. Lento en el sentido de que ha sido difícil lograr consenso político e intención para regular y establecer políticas migratorias con un enfoque de derechos humanos, y que el Estado chileno comience a cumplir sus obligaciones internacionales en esta materia. No cabe duda de la situación de vulnerabilidad a que se ven expuestos los migrantes, por el solo hecho de serlo, sino que, además, se ven afectados por factores diversos como la discriminación, que aumentan su vulnerabilidad ante la violación de un derecho básico, como lo es la salud.

En cuanto a la insuficiencia del marco regulatorio, podemos señalar que, si bien los principios que informan la política migratoria chilena constituyen un avance, no bastan. Lo anterior lo fundamos en dos sentidos, el primero de ellos es que estos avances están contenidos en normas (instructivos y circulares) que gozan de poca fuerza normativa, que podrían ser dejadas sin efecto o modificadas por el gobierno de turno, lo cual sería un retroceso enorme en materia de derechos de los migrantes y por otra no gozan de garantías que aseguren su mantención en el tiempo³¹⁷. Aunque esto podría cambiar debido al ingreso del proyecto de nueva ley de migraciones que consagra dentro de su artículo 13 la protección a la salud, en cuanto otorga fuerza normativa a la protección de este derecho, pero no avanza en materia de ámbito de protección.

Además, hemos establecido que existe un deber reforzado por parte del Estado de garantizar y proteger los derechos de los migrantes en virtud del principio de igualdad y no discriminación, lo que conlleva el deber de crear las condiciones necesarias, a través de medidas positivas, que eliminen las barreras al acceso, que se garantice un acceso a servicios de salud que tenga presente las vulnerabilidades de los migrantes, en el sentido de que sean inclusivos, interculturales e integrales. Además, es necesaria la participación de la sociedad en la determinación de políticas de salud y creación de un ambiente libre de discriminación que permita

³¹⁶ HACKER (2015), p. 176.

³¹⁷ DÍAZ (2015), p. 57.

apreciar los beneficios de la migración, derribando estigmas y prejuicios asociados con la población migrante.

Existen todavía varios obstáculos para los migrantes irregulares en materia de acceso a la salud, las deficiencias del marco regulatorio existen solo pueden ser salvadas con una política migratoria coherente con el mundo globalizado e interdependiente y con enfoque proteccionista de la persona humana. Si bien la consagración de la protección a la salud en el proyecto de la nueva ley de migraciones es un avance en la creación de normativa protectora de derechos, el ámbito de protección de dicha norma no establece ningún avance en materia de salud, sino que viene a consagrar las políticas existentes, manteniéndose por lo tanto el *estatus quo*.

Hubiera sido interesante que este proyecto reflejara el compromiso del Estado chileno con el respeto a la dignidad humana, fortaleciendo la protección de los derechos sociales, garantizando el acceso a la salud a todas las personas dentro de su territorio en igualdad de condiciones, eliminando las barreras estructurales de acceso.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARTÍCULOS

- Alarcón Cabrera, Carlos (1987): “Reflexiones sobre la igualdad material”, en *Anuario de Filosofía del Derecho* (Nº4), pp. 31-42.
- Allard Soto, Raúl; Hennig Leal, Mônia Clarissa; Galdámez Zelada, Liliana (2016): “El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario”, en *Estudios Constitucionales* (año 14, N°1), pp. 95-138.
- Alcántara Moreno, Gustavo (2008): “La definición de salud de la Organización Mundial de la Salud y la interdisciplinariedad”, en *Sapiens. Revista Universitaria de Investigación*, (Año 9, N°1), pp. 93-107.
- Bandeira Galindo, George Rodrigo (2014): “Entre mantenimiento y cambio: un análisis de los primeros años de la Convención de las Naciones Unidas sobre Personas con Discapacidad”, en *Manual de Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables*, pp. 93- 111, [fecha de consulta: 20 de abril 2017]. [Disponible en: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHGV_Manual.pdf]
- Barbosa Ramos, Edith María; Barbosa Ramos, Paulo (2015): “Direito á saúde, teorias negadoras, loteria e mínimo decente”, en *III Encontro de Internacionalização do CONPEDI*, Madrid, pp. 201-225.
- Bassa Mercado, Jaime y Torres Villarrubia, Fernanda (2015): “Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios”, en *Estudios Constitucionales*, (año 13, N°2), pp. 103-124.
- Beloff, Mary; Clérico Laura (2016): “Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en *Estudios Constitucionales* (Vol. 14, N°1), pp. 139-178.
- Bertelsen, Raúl (1989): “Report on the right to health in Chile”, in *The Right to health in the Americas. A comparative study* (Fuenzalida-Puelma,H. and Scholle, S., eds., Pan American Health Organization, Scientific publication (N°509), p. 166-186.
- Boungermini Palumbo, María Mercedes (2008): “El Estado de derecho y la migración como derecho fundamental: Correlaciones con el derecho a la identidad cultural de las sociedades, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional Asunción*, pp. 243- 265.
- Bregaglio Lazarte, Renata (2014): “La incorporación de la discapacidad en el sistema interamericano. Principales regulaciones y estándares post-Convención”, en *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables*, pp. 113- 133, [fecha de consulta: 20 de abril 2017]. [Disponible en: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHGV_Manual.pdf]
- Burger, Julian (2014): “La protección de los pueblos indígenas en el sistema internacional”, en *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables*, pp. 213- 239, [fecha de consulta: 20 de abril 2017]. [Disponible en: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHGV_Manual.pdf]

- Bustamante J. (2002): "Immigrants vulnerability as subjects of Human Rights", in *International Migration Review* (vol. 36, No. 2), p. 333-354.
- Castillo, Fernando (2011): "Conferencia derecho a la salud", en *XV Jornadas de Derecho Constitucional Centros de Estudios y Formación Constitucional de Centro América y Caribe*, [fecha de consulta: 28 de junio 2017]. [Disponible en: <https://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/images/cefcca/Documentos/Derechoalasalud/CONFERENCIADERECHOALASALUD.pdf>]
- Castles, Stephen (2010): "Migración irregular: Causas, tipos y dimensiones regionales", en *Migración y Desarrollo* (vol.7, N°15), pp. 49-80.
- Carmona Cuenca, Encarnación (1994): "El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* (N°84), pp. 265- 285.
- Clérico, Laura; Aldao, Martín (2011): "Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento", en *Lecciones y Ensayos* (N°89), pp. 141-179.
- Clérico, Laura; Novelli, Celeste (2014): "La violencia contra las mujeres en las producciones de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Estudios Constitucionales* (Año 12, N°1), pp. 15-70.
- Cenedesi Bom Costa Rodrigues, Renata (2005): "El nuevo concepto del derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos", en *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano* (N°9), pp. 74-112.
- Criado, María Jesús (2008): "Derechos ciudadanos y migración en perspectiva comparada", en *Migraciones Internacionales* (Vol.4, N°4), pp. 173-208.
- David, Eric (1985): "Le droit à la santé comme droit de la personne humaine", *Revue Québécoise de droit international*, pp. 63-115.
- Deusdad- Ayala, Blanca; Moya, Eva; Chávez-Baray, Silvia (2012): "Violencia de género y mujeres migrantes en la frontera: el caso de el paso, Texas", en *Portularia* (Vol. XII, N° extra), pp. 13-21.
- Di Castro, Elisabetta (2012): "Migración internacional y derechos fundamentales", en *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura* (Vol.188, N°755), pp. 503-511.
- Díaz, Luz Marina (2010): "Migrantes transnacionales, políticas migratorias y el papel de la sociedad civil organizada", en *Sociedad y Economía* (N°19), pp. 33-48.
- Díaz Tolosa, Regina (2015): "La política migratoria chilena en contraste con las recomendaciones de las relatorías especiales de las Naciones Unidas", en *Revista de Estudios Políticos y Estratégicos* (Vol.3, N°1), pp. 42-62.

- Díaz Tolosa, Regina Ingrid (2016): “Ingreso y Permanencia de las personas migrantes en Chile: Compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales”, en *Estudios Constitucionales* (Año 14, N°1), pp. 179-220.
- Domínguez Valverde, Cecilia Andrea (2016): “Derecho migratorio a la luz del derecho migratorio internacional: ¿ceden los derechos humanos mínimos de los extranjeros ante las prerrogativas soberanas de control migratorio?”, en *Revista Chilena de Derecho* (vol.43, N°1), pp. 189-217.
- Elia, Luciana (2012): “Población migrante y acceso a la salud. Reflexiones a partir de la intervención del Trabajo Social en una sala de Clínica Médica”, en *Margen* (N°67), pp. 1-35.
- Estupiñan-Silva, Rosmerlin (2014): “La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología”, [fecha de consulta: 11 de enero de 2017]. [Disponible en: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhpp_pdf/DHPP_Manual_v3.193-232.pdf]
- Estupiñan-Silva, Rosmerlin, Ibáñez Rivas, Juana (2014): “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de Pueblos Indígenas y Tribales”, en *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables*, pp. 301- 336, [fecha de consulta: 20 de abril 2017]. [Disponible en: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHGV_Manual.pdf]
- Ferrer Mac-gregor, Eduardo- Pelayo Möller, Carlos María (2012): “La obligación de respetar y garantizar los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana Análisis del artículo 1° del Pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano”, en *Estudios Constitucionales* (año 10, N°2), pp. 141- 192.
- Figueroa García- Huidobro, Rodolfo (2013): “El derecho a la salud”, en *Estudios Constitucionales* (año 11, N°2), pp. 283-332.
- Flores Salgado, Lucerito (2010): “Las personas discapacitadas como grupo vulnerable a la luz de la Constitución mexicana”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.* (Vol.4, N°26), pp. 113-125.
- Flores- Sandí, Grettchen (2012): “Gestión de la accesibilidad y derecho a la salud”, en *Acta Médica Costarricense* (vol. 54, N°3), pp. 181-188.
- Jaimes Fonseca, Adriana; Izquierdo Muciño, Martha Elba (2014): “Los niños y niñas un grupo vulnerable en México”, en *Revista sobre la infancia y la adolescencia* (N°6), pp. 1-21.
- Galdámez Zelada, Liliana (2013): “Comentario jurisprudencial sobre la sentencia del tribunal constitucional Rol N° 2273-12-INA sobre inaplicabilidad de normas del D.L N° 1094 que establece normas sobre los extranjeros en Chile y las matizaciones de la Rol N° 2257-12-INA”, en *Estudios Constitucionales* (año 11, N°2), pp. 769-782.

- Garat, María Paula (2015): “El tratamiento del derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista de Derechos Segunda Época* (año 10, N°11), pp. 59-79.
- Gómez Fernández, Itziar (2014): “Las migraciones como objeto de interés de las políticas públicas: un enfoque de derechos humanos”, [fecha de consulta:8 de febrero de 2017]. [Disponible en: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhpp_pdf/DHPP_Manual_v3.235-274.pdf]
- Gómez Lugo, Yadira (2014): “Sistema internacional de protección de los derechos humanos de las mujeres”, en *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables*, pp. 151-177. [Disponible en https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHGV_Manual.pdf]
- González-Salzberg, Damián A (2011): “Economic and Social rights within the Inter-American Human Rights system: thinking new strategies for obtaining judicial protection, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (18 international law), p. 117-154.
- Glen, Patrick J. (2013): “Health care and the illegal immigrant”. In *Health Matrix*, (vol.23, N°1), p. 197-236.
- Hacker, Karen; Anies, Maria; Folb, Barbara L.; Zallman, Leah (2015): “Barriers to health care for undocumented immigrants: a literature review, in *Risk Management and Healthcare Policy* (8), pp.175-183.
- Habermas, Jürgen (2010): “La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (N°44) pp.105-121.
- Lara Escalona, María Daniela (2014): “Evolución de la legislación migratoria en Chile Claves para una lectura (1824-2013)”, en *Revista de Historia del Derecho* (N°47), pp. 59-104.
- Lavados Montes, Claudio y Gajardo Ugás, Alejandra (2008): “El principio de justicia y la salud en Chile”, en *Acta Bioethica* (Vol. 14, N°2), pp. 206-211.
- Liberona Concha, Nanette (2015): “Poder, contrapoder y relaciones de complicidad entre inmigrantes sudamericanos y funcionarios del sistema público de salud chileno”, en *Si somos Americanos Revista Transfronteriza* (vol. 15, N°2), pp. 15-40.
- Monteiro de Brito Filho, José Claudio (2014): “Asegurando el goce de los derechos en condiciones de igualdad: derechos humanos de las personas con discapacidad-contexto general”, en *Manual de Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables*, pp. 75-91, [fecha de consulta: 20 de abril 2017]. [Disponible en: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHGV_Manual.pdf]
- Monteiro de Brito Filho, José Claudio; Rocha Ferreira, Vanessa (2015):” Direito fundamental à saúde e tutela individual: lendo ese direito constitucional à luz do liberalismo igualitário, en *III encontro de internacionalização do CONPEDI* (vol.2), pp. 274-290, [fecha de consulta: 20 de abril de 2017]. [Disponible en <https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2016/03/Vol.-2-Madrid.pdf>]

- Maqueda, María Luisa (2008): “Mujeres inmigrantes ¿mujeres vulnerables”, en *Papeles* (N°104), pp. 79-92.
- Mora, Luis (2002): “Las fronteras de la vulnerabilidad: género, migración y derechos sexuales y reproductivos, [fecha de consulta: 20 de abril 2017]. [Disponible en <http://www.cepal.org/celade/noticias/paginas/2/11302/LMora.pdf>]
- Nash, Claudio (2005): “Reseña de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, pp. 139-155, [fecha de consulta: 30 de junio 2017]. [Disponible en: <http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13382/13651>]
- Nogueira Alcalá, Humberto (2009): “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, en *Estudios Constitucionales* (Año 7, N°2), pp. 143-205.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2010): “La protección de los derechos sociales como derechos fundamentales de eficacia inmediata y justiciables en jurisdicción constitucional: la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1710-2010-INC., del 6 de agosto de 2010, sobre la constitucionalidad del artículo 38 ter de la ley de Isapres”, en *Estudios Constitucionales* (año 8, N°2), pp. 763-798.
- Orbegozo Oronoz, Izaskun (2009): “La mujer inmigrante desde la victimología”, en *Eguzkilore* (N° 23), pp. 45-57.
- Ortega Velázquez, Elisa (2015):” Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica europea y americana: entre el control y la protección”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (Año 48, N°142), pp. 185-221.
- Oyarzun, Javier (2008): “Causas y efectos económicos de la inmigración. Un análisis teórico-empírico”, en *Papeles del Este* (vol. 17), pp. 4-20.
- Pardo Montaña, Ana Melisa (2015): “Migración Internacional y desarrollo. Aportes desde el transnacionalismo”, en *Revista de Estudios Sociales* (N°54), pp. 39-51.
- Pécout, Antoine; Guchteneire, Paul de (2005): “Migración sin fronteras: Una investigación sobre la libre circulación de las personas”, en *Migraciones Internacionales* (Vol. 3, N°2), pp. 137-166.
- Pelletier Quiñones, Paola (2014): “La discriminación estructural en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista IIDH* (vol. 60), pp. 205-215.
- Pérez Alberdi, María Reyes (2011): “La jurisprudencia social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Lex Social Revista de los Derechos Sociales* (N°1), pp. 93-105.
- Reyes Valenzuela, Carlos (2014): “Migrantes en permanencia irregular: hacia una constitucionalidad en derechos humanos”, en *Bajo Palabra Revista de Filosofía*, (época II, N°9), pp. 63-71.

- Robles Garza, Magda Yadira (2016): "El derecho a la salud en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Cuestiones Constitucionales* (N°35), pp. 199-246.
- Ronconi, Liliana (2012): "The right to health: a model for determining the contents of the minimum core and the periphery", en *Salud Colectiva, Buenos Aires* 8 (2). Pp. 131-149.
- Rosas Carrasco, Fernando (2013): "El derecho a la salud: su concepto en Chile y lo proclamado por la ONU", en *Medwave* (N°4), [fecha de consulta: 11 de enero de 2017]. [Disponible en: <http://www.medwave.cl/link.cgi/Medwave/Perspectivas/Opinion/5664>]
- Salazar Pizarro, Sebastián (2013): "Fundamentación y estructura de los derechos sociales", en *Revista de Derecho* (vol. 26, N°1), pp. 69-93.
- Salgado, Consuelo (2015): "Derechos Sociales, protección de la salud e interpretación constitucional", en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (año 22, N°1), pp. 401-432.
- Serrano, Sandra (2013) "Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos", *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fundación Konrad Adenauer, pp. 90-132.
- Sobrino Guijarro, Irene (2013): "Inmigrantes irregulares y el derecho de protección de la salud: análisis de la reforma sanitaria en España", en *Revista Jurídica de los Derechos Sociales Lex Social* (vol. 3, N°2), pp. 127-158.
- Solari, Enzo; Viera, Christian (2015): "Justiciabilidad de los derechos sociales (a propósito de una argumentación de Fernando Atria)", en *Estudios Constitucionales* (Año 13, N°2), pp. 13-56.
- Souza d'Ávila, Luciana; Rafisa Saliba, Graciane (2016): "A efetivação do direito à saúde e sua interface com a justiça social", en *Revista de Direito Sanitário Sao Paulo* (Vol. 17, N°3), pp. 15-38.
- Suárez Villegas, Juan Carlos (2012): "La triple vulnerabilidad de la mujer inmigrante", en *Más igualdad, redes para la igualdad: Congreso Internacional de la Asociación Universitaria de Estudios de las Mujeres* (AUDEM), pp. 627-633.
- Suárez Villegas, Juan Carlos (2013): "La mujer inmigrante en la cultura patriarcal y su reflejo en los medios de comunicación", en *Sphera Publica* (vol. 1, N°13), pp. 77-94.
- Squella, Agustín (2005): "El derecho a la salud como uno de los derechos fundamentales de las personas", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (N°23), pp. 103-133.

- Terminiello, Juan Pablo (2012): “Migración y derechos humanos. Reflexiones acerca de la protección de los derechos humanos frente a los retos contemporáneos de la migración internacional”, en *Agenda Internacional* (año 19, N°30), pp.45-60.
- Urriola Urbina, Rafael (2016): “La salud como derecho: alcances conceptuales y operativos”, en *Colección de Ideas*, [fecha de consulta: 3 de agosto 2017]. [Disponible en: <http://www.chile21.cl/wp-content/uploads/2014/05/CI-septiembre.pdf>]
- Ventura Robles, Manuel (2004): “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista IIDH* (vol. 40), pp. 87-131.
- Willers, Susanne (2016): “Migración y violencia: las experiencias de las mujeres migrantes centroamericanas en tránsito por México”, en *Sociológica* (año 31, N° 89), pp. 163-195.
- Zúñiga Fajuri, Alejandra (2011): “El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la Constitución: una relación necesaria”, en *Estudios Constitucionales* (año 9, N°1), pp. 37-64.
- Zúñiga, Yadira (2014): “La construcción de la igualdad de género en el ámbito regional americano”, en *Manual de Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables*, pp. 179- 210, [fecha de consulta: 20 de abril de 2017]. [Disponible en: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHGV_Manual.pdf]

LIBROS Y CAPÍTULOS DE LIBROS

- Añón, Lema Carlos (2009): *Salud, justicia, derechos: el derecho a la salud como derecho social*, (Madrid: Dykinson).
- Briceño- León, R. (2000): Bienestar, salud pública y cambio social, En *Briceño-León, R., De souza, M. y Coimbra (Coords.), Salud y equidad: una mirada desde las ciencias sociales* (Rio de Janeiro: Editora Fio-Cruz), pp. 15-24.
- Boza Martínez, Diego (2014): Derecho de extranjería y jurisprudencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2012-2013), en *Inmigración y Emigración: Mitos y realidades*, pp. 275-297
- Bueno Sánchez, Eramis (2004): Definiciones y conceptos sobre la migración, en, en *Apuntes sobre la migración internacional y su estudio* (Universidad Autónoma de Zacatecas, México), pp. 6-36.
- Ceriani Cernadas, Pablo; LeVoy, Michele; Keith, Lilana (2015): Human Rights Indicators for migrants and their families, Knomad working paper 5, [consulted on: April 13 of 2017]. [Available on: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/Indicators/WP5_en.pdf]

- Courtis, Christian (2014): Artículo 26. Desarrollo progresivo, en *Convención Americana de Derechos Humanos comentario*, Steiner, Christian y Uribe, Patricia (editores), (Fundación Konrad Adenauer), pp. 654-676. [Disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_22201-1442-4-30.pdf?170330175406]
- Dallari, Sueli Gandolfi; Nunes Júnior, Vidal Serrano (2010): *Direito Sanitário*, (São Paulo, editora Verbatim).
- Díaz- Guerrero, Rogelio (2004): Marco teórico sobre la migración y el desarrollo: enfoques seleccionados, en *Apuntes sobre la migración internacional y su estudio*, (Universidad Autónoma de Zacatecas, México), pp. 41- 90.
- Goffman, Erving (1988): *Estigma la identidad deteriorada*, (Amarro editores, Madrid).
- Leyva Flores René; Quintino, Frida; Mora, Luis (2011): Fronteras y salud en América Latina: Migración, VIH-Sida, violencia sexual y salud sexual y reproductiva, (México), pp. 25-34.
- Navaro, Vicente (1998): Concepto actual de la salud pública, en *Martínez, F., Castellanos, P., Navarro, V. Salud Pública* (Ciudad de México: Mc Graw-Hill)
- Pérez González, Carmen (2012): Migraciones internacionales y derecho internacional (Editorial Tirant lo Blanch).
- Pérez Portilla, Karla (2006): Discriminación estructural, cultural, institucional y personal. Un análisis de la producción y reproducción de la discriminación, en *Diego Valadés y Miguel Carbonell (coords.), El Estado Constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados* (México: IJ- UNAM), Tomo I, pp. 687-723.
- Vivanco, Ángela (2007): *Curso de Derecho Constitucional. Bases conceptuales y doctrinarias del Derecho constitucional*, Tomo I, (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- Dellacasa Aldunate, Francisco, Hurtado Fernández José María (2015): *Derecho migratorio chileno* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- Martínez Estay, José Ignacio; Núñez Poblete, Manuel; Bronfman Vargas, Alan (2012): *Constitución Política comentada: Parte dogmática* (Santiago de Chile, Legal Publishing).
- Nancuante, Ulises; Romero, Andrés; Sotomayor, Roberto (2012): *Régimen jurídico de la salud* (Santiago, Legal Publishing Chile).
- Parra Vera, Óscar (2003): *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, (Bogotá). [Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/27803.pdf>]
- Parra Vera, Óscar (2013): La protección del derecho a la salud a través de los casos contenciosos ante el sistema interamericano de derechos humanos, en *Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín. Tratado derecho a la salud*, Tomo

I, (Buenos Aires, Abeledo Perrot), pp. 761- 800. [Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32459.pdf>]

- Serret, Estela (2008): Discriminación de género. Las inconsecuencias de la democracia, Cuaderno N°6 de la colección Cuadernos de la Igualdad (Ciudad de México). [Disponible en http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/CI006.pdf]

- Van der Laat, Carlos (2017): La migración como determinante social de la salud, en *La migración internacional como determinante social de la salud en Chile: evidencia y propuestas para políticas públicas*, pp. 29-38. [Disponible en http://www.udd.cl/dircom/pdfs/Libro_La_migración_internacional.pdf]

DOCUMENTOS

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (2016): ¿Refugiado o migrante? ¿Cuál es el término correcto?, [fecha de consulta: 12 de abril 2017]. [Disponible en: <http://www.acnur.org/noticias/noticia/refugiado-o-migrante-cual-es-el-termino-correcto/>]

- Asamblea General Naciones Unidas (2005), Resolución 60/169, de 16 diciembre 2005.

- Biblioteca del Congreso Nacional (2012): “Salud e Inmigración. Derecho comparado”, de 18 de octubre de 2012.

- Capítulo laboral en Tratado de Libre Comercio entre Chile y Uruguay firmado suscrito el 4 de octubre de 2016.

-Chile: el derecho a la salud, Coordinación Alames-Chile, [fecha de consulta:11 de enero de 2017]. [Disponible en: <http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd53/dersal/cap3.pdf>]

- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2009): “Afrodescendientes en América Latina y el Caribe: del reconocimiento estadístico a la realización de derechos”, Serie Población y Desarrollo N° 87, [fecha de consulta: 31 de julio 2017]. [Disponible en: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7227/1/S0900315_es.pdf]

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011): “La situación de las personas afrodescendientes en las Américas”, OEA/Ser.L/V/II.Doc 62.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011): “Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación”, OEA/ Ser. L/V/II.143. Doc. 60/11.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013): “Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/13.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015): “Refugiados y migrantes en Estados Unidos: Familia y niños no acompañados”, OAS/Ser.L/V/II. 155.Doc.16.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015): “Movilidad Humana”, OEA/Ser. L/V/II. Doc. 46/15.
- Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Durban (2001), [fecha consulta: 20 de abril de 2017]. [Disponible en http://www.un.org/es/events/pastevents/cmcr/durban_sp.pdf]
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013): Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana N°2: migrantes.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015): Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana N°4: género.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015): Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana N° 11: Pueblos Indígenas y Tribales.
- Diario La Tercera, [fecha de consulta:18 de abril de 2017]. [Disponible en: <http://www.latercera.com/noticia/pinera-muchas-las-bandas-delincuentes-chile-extranjeros>]
- Diario La Tercera, [fecha de consulta:18 de abril de 2017]. [Disponible en: <http://www.latercera.com/noticia/bachelet-nueva-politica-migratoria-tenemos-tomar-la-oportunidad-transformar-los-flujos-migratorios/>]
- Departamento de Extranjería y Migración: Migración en Chile 2005-2014, [fecha de consulta: 25 de julio de 2016]. [Disponible en <http://www.extranjeria.gob.cl/estadisticas-migratorias/>]
- Derechos Humanos de las poblaciones Afrodescendientes: Módulo de Capacitación (2012), [fecha de consulta 20 de abril de 2017]. [Disponible en <http://www.oacnudh.org/wp-content/uploads/2013/02/Módulo-de-capacitación-portada.pdf>]
- Derechos humanos y personas mayores (2011), [fecha de consulta 20 de abril 2017]. [Disponible en <http://.corteidh.or.cr/tablas/r29529.pdf>]
- El Mercurio, [fecha de consulta: 18 d abril de 2017]. [Disponible en: <http://www.emol.com/noticias/Nacional/2016/11/28/833191/Gobierno-ante-idea-de-restringir-inmigracion-Chile-es-un-pais-que-acoge-a-los-migrantes.html>]
- El mostrador, [fecha de consulta: 18 de abril de 2017]. [Disponible en: <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2016/11/29/ossandon-felicita-a-pinera-por-sumarse-a-propuesta-de-control-migratorio/>]
- Eurostat, Estadísticas de migración y población migrante, [fecha de consulta: 13 de febrero de 2017]. [Disponible en: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics/es]
- European Court of Human Rights (2015): Thematic Report Health-related issues in the case-law of the European Court of Human Rights.

-General Assembly Adopts Declaration for Refugees and Migrants, as United Nations, International Organization for Migration Sign Key Agreement, 23 September 2016.

- Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2014): “Acceso a la justicia de grupos en situación de vulnerabilidad: Manual general de litigio en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, [fecha de consulta 13 de abril de 2017]. [Disponible en: https://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/10_2014/6b47aa32-c417-400a-96ec-53aaa2411cfa.pdf]

- International Council of Human Rights Policy (2010): “Irregular Migration, migrant smuggling and human rights: towards coherence”, [fecha de consulta: 12 de abril de 2017]. [Disponible en: http://www.ichrp.org/files/reports/56/122_report_en.pdf]

-International Organization for Migration (OIM) (2013): “International migration, Health and Human rights”, [consulted 7 January 2017]. [available on: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/WHO_IOM_UNOHCHRPublication.pdf]

- Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2009): Acceso a la justicia y derechos humanos de los grupos vulnerables y excluidos en Guatemala, [fecha de consulta: 12 de abril de 2017]. [Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/26730.pdf>]

- Instructivo presidencial que imparte instrucciones sobre la “Política Nacional Migratoria”, N°09 de 2 de septiembre de 2008, [fecha de consulta: 31 de julio 2017]. [Disponible en: <http://transparenciaactiva.presidencia.cl/Otros%20Antecedentes/16.%20Inst.%20N%209.pdf>]

- Medio de comunicación Cooperativa, [fecha de consulta: 18 de abril de 2017]. [Disponible en: <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/poblacion/inmigrantes/alejandro-guillier-chile-necesita-una-politica-migratoria-mas/2016-12-12/225518.html>]

- Medio de comunicación Bio Bio Chile, [fecha de consulta: 18 de abril de 2017]. Disponible en: <http://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2016/11/28/la-propuesta-de-los-diputados-de-chile-vamos-para-enfrentar-la-migracion-en-el-pais.shtml>]

- Ministère des Affaires sociales et de la santé, Soins urgents aux étrangers en situation irrégulière. 4 mars 2016, [accédé 7 janvier 2017]. [Disponible sur le site web: http://social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/soins_urgents_aux_etrangers_en_situation_irreguliere.pdf]

- Naciones Unidas, Departamento de asuntos económicos y sociales; Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), La migración mundial en cifras, octubre de 2013, [fecha de consulta: 13 de febrero de 2017]. [Disponible en: <https://www.oecd.org/els/mig/SPANISH.pdf>]

- Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos de que disponga” de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto, E/C.12/2007/1, [fecha de consulta: 4 agosto 2017]. [Disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.2007.1_sp.pdf]
- Naciones Unidas (1998): Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N°9 “La aplicación interna del Pacto”, 3 de diciembre de 1998, E/C.12/1998/24.
- Naciones Unidas (2008): Declaración de Santiago adoptada en el Seminario: Taller “Censos 2010 y la inclusión del enfoque étnico”.
- Naciones Unidas (2015): Decenio internacional para los afrodescendientes (2015-2014), [fecha de consulta: 30 de junio 2017]. [Disponible en: http://www.un.org/es/events/african-descent-decade/pdf/15-17877S_African%20Descent%20Booklet_WEB.pdf]
- Nations Unies (2013), Le Comité pour la protection de droits de tous les travailleurs migrants et de membres de leur famille, observation générale N°2: Sur les droits des travailleurs migrants en situation irrégulière et des membres de leur famille. 28 août de 2013. http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/docs/GC/CMW-C-GC-2_fr.pdf
- Organización de las Naciones Unidas (2009), Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General N° 32, de 29 de septiembre de 2009 CERD/C/GC/32.
- Organización Internacional del Trabajo (2017): Declaración Tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, [fecha de consulta 20 de abril de 2017]. [Disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/--emp_ent/documents/publication/wcms_124924.pdf]
- Organización Mundial de la Salud, Nota descriptiva N° 323 de diciembre de 2015, [fecha de consulta:11 de enero de 2017]. [Disponible en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/>]
- Organización Internacional para las Migraciones (2004). “Fundamentos de gestión de la migración. Sección 1.3 Migración e Historia”. [fecha consulta: 23 de julio de 2016]. [Disponible en: http://www.crmsv.org/documentos/iom_emm_es/v1/v1s03_cm.pdf]
- Organización Internacional para las Migraciones (OIM) (2006): Derecho Internacional sobre Migración N°7, Glosario sobre Migración
- Organización Internacional para las Migraciones (OIM) (2010): Séptima conferencia sudamericana de migraciones “estándares internacionales en materia de derechos humanos y políticas migratorias”, [fecha de consulta 12 de abril de 2017]. [Disponible en: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/nuevo_sitio/2010/conferencia/3.%20Background%20Information%20on%20Mixed%20Migration/Migration%20Manage

[ment%20and%20the%20Enhancement%20of%20Protection%20for%20Refugees%20%20and%20Other%20Vulnerable%20Groups/CSM-LO~1.PDF \]](#)

- Organización Internacional para las Migraciones (OIM) (2015): Informe sobre las migraciones en el mundo 2015 los migrantes y las ciudades: nuevas colaboraciones para gestionar la movilidad, [fecha de consulta: 13 de febrero de 2017]. [Disponible en: http://publications.iom.int/system/files/wmr2015_sp.pdf]

- Organización de Estados Americanos, Departamento de Derecho Internacional, [fecha de consulta: 12 de abril 2017]. [Disponible en: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/afrodescendientes.asp>]

- Proyecto de nueva ley de migraciones (2017): Boletín N° 11395-06, [fecha de consulta: 24 de agosto 2017]. [Disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11905&prmBoletin=11395-06]

- Subsecretaría de Redes Asistenciales División Atención Primaria, “Atención de salud a población inmigrante no regulada, [consultado en fecha 16 de agosto 2016], disponible en [<http://web.minsal.cl/sites/default/files/files/ATENCION%20DE%20SALUD%20A%20POBLACION%20INMIGRANTE%20NO%20REGULADA%20APS.pdf>].

- Study on the problem of discrimination against indigenous populations: vol. 5: conclusions and recommendations, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4

- United Nations, Economic and Social Council. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. General Comment N° 14: Substantive issues arising in the implementation of the international covenant on economic, social and cultural rights. 11 august 2000. http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2FC.12%2F2000%2F4&Lang=es

- Vulnerabilidad social y su efecto en salud en Chile: desde la comprensión del fenómeno hacia la implementación de soluciones, Universidad del Desarrollo (2016), [fecha de consulta 30 de junio de 2017]. [Disponible en <http://medicina.udd.cl/files/2016/03/Libro-Completo-2016.pdf>]

JURISPRUDENCIA CITADA

- Caso Comunidad indígena Yakye Axa versus Paraguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 17 de junio 2006.

- Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya versus Paraguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de marzo de 2006.

- Caso Ximenes-Lopes versus Brasil, Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 4 de julio de 2006.

- Caso Penal Miguel Castro Castro versus Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 25 de noviembre de 2006.

- Caso González y otras Versus México, Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 16 de noviembre de 2009.
- Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek versus Paraguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de agosto de 2010.
- Caso Fernández Ortega versus México, Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 30 de agosto 2010.
- Caso Vélez Loor versus Panamá, Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 23 de noviembre de 2010.
- Caso personas dominicanas y haitianas versus República Dominicana, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de agosto de 2014.
- Caso Familia Pacheco Tineo versus Estado Plurinacional de Bolivia, de 25 de noviembre de 2013.
- Caso Nadege Dorzema y otros versus República Dominicana, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de octubre de 2012.
- Case D. against the United Kingdom, N° 30240/96, European Court of Human Rights, 2 May 1997.
- Caso Wasilewski contra Polonia, demanda N°32734/96, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 20 de abril de 1999.
- Caso Powell contra Reino Unido, demanda N°45305/99, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 4 de mayo de 2000.
- Caso Bensaid contra Reino Unido, demanda N° 44599/98, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 16 de febrero de 2001.
- Caso D. contra Reino Unido, demanda N°26565/05, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 27 de mayo de 2008.
- Caso Kiyutin contra Rusia, demanda N°27001/10, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 15 de Marzo de 2011.
- Caso Yoh-Ekale Mwanje contra Bélgica, demanda N°10486/10, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 20 de diciembre de 2011.
- Case Babar Ahmad and others against the United Kingdom, N°240027/07, European Court of Human Rights, 10 April 2012.
- Case Aswat against the United Kingdom, N°17299/12, European Court of Human Rights, 13 April 2013.
- Caso González y otras versus México, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 16 de noviembre de 2009.
- Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), Federación Internacional de Derechos Humanos contra Francia, asunto N° 14/2003, de 8 de septiembre de 2004.

- Opinión Consultiva OC 18 /03 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos respecto de la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Corte Interamericana de Derecho Humanos, de 17 de septiembre de 2003.
- Opinión Consultiva OC 21/14 solicitada por la República de Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay respecto de los derechos y garantía de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional, Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 19 de agosto de 2014.
- Cour européenne D.H., arrêt Khlaifia et autres c. Italie, 1er septembre 2015, requeté n° 16483/12.
- Resolución 03/08 Derechos humanos de los migrantes, estándares internacionales y directiva europea sobre retorno, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, año 2008.
- Rol N°1710 (2010): Tribunal Constitucional de 6 de agosto de 2010 (Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 38 Ter de la Ley de Isapres).
- Rol N°2273 (2012): Tribunal Constitucional de 4 de julio de 2013 (Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por ciudadano haitiano Daniel Alerte de normas del Decreto Ley N° 1094).
- Rol N° 4123 (2012): Tribunal Constitucional español de 21 de julio de 2016 (Requerimiento de inconstitucionalidad en contra del Real Decreto 16/2012 de 20 de abril de 2012).

NORMAS JURÍDICAS

- Acuerdo de Cooperación laboral entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de Canadá, firmado el 6 de febrero de 1997, entró en vigor el 2 de junio de 1997.
- Acuerdo de Cooperación laboral entre la República de Chile y la República de Panamá, firmado el 27 de junio de 2006, entró en vigor el 7 de marzo de 2008.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 18 de diciembre de 2000.
- Constitución Política de la República. Diario Oficial 22 septiembre de 2005.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racional, 21 de diciembre de 1965. Diario Oficial 12 de noviembre de 1971,
- Convención Americana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969. Diario Oficial 5 de enero de 1991.
- Convención sobre los Derechos del Niño, adoptado el 20 de noviembre de 1989. Diario Oficial 27 de septiembre de 1990.

- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus familiares. Diario Oficial 8 junio de 2005.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 30 de marzo de 2007. Diario Oficial 17 de septiembre de 2008.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948.
- Declaración Americana de derechos y deberes del hombre, de 1948.
- Decreto con Fuerza de Ley N°69, que crea el Departamento de Inmigración y establece normas sobre la materia. Diario Oficial 8 mayo de 1953.
- Decreto con Fuerza de ley N°1 Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 2.763, de 1979, y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469. Diario Oficial 24 abril 2006.
- Decreto ley N° 1094, establece normas sobre extranjeros en Chile. Diario Oficial, 19 julio 1975.
- Decreto Supremo, establece Reglamento de Extranjería. Diario Oficial, 24 de noviembre 1984.
- Decreto Supremo N° 67 Ministerio de Salud, sobre modificación al Decreto N° 110 de 2004, que fija circunstancias y mecanismos para acreditar a las personas como carentes de recursos o indigentes. Diario Oficial 10 marzo 2016.
- Memorándum de entendimiento sobre cooperación laboral entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno del Perú, firmado el 22 de agosto de 2006, entró en vigor el 1 de marzo de 2009.
- Memorándum de entendimiento sobre cooperación laboral entre la República de Chile y P4 (Gobiernos de Brunei Darussalam, Nueva Zelandia y Singapur), entró en vigor el 8 de noviembre de 2006.
- Memorándum de entendimiento sobre cooperación laboral entre el Ministerio del Trabajo y Previsión Social de la República de Chile y el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social de la República Popular de China, firmado el 2 de noviembre de 2005, entró en vigor 30 días después de su firma.
- Memorándum de entendimiento sobre cooperación laboral entre Chile y Hong Kong, China, firmado el año 2012, entró en vigor el 9 de octubre de 2014.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966. Diario Oficial 27 de mayo de 1989.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", adoptado el 17 de noviembre de 1988.
- Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos firmado el 6 de junio de 2003. Diario Oficial 1 de enero de 2004.

- Tratado de Libre Comercio entre Chile y Colombia firmado el 27 de noviembre de 2006. Diario Oficial 8 de mayo de 2009.
- Tratado de Libre Comercio entre Chile y Australia, fue firmado el 30 de julio de 2008. Diario Oficial 6 de marzo de 2009.
- Tratado de libre Comercio entre la República de Chile y la República de Turquía, firmado 14 de julio de 2009. Diario Oficial 1 de marzo de 2011.
- Tratado de Libre Comercio entre Chile y Vietnam, firmado el 11 de noviembre de 2011. Diario Oficial 4 de febrero de 2014.
- Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno del Reino de Tailandia, firmado el 4 de octubre de 2013. Diario Oficial el 15 de noviembre de 2015.