



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Público

**RECONOCIMIENTO Y EJERCICIO DEL DERECHO A LA SALUD DE MUJERES
MIGRANTES IRREGULARES EN CHILE**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

AUTOR:

María Gabriela Valenzuela Robles

Profesor Guía:

Prof. Paulino Varas Alfonso

Santiago, Chile,

2015

*“Celebramos la universalidad de nuestra hazaña civil,
pero subiste en nosotros todavía un gesto de tristeza.
Echemos una mirada que abrace al mundo y quedaremos pensativos.*

*En ninguna página sagrada hay algo que se parezca al privilegio
y aún menos a la discriminación:
dos cosas que rebajan, y ofenden al hijo del hombre.*

*Yo sería feliz si nuestro noble esfuerzo por obtener los Derechos Humanos
fuese adoptado con toda lealtad por todas las naciones del mundo.
Este triunfo será el mayor entre los alcanzados en nuestra época”.*

GABRIELA MISTRAL, MENSAJE SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS(1955)
A PROPÓSITO DEL OCTAVO ANIVERSARIO DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL

Agradecimientos

Agradezco, en primer lugar, al profesor Paulino Varas por haber aceptado dirigir esta memoria y por su amabilidad en cada uno de nuestros encuentros.

A las mujeres que conocí en la Oficina de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial, quienes me enseñaron una valiosa lección de humanidad.

También a mi familia por su incondicional apoyo, sin el cual este trabajo no hubiera sido posible, y a Cecilia, por su estímulo incesante a lo largo del tiempo.

Por último, pero no por ello menos importante, a Benjamín, sencillamente por ser quien es.

A todos ellos, vayan mis más sinceros agradecimientos.

Índice General

RESUMEN	8
INTRODUCCIÓN	9
OBJETIVOS	14
I. OBJETIVO GENERAL	14
II. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	14
LÍMITES	15
I. LÍMITES TEMPORALES	15
II. LÍMITES MATERIALES	15
HIPÓTESIS	16
MARCO METODOLÓGICO	16
I. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN	16
II. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	16
CAPÍTULO I. PRESENTACIÓN DEL MODELO TEÓRICO UTILIZADO	18
I. LA DISTINCIÓN ENTRE RECONOCIMIENTO Y EJERCICIO	18
1. Enfoque normativo o <i>de iure</i>	19
2. Enfoque práctico o <i>de facto</i>	20
a. Énfasis en los destinatarios de la norma	20
b. Énfasis en los prestadores o garantes	21
c. Enfoque mixto: una combinación de ejercicio y reconocimiento	22
II. LA RELACIÓN ENTRE AMBAS VARIABLES	25
1. El reconocimiento es una condición necesaria pero no suficiente	25
2. Las distancias entre reconocimiento y ejercicio podrían indicar niveles de vulnerabilidad o pobreza	29
III. POR QUÉ ESTUDIAR EL DERECHO A LA SALUD DE MUJERES MIGRANTES IRREGULARES	32
1. Acceso a la salud de la población migrante irregular	32
a. Concepto de migración irregular	32

b.	Conflictos de relevancia jurídica propios de la migración irregular	34
c.	El derecho a la salud como objeto de especial interés	38
2.	Mujeres migrantes como grupo vulnerable	42
a.	Feminización del proceso migratorio	43
b.	Concepto de discriminación cruzada o interseccional	46
c.	Particularidades del derecho a la salud en mujeres migrantes irregulares	49

CAPÍTULO II. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA SALUD DE MUJERES MIGRANTES IRREGULARES EN CHILE _____ **53**

I. PRECISIONES METODOLÓGICAS _____ **53**

II. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO ANALIZADO EN EL MARCO NORMATIVO NACIONAL _____ **54**

1.	Constitución Política de la República de Chile	54
a.	Normas constitucionales vinculadas a la migración	54
b.	Normas constitucionales vinculadas al derecho a la salud	57
c.	Normas constitucionales vinculadas a derechos de la mujer	63
d.	Otras disposiciones constitucionales relevantes	66
2.	Legislación Nacional	67
a.	Legislación nacional sobre migración	67
i.	DL N° 1.094 y DS N° 597	68
ii.	Últimas reformas	73
b.	Legislación nacional sobre el derecho a la salud	74
i.	Ejercicio del derecho constitucional: Ley 18.469 de 1985	75
ii.	Reformas a la atención de urgencia: Leyes 19.650 de 1999 y 20.394 de 2009	82
iii.	Incorporación de las garantías AUGE - GES: Ley 19.966 de 2004	85
iv.	Últimas modificaciones legales	87
c.	Legislación nacional sobre derechos de la mujer	91
i.	Modificaciones de carácter estructural	92
ii.	Modificaciones de carácter específico	95

III. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO ANALIZADO EN EL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL _____ **97**

1.	Instrumentos principales	97
a.	Constitución de la Organización Mundial de la Salud	99
b.	Declaración Universal de los Derechos Humanos y Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	100
c.	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)	108
d.	Convención Americana sobre Derechos Humanos	116

e.	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer _____	119
f.	Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (CIPTMF, 1990) _____	125
2.	Instrumentos complementarios _____	134
a.	Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (CER, 1951) _____	135
b.	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD, 1966) _____	136
c.	Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, 1989) _____	139
d.	Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (2000) 142	
e.	Protocolo para Prevenir, Suprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños (2000) _____	144
IV.	RESULTADOS _____	146
1.	Resultados favorables _____	146
2.	Resultados desfavorables _____	149
CAPÍTULO III. EJERCICIO DEL DERECHO A LA SALUD DE MUJERES MIGRANTES IRREGULARES EN CHILE _____ 152		
I.	SOLICITUDES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA _____	152
1.	Destinatarios y duración del proceso _____	152
II.	ANÁLISIS DE LOS ANTECEDENTES RECIBIDOS _____	154
1.	Respuestas que incluyeron antecedentes adicionales _____	154
a.	Fondo Nacional de Salud (FONASA) _____	154
i.	Oficio Circular N° 1179 del Departamento de Extranjería y Migración _____	155
ii.	Oficio Ordinario A 14 N° 3229 del Ministerio de Salud _____	156
iii.	Instructivo Presidencial N° 09 _____	157
iv.	Oficio Ordinario A 14 N° 2551 del Ministerio de Salud _____	158
b.	Ministerio de Salud _____	158
i.	Resolución Exenta N° 1266 del Ministerio de Salud _____	158
ii.	Estadísticas relevantes _____	160
c.	Servicio de Salud Metropolitano Central _____	161
i.	Cuadernillo de Apoyo sobre Atención de Salud al Migrante _____	161
ii.	Estadísticas relevantes _____	163
d.	Municipalidad de Iquique _____	164
e.	Municipalidad de Quilicura _____	166
III.	RESULTADOS _____	168
1.	Resultados favorables _____	168

2. Resultados desfavorables	171
CONCLUSIONES	176
BIBLIOGRAFÍA	180

RESUMEN

El trabajo aquí presentado pretende contribuir al debate académico sobre el desarrollo humano desde una perspectiva jurídica. A partir de un marco teórico basado en la comprensión multidimensional de la pobreza propuesta por Amartya Sen, que rechaza su reducción a meros indicadores económicos y aboga por la incorporación de otras variables, se indaga el papel desempeñado por el Derecho en las situaciones de exclusión. Empleando un modelo teórico que distingue entre el reconocimiento de un derecho y sus efectivas posibilidades de ejercicio, se busca constatar la existencia de brechas o distancias entre ambos niveles para un grupo específico de la población. En esta memoria el modelo ha sido aplicado al derecho a la salud de mujeres migrantes irregulares, lo que ha supuesto la revisión de disposiciones constitucionales, legales y de derecho internacional, junto al análisis de antecedentes aportados por distintos órganos del Estado, a través del sistema de acceso a la información pública. Los resultados obtenidos, consistentes con mayores niveles de vulnerabilidad para el grupo en cuestión, corroboran la existencia de una dimensión normativa como una de las manifestaciones de la pobreza.

INTRODUCCIÓN

El trabajo de investigación aquí presentado se enmarca en la idea de que es posible abordar cuestiones propias del desarrollo humano empleando para ello el lenguaje del Derecho. Como una forma de corroborarlo, se dirige en particular al análisis del fenómeno migratorio.

Hablar sobre migración no es sólo hablar acerca de viajes y traslados. No todo viajero es un migrante, aun cuando todo migrante haya comenzado por ser un viajero.

Migrar implica, para cada uno de quienes han optado por dejar sus países de origen, gran cantidad de cambios simultáneos y que en la mayoría de los casos se suceden unos a otros a alta velocidad¹. Quienes eligen migrar dejan hogares, costumbres, acentos y territorios en los que han construido vínculos de diversa índole. Una persona que migra deja tras de sí una historia que la vincula no sólo a quienes la han acompañado durante su vida sino también a un país completo.

El proceso migratorio, entonces, supone bastante más que el simple cruce de una frontera; sus resultados estarán condicionados por múltiples variables que se traducen en disímiles escenarios. Habrá quienes ingresen al territorio de un Estado sin mayores complicaciones, para radicarse en él de un modo seguro y estable. No toda historia de migración es una de vulnerabilidad, exclusión o pobreza.

¹ De acuerdo a la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, “[l]a migración es el ejercicio del derecho individual a buscar oportunidades en el exterior, lo cual da lugar a una intensa actividad transnacional que enriquece las experiencias y favorece el intercambio cultural” (Martínez Pizarro, Jorge (ed.). América Latina y el Caribe: Migración Internacional, derechos humanos y desarrollo. Santiago, CEPAL, 2008, p. 304).

No obstante, hay a quienes tocará enfrentar un escenario bastante más complejo. Piénsese, por todos, en las víctimas de los delitos de tráfico o trata de personas. En muchos de estos casos el ingreso al país ha violado la regulación vigente, aun en contra de la voluntad de quien se ve forzadamente desplazado.

Estas diferencias, que explican por qué un migrante es más pobre o vulnerable que otro, se manifiestan también en un sentido jurídico: hablar sobre migración exige considerar que el desplazamiento territorial puede incidir de manera determinante sobre la titularidad de ciertos derechos, tensionado al ordenamiento nacional en distintos sentidos y desde múltiples dimensiones. ¿Puede expulsarse sin más a un extranjero que ha ingresado clandestinamente al país?, ¿es jurídicamente tolerable la retención indefinida de documentos de identificación a extranjeros infractores?, ¿cabe admitir en un establecimiento escolar público a un niño o niña, cuando sus padres se encuentran en una situación migratoria irregular?

La presente investigación está centrada en algunas de las interrogantes que involucran a migrantes irregulares en particular, situándose en Chile y a partir del derecho chileno. Como una forma de contribuir al debate académico sobre el tema, escaso entre nosotros, busca analizar de qué forma la universalidad que reclamamos para ciertos derechos económicos y sociales colisiona –en los hechos– con una situación migratoria no regularizada².

Por razones metodológicas, hemos optado por reducir el catálogo de los derechos económicos y sociales y estudiar en particular el derecho a la salud. Éste ilustra,

² Entendemos, tal como Hardy (2014), que las limitaciones en el reconocimiento de derechos podrían resultar dañinas para la cohesión social, y que ampliar su titularidad representa un camino para “construir sociedades inclusivas en América Latina” (Hardy, Clarisa. Retos de Cohesión Social en América Latina. Presentación en el panel “Cooperando con Países de Renta Media: Desigualdad y Nuevas Brechas Sociales” en el *Encuentro Euro Social: Diálogo Euro – Latinoamericano de Políticas Públicas para la Cohesión Social*. Comisión Europea, Bruselas, 24 y 25 de Marzo, 2014. P.10).

probablemente mejor que ningún otro, la gravedad de contar con un derecho que no puede ejercerse. Continuando con el propósito de reducir el campo de estudio a uno que resulte metodológicamente abarcable, esta memoria estudiará la forma en que acceden a la salud pública mujeres migrantes irregulares, consideradas un conjunto específico de la población.

¿Qué razones justifican esta selección? Vayan, a modo de argumentos, tres hechos ilustradores. De acuerdo a la última Encuesta de Caracterización Socioeconómica, realizada en 2013, residen en Chile más de trescientas mil personas de nacionalidad extranjera. De ellas, un 55.1% son mujeres³.

En segundo lugar, según antecedentes estadísticos proporcionados por el Ministerio de Salud para el año 2012, la atención de mujeres migrantes por motivos relacionados al embarazo explica el 43.6% del total nacional de hospitalizaciones de población extranjera⁴.

Por último, sólo en los centros de atención primaria dependientes del Servicio de Salud Metropolitano Central, 80.1% de los pacientes extranjeros atendidos entre los años 2012 y 2015 fueron mujeres, de nacionalidad mayoritariamente peruana⁵.

Este trabajo busca contribuir a la discusión sobre la existencia de una dimensión normativa en la mayor vulnerabilidad que las afectaría, con respecto al resto de la población que habita el territorio nacional⁶.

³ Ministerio de Desarrollo Social. Encuesta de Caracterización Socioeconómica 2013, Inmigrantes, Síntesis de Resultados. Santiago, Ministerio de Desarrollo Social, 2015). [en línea]<http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/documentos/CASEN_2013_Inmigrantes_01_marzo.pdf> [consulta: 26 mayo 2015].

⁴ Servicio de Salud Metropolitano Central. Consultas Médicas Población Migrante 2015 DAP A7C-13. Santiago, SSMC, 2015.

⁵ Idem.

Para ello hemos considerado un modelo teórico que distingue entre el reconocimiento y ejercicio de un derecho. Si es efectivo que este grupo es más vulnerable que otros, y que esta vulnerabilidad cuenta con alguna dimensión jurídica relevante, entonces el contraste entre los derechos que se les reconocen y aquellos que pueden efectivamente ejercer debiese arrojar distancias significativas.

Con este propósito, el trabajo ha sido dividido en tres capítulos. El capítulo I ahonda en el modelo propuesto, ofreciendo argumentos para preferirlo por sobre otros esquemas de análisis. Se refiere además a una noción amplia o multidimensional de la pobreza⁷, explicando de qué manera el desarrollo académico detrás de este concepto aporta a la discusión jurídica sostenida en este trabajo.

Los capítulos II y III aplican el modelo a la realidad chilena. El primero buscará construir el marco normativo del derecho a la salud de mujeres migrantes irregulares, de modo de identificar su contenido y alcance. El capítulo se estructura en base a un esquema tradicional, distinguiendo entre derecho interno y derecho internacional. Serán revisadas disposiciones constitucionales y de rango simplemente legal, junto a instrumentos internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Por su parte, el capítulo III abordará una segunda etapa, identificando de qué forma este reconocimiento normativo se traduce en posibilidades concretas de acceso a la salud pública para mujeres migrantes en Chile. Este capítulo profundiza en el contenido brindado por nuestro país a los distintos derechos reconocidos, bajo la forma

⁶ Para el año 2013, mientras la población chilena exhibía un 20.3% de habitantes en situación de pobreza multidimensional, entre extranjeros este índice se elevaba a un 25.2% (Ministerio de Desarrollo Social, op. cit.).

⁷ El capítulo recoge la noción de pobreza desarrollada por el economista indio Amartya Sen, quien cuestiona el criterio estándar de identificación de la pobreza, entendiéndola como privación de capacidades básicas en lugar de simplemente como escasez de ingresos.

de políticas centralizadas o impulsadas a nivel comunal, que se vinculen al tema investigado. Con el propósito de utilizar antecedentes actualizados, está basado en las respuestas obtenidas tras una serie de solicitudes de acceso a la información pública, enviadas a comienzos del año 2015 a distintos organismos gubernamentales y municipales. El uso de esta herramienta jurídica permitirá constatar, a partir de documentación obtenida de primera fuente, el modo en que las instituciones chilenas traducen normas en posibilidades concretas de ejercicio.

Por último, se presentarán las conclusiones obtenidas tras el trabajo desarrollado en los capítulos precedentes. Se acompañarán, adicionalmente, sugerencias y recomendaciones para futuras líneas de investigación que profundicen en los resultados obtenidos por este trabajo.

OBJETIVOS

I. OBJETIVO GENERAL

Contrastar, en el sistema jurídico chileno, el reconocimiento del derecho a la salud de mujeres migrantes irregulares con sus posibilidades efectivas de ejercicio.

II. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Formular un modelo de análisis que pueda dar cuenta de una posible dimensión normativa en el análisis de los fenómenos de vulnerabilidad o pobreza (capítulo I).
2. Caracterizar las principales dificultades jurídicas asociadas a la migración irregular en general, y a la feminización de este proceso en particular (capítulo I).
3. Identificar el conjunto de disposiciones –legales, constitucionales y de derecho internacional- que forman parte del ordenamiento jurídico chileno, y se refieren a la salud de mujeres migrantes irregulares (capítulo II).
4. Identificar el conjunto de iniciativas gubernamentales, territoriales y políticas públicas implementadas en Chile que se vinculan a la salud de mujeres migrantes irregulares (capítulo III).
5. Identificar posibles inconsistencias entre las normas que regulan el derecho a la salud de mujeres migrantes irregulares y las iniciativas desarrolladas para facilitar su ejercicio (capítulo III).

LÍMITES

I. LÍMITES TEMPORALES

Con respecto a las limitaciones temporales de este trabajo es necesario formular dos precisiones. El desarrollo de un modelo teórico que colabore en la identificación de un aspecto normativo de la vulnerabilidad es una tarea cuya validez no está sujeta a criterios temporales. Es decir, el modelo puede aplicarse a derechos distintos y en épocas posteriores a la elaboración de esta memoria, sin perder por ello su funcionalidad.

Por otro lado, el contraste entre reconocimiento y ejercicio que aquí presentamos supone una mirada a época y contexto determinados. En este sentido, los resultados arrojados dejarán de ser válidos de modificarse la normativa y políticas revisadas. Más que un aspecto negativo, ello representa un estímulo para la actualización periódica de tales resultados, aportando con información actualizada que sirva de insumo al trabajo académico, político y legislativo.

II. LÍMITES MATERIALES

Las principales limitaciones de carácter material vienen dadas por la dificultad en la obtención de información fidedigna sobre las posibilidades reales de ejercicio del derecho estudiado –barrera que no debe enfrentar un análisis estrictamente normativo, pues basta para ello la revisión acabada de las disposiciones vigentes-.

Como una forma de reducir esta limitación, hemos optado por acudir directamente a los organismos involucrados, solicitando los antecedentes requeridos para este trabajo a través del sistema de acceso a la información pública.

HIPÓTESIS

No existe una correlación exacta entre el conjunto de normas que reconocen el derecho a la salud de mujeres migrantes irregulares y sus posibilidades de ejercicio en el sistema jurídico chileno. Las diferencias entre ambos sitúan a los titulares de este derecho en una posición de mayor vulnerabilidad con respecto a quienes pueden ejercerlo de un modo más amplio. La identificación de estas diferencias contribuye a la formulación de un aspecto normativo en el análisis de la pobreza.

MARCO METODOLÓGICO

I. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

El presente trabajo de investigación utiliza una combinación de los métodos descriptivo y comparativo. El primero será utilizado para identificar el conjunto de disposiciones que integran el ordenamiento chileno y se refieren al derecho estudiado –a saber, la salud de mujeres migrantes irregulares-. Junto a la construcción de este marco normativo, el método descriptivo permitirá obtener el panorama general de aquellas iniciativas públicas vigentes, que regulan la salud de este grupo de la población residente en el país.

Luego, el método comparativo permitirá identificar las diferencias entre ambos, para luego dar paso a un análisis crítico de los resultados obtenidos.

II. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

La información empleada en este trabajo ha sido obtenida, en primer lugar, a través de un análisis de las fuentes normativas directas; es decir, de la revisión de las distintas

normas consultadas –Constitución Política de la República, leyes chilenas y tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile-.

En segundo lugar, particularmente en el primer capítulo, la información corresponde a fuentes bibliográficas tales como literatura especializada en asuntos migratorios, artículos de revistas, libros y publicaciones electrónicas atinentes a la materia de estudio.

El trabajo desarrollado en los capítulos segundo y tercero ha considerado, además, la revisión de informes oficiales remitidos por el Estado de Chile a organismos internacionales, así como las respuestas evacuadas por éstos últimos.

Si bien no ha ocupado un papel determinante entre las fuentes consultadas, el estudio de la jurisprudencia ha aportado a la realización de este trabajo. La ausencia de un análisis en mayor profundidad se debe a que el objetivo principal no comprende la identificación de criterios jurisprudenciales, que, no obstante, han sido incluidos en aquellos casos donde su desarrollo se vincula de un modo relevante con el objeto de esta memoria.

Por último, el desarrollo del tercer capítulo consideró la obtención de antecedentes a través de un proceso de consulta, ejecutado por medio del envío de solicitudes de acceso a la información pública a distintos actores relevantes para el ejercicio del derecho a la salud de mujeres migrantes irregulares.

CAPÍTULO I. PRESENTACIÓN DEL MODELO TEÓRICO UTILIZADO

El propósito de este primer capítulo es brindar una explicación más profunda acerca del modelo teórico elegido para estructurar este trabajo. Adicionalmente, se ofrecerá una breve justificación del derecho y grupo poblacional seleccionados -acceso a la salud y mujeres migrantes en situación irregular, respectivamente-.

I. LA DISTINCIÓN ENTRE RECONOCIMIENTO Y EJERCICIO

Como ha sido adelantado, existen al menos dos formas de analizar un derecho o garantía fundamental⁸. Cuando un trabajo académico se propone esta tarea puede adoptar, como primera posibilidad, una mirada estrictamente normativa. Una segunda alternativa consiste en revisar exclusivamente cómo el derecho es percibido por sus titulares, y qué es lo que el Estado realiza para garantizarlo. Esta investigación combina, guardando los límites propios de las herramientas jurídicas⁹, ambos criterios¹⁰.

⁸ Para efectos de este trabajo, entenderemos por garantías fundamentales “aquellos derechos, libertades, igualdades o inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singularísima del titular de esa dignidad” (Cea Egaña, José Luis. Derecho Constitucional chileno. Tomo I. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002, p. 221). Existe, no obstante, una extensa discusión histórica sobre el concepto, y en especial sobre aquello que a los derechos fundamentales les correspondería garantizar. Véase al respecto, Peces-Barba, Gregorio. Derechos Fundamentales. En: Revista Jurídica de Castilla – La Mancha (2): 7 – 34, 1987. Para una síntesis de las distintas posturas adoptadas frente al concepto de derechos sociales en particular –entre los que se incluye el derecho a la salud-, véase Salazar Pizarro, Sebastián. Fundamentación y estructura de los derechos sociales. En: Revista de Derecho (Valdivia) 26(1):69 – 93, 2013.

⁹ Nos referimos principalmente a la ausencia de técnicas de recolección de datos y análisis cuantitativos de la información recabada, propias de otras ramas de las Ciencias Sociales como la Sociología, Psicología o el Trabajo Social.

¹⁰ La distinción ha sido tomada de los argumentos ofrecidos por Martha Nussbaum (1997), quien distingue, a propósito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, entre el reconocimiento formal de un derecho y la existencia de garantías efectivas que permitan su

1. Enfoque normativo o *de iure*

Una primera aproximación al análisis de derechos fundamentales podría denominarse normativa, formal o *de iure*. Ella corresponde a un estudio acabado de la forma en que el ordenamiento jurídico recoge una o más de estas garantías¹¹.

Piénsese, por ejemplo, en la libertad de culto. Un trabajo que optase por un enfoque normativo buscaría identificar la estructura o soporte que respalda a este derecho fundamental. Esta labor supone reconocer adecuadamente en qué lugares del conjunto de normas que rigen a un Estado determinado se encuentra reconocido el derecho analizado.

Este análisis debiese comprender la revisión de normas constitucionales, y así determinar, en primer lugar, si a la libertad de culto se le ha otorgado o no la categoría de derecho fundamental. Una respuesta afirmativa a esta pregunta supone identificar a continuación de qué forma este derecho ha sido reconocido dentro de la lista de garantías: ¿cuenta con igual jerarquía a otras de similar naturaleza?, ¿ha resuelto la Constitución eventuales conflictos?, ¿qué entiende el constituyente por libertad de culto?, ¿ha sido modificado este concepto a lo largo del tiempo?, ¿quiénes son sus titulares?, ¿hay límites reconocidos a su ejercicio?

ejercicio. Nussbaum, Martha. Capabilities and Human Rights. En: Fordham Law Review 66(2): 293 – 297, 1997. [en línea] <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol66/iss2/2/>> [consulta: 09 marzo 2015].

¹¹ Los siguientes trabajos académicos son buenos ejemplos del uso de este enfoque: Meza-Lopehandía, Matías. Reconocimiento Constitucional y Derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas. Santiago, Observatorio Parlamentario, 2010; García-Pino, Gonzalo y Pablo Contreras. Derecho de Acceso a la Información en Chile: nueva regulación e implicancias para el sector de la defensa nacional. En: Estudios Constitucionales (7)1:137 – 175, 2009; Salinas, Carlos. El reconocimiento del matrimonio religioso en el derecho positivo del Estado de Chile: un viejo tema aún pendiente. En: Revista de Derecho (Valdivia) 23(1):59 – 78, 2010; Caamaño, Eduardo. El reconocimiento de la libertad sindical y el problema de la representación de los trabajadores en la negociación colectiva. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (30)1:265 – 291, 2008.

En adelante, la revisión debiese continuar de manera similar a lo largo de todo el ordenamiento, o centrarse en un sector específico, dependiendo de las motivaciones y objetivos específicos de cada trabajo. Tratándose de uno de carácter amplio, el enfoque normativo exigirá revisar la legislación interna del país en estudio: ¿existen normas específicas dirigidas a resguardar la libertad de culto?, ¿hay sanciones a su infracción?, ¿hay prohibiciones legales que la restrinjan?, ¿bajo qué criterios?

Finalmente, el trabajo debiera considerar la existencia de tratados internacionales ratificados por el Estado y que se refieran al derecho en cuestión. ¿Hay coherencia entre éstos y el derecho interno?, ¿cuál es su valor normativo?

2. Enfoque práctico o *de facto*

Una segunda posibilidad consiste en abordar el análisis de un derecho fundamental a partir del modo en que éste es comprendido por sus titulares y por aquellos encargados de permitir su ejercicio.

a. Énfasis en los destinatarios de la norma

Esta mirada está centrada en las percepciones, relaciones y necesidades expresadas por sus titulares¹². Una investigación de esta naturaleza supondrá el empleo de herramientas metodológicas propias del trabajo de campo, que permitan el levantamiento de datos y su posterior estudio a partir de criterios cuantitativos, cualitativos o ambos.

¹² Una muestra de este enfoque puede encontrarse en Mosquera Vivar, Ximena. Evaluación de la satisfacción con el sistema de atención de salud de hombres y mujeres migrantes provenientes de Perú, Ecuador, Colombia, Bolivia y Brasil que habitan en la región Metropolitana. Tesis de Grado para obtener el Título de Magister en Salud Pública y Sistemas de Salud. Santiago, Universidad Mayor, 2011; y en Palominos Mandiola, Simón. Producción Simbólica en Chile, la mirada de los miembros de la Sociedad Chilena del Derecho de Autor. Tesis para optar al Título Profesional de Sociólogo. Santiago, Universidad de Chile, 2009.

Retomando el ejemplo sugerido, enfatizar la posición de aquellas personas a las que la norma está dirigida aportaría con información relevante acerca del ejercicio del derecho. ¿Qué percepción existe entre la población que profesa un credo minoritario sobre la libertad de culto?, ¿es compartida esta percepción por quienes profesan la religión mayoritaria del país?, ¿de qué manera perciben los ciudadanos los límites a este derecho?, ¿les parece un derecho suficientemente garantizado?

b. Énfasis en los prestadores o garantes

El enfoque práctico también puede centrarse en aquellos encargados de garantizar un determinado derecho. La técnica consistirá en repetir la metodología empleada para los titulares o destinatarios, aplicándola esta vez a quienes se encuentran del otro lado de la vereda¹³.

En nuestro ejemplo, esta tarea supondrá obtener información proveniente de funcionarios públicos, autoridades políticas y administrativas sobre el ejercicio efectivo de la libertad de culto. ¿Existe entre ellos la percepción de que el derecho es respetado?, ¿cuál es el criterio empleado frente a la colisión con otros derechos?, ¿cuál es el criterio instruido a la policía?, ¿existe un cumplimiento efectivo de las sanciones aplicables a su infracción?, ¿hay interés por reforzar los derechos de minorías religiosas, o éstas son más bien percibidas como una amenaza?

Como puede observarse, tanto la recolección como el análisis de la información obtenida podrían requerir la aplicación de metodologías más cercanas a disciplinas

¹³ Emplean esta perspectiva, entre otros, Maier, Elizabeth. Diagnóstico de conocimiento, actitudes y estrategias de equidad de género en servidoras y servidores públicos de primer nivel en Baja California. En: Frontera Norte (México) 23 (46): 211 – 238, 2011; y Contreras, G., Tetelboin, C. y López, Luis. La opinión de los participantes sobre la reforma de la política de salud: un estudio en los servicios locales. En: Revista Gerencia y Políticas de Salud 12(24): 143 – 162, 2013.

como la sociología que a herramientas propiamente jurídicas, al menos si éstas últimas son consideradas en un sentido estricto o restringido.

Con todo, incluso si el análisis se realiza desde el campo del Derecho, ambas perspectivas pueden combinarse. Esta síntesis tendrá por resultado un enfoque adicional, que sin abandonar el análisis normativo, logre una mirada más amplia al incorporar antecedentes relevantes sobre la implementación de las normas estudiadas.

c. Enfoque mixto: una combinación de ejercicio y reconocimiento

Reconociendo la importancia de operar en ambos niveles, el modelo propuesto en este trabajo complementa el enfoque normativo con uno de tipo práctico, centrado en los prestadores o garantes.

La mirada normativa o *de iure* supone identificar y analizar el conjunto de disposiciones que reconocen el derecho analizado –en este caso, el acceso a la salud de mujeres migrantes en Chile–. Luego, esta perspectiva puede complementarse. Un análisis centrado exclusivamente en el reconocimiento normativo de un derecho fundamental pierde la posibilidad de identificar contradicciones entre lo que un Estado dice respetar y aquello que efectivamente respeta.

Al respecto, refiriéndose a tratados de derechos humanos, y en particular a la diferencia entre ratificar uno de estos instrumentos e implementarlo de manera efectiva, Hathaway (2002) sostiene:

“La posición adoptada por los países en estos casos puede ser sincera, pero no necesita serlo. Cuando los países son recompensados por posturas más que por efectos -como ocurre cuando el seguimiento y la aplicación de los tratados son mínimos y la

presión externa para adoptar sus normas es alta-, los gobiernos pueden adoptar posiciones que no honran, y beneficiarse de ello”¹⁴.

El argumento se refiere a tratados pero resulta igualmente válido para otra clase de normas, como disposiciones constitucionales o simplemente legales que se refieren a derechos fundamentales. Todos “operan en más de un nivel a la vez”¹⁵, creando normas vinculantes y expresando la posición adoptada por el Estado, que puede o no ser respetada¹⁶.

Si pensamos en la manera de garantizar un derecho, debiésemos considerar que aun cuando resulta de vital importancia determinar cómo y de qué forma este derecho ha sido reconocido, si el análisis se detiene en este punto ha dejado medio camino por recorrer.

Resta por averiguar en qué medida este derecho puede efectivamente ejercerse. Consideramos que una buena forma de responder a esta pregunta, sin renunciar a una perspectiva jurídica, consiste en determinar cómo ha sido entendido o implementado por los organismos políticos y administrativos encargados de garantizarlo. Esto no supone indagar en las percepciones u opiniones de algunos funcionarios en particular, sino identificar todos aquellos programas, políticas, planes u otras iniciativas impulsadas por el Estado –a través de organismos centrales y descentralizados– que tengan por propósito asegurar el ejercicio del derecho que es objeto del presente análisis.

¹⁴Hathaway, Oona A. ¿Do Human Rights Treaties make a difference? Faculty Scholarship Series, paper 839. New Haven, Yale Law School, 2002, p.1941. La traducción es propia. [en línea] <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/839/> [consulta: 06 abril 2015].

¹⁵Ibidem, p.1935.

¹⁶ “[Los tratados] crean normas vinculantes con las que pretenden alcanzarse efectos particulares, y [adicionalmente] expresan la posición de los países que se unen a ellos. Al igual que otros instrumentos políticos, en definitiva, los tratados desempeñan tanto un rol instrumental como uno expresivo”. Idem. La traducción es propia.

Siguiendo a Martha Nussbaum (1997), es posible señalar que el reconocimiento de un derecho exige, por lo general, *“mucho más que simplemente ponerlo en un papel”*¹⁷. Para ilustrar este argumento, la autora utiliza un ejemplo tomado del sistema jurídico indio. En él existen ciertos derechos que el ordenamiento reconoce pero no asegura, ya sea porque no se permite su ejercicio o porque no se ha ajustado la normativa legal a las disposiciones constitucionales que los consagran:

“Vemos esto muy claramente en la India, por ejemplo, donde la Constitución está llena de garantías fundamentales que no están respaldadas por una acción estatal efectiva. Por lo tanto, pese a que las mujeres han contado con derechos de igualdad desde su ratificación, en la vida real son desiguales no sólo de facto sino también de iure.

*Esta desigualdad resulta del hecho de que la mayoría de los sistemas legales religiosos que constituyen todo el sistema indio de derecho civil mantienen disposiciones desiguales, muy pocas de las cuales han sido declaradas inconstitucionales. Así que no debemos decir que las mujeres tengan igualdad de derechos, ya que **no tienen la capacidad de funcionar como iguales**”*¹⁸.

Un modelo de análisis que mire tanto al reconocimiento como al ejercicio de un derecho, aun cuando en éste último se incluyan únicamente prácticas estatales, *“proporciona un punto de referencia en la reflexión sobre lo que significa realmente garantizar un derecho a alguien”*¹⁹.

De este modo, la combinación propuesta es más completa que los análisis parciales a los que hemos hecho referencia: distinguiéndose de aquél que sólo utiliza un enfoque

¹⁷Nussbaum, Martha. Op. Cit., p. 293. La traducción es propia.

¹⁸Ibídem, pp. 293 – 294. El énfasis y la traducción son propios.

¹⁹Ibídem, p. 294.

práctico, considera la revisión exhaustiva del marco normativo del derecho analizado. Esta perspectiva teórica es luego contrastada con una serie de iniciativas públicas dirigidas a posibilitar su ejercicio, ofreciendo un panorama más amplio que el arrojado por enfoques estrictamente normativos.

II. LA RELACIÓN ENTRE AMBAS VARIABLES

La sección anterior ha enunciado ciertas ventajas asociadas a un análisis que incorpore ambos enfoques. Este apartado ahondará en él identificando algunos aspectos interesantes de la relación entre estas dos variables, que aportarán argumentos adicionales para preferir un estudio combinado como el propuesto.

1. El reconocimiento de un derecho es una condición necesaria pero no suficiente

Desde la perspectiva del destinatario de la norma, la titularidad de un derecho o garantía fundamental se encuentra intrínsecamente vinculada a la posibilidad de su ejercicio.

Poniendo a un lado las restricciones que obedecen a un fin legítimo, incorporadas por la comunidad política por medio de disposiciones normativas expresas, reconocimiento y ejercicio deben operar conjuntamente. Un reconocimiento privado de ejercicio se traduce sencillamente en un derecho con el que su titular no puede contar.

Por esta razón, tomando prestados conceptos propios del derecho civil, en materia de derechos fundamentales la capacidad de ejercicio²⁰ debiese corresponder a la regla

²⁰ Alberto Lyon Puelma entiende a la capacidad de ejercicio como “la aptitud de las personas humanas para obrar por sí mismas en la vida civil”. Lyon Puelma, Alberto. La persona natural. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, p.172.

general, y la incapacidad a la excepción. El respeto a esta regla es importante porque permite reducir el margen de arbitrariedad de intérpretes y ejecutores, evitando con ello la proliferación de *incapacidades de facto* en materias donde están en juego, entre otras, la salud, la libertad o la vida de los ciudadanos²¹.

Si el ejercicio de un derecho es tan importante como su reconocimiento, entonces podrá observarse por qué razón un análisis que considere ambas variables resultará más completo que su estudio aislado. Puesto en otros términos, reconocer a un individuo la facultad de actuar - o el derecho a recibir, en el caso de garantías prestacionales - no aporta información sobre lo que ocurre en concreto cuando el mismo individuo intenta ponerla en práctica. ¿Es posible afirmar que su derecho está debidamente asegurado, que cuenta con este derecho en un sentido relevante para él, si en los hechos su ejercicio le resulta imposible?, ¿si no es *capaz* de ejercerlo?

La noción de capacidad ha sido empleada desde hace algunas décadas en un sentido distinto al del derecho civil, por teóricos provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos o vinculados a este campo a través de otras disciplinas. Desde la Economía y la Filosofía, Amartya Sen ha utilizado este concepto en el desarrollo de su *enfoque de capacidades*²², adaptado al derecho gracias a la vital contribución de la filósofa estadounidense Martha Nussbaum²³.

²¹ La obra de Martin Borowski ofrece un extenso panorama sobre las distintas discusiones en torno a la restricción de derechos fundamentales. Véase Borowski, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp.65 – 107.

²²Amartya Sen utilizó por primera vez esta expresión en su obra *Equality of What?*, presentada en la Universidad de Stanford el 22 de mayo de 1979 (Sen, Amartya. *Equality of What? The Tanner Lecture on Human Values*. S. M. McMurring (ed.), vol. I. Cambridge University Press, 1980). [en línea] <http://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/s/sen80.pdf>[consulta: 06 mayo 2015]. Para una evolución de este concepto en la obra de Sen, revísense los siguientes trabajos del autor: *Commodities and Capabilities*. Amsterdam, North-Holland, 1985; *Inequality Reexamined*. Oxford, Clarendon Press, 1992; *Development as freedom*. New York, Knopf, 1999; *The idea of justice*. Cambridge, Harvard University Press, 2011.

²³Cfr. Nussbaum, Martha y Amartya Sen. *The quality of life*. Oxford, Oxford University Press, 1993; Nussbaum, Martha. *Capabilities as Fundamental Entitlements: Sen and Social Justice*. *En: Feminist Economics* 9(2-3): 33-59, 2003.

El enfoque de capacidades surge dentro de la discusión sobre el desarrollo humano, y los distintos mecanismos existentes para medir su evolución. De acuerdo a Sen, el desarrollo no se agota en el aumento de la producción económica nacional –entendida típicamente como producto interno bruto (PIB) per cápita–, y por esta razón los sistemas de medición elaborados exclusivamente a partir de indicadores económicos arrojan resultados insuficientes.

Según este enfoque, el desarrollo humano *“tiene que ver, más bien, con las cosas que las personas pueden realmente hacer o ser [...], y así con las capacidades de que disponen, entendidas como las oportunidades para elegir y llevar una u otra clase de vida”*²⁴. La libertad, entonces, es entendida como la oportunidad *real* de lograr aquello que buscamos; la pobreza, como la falta de capacidad para vivir una vida plena²⁵ y el desarrollo como la expansión de tales capacidades.

Ahora bien, ¿cuál es la relación entre el enfoque de capacidades y el modelo teórico que aquí proponemos? Podemos explicarlo del siguiente modo. Los derechos fundamentales determinan aquello que las personas se encuentran en posición de hacer, impedir o recibir²⁶ por el solo hecho de ser tales.

²⁴ Cejudo Córdoba, Rafael. Capacidades y libertad: una aproximación a la teoría de Amartya Sen. *En: Revista Internacional de Sociología* 65(47):10, mayo – agosto, 2007.

²⁵ “La ‘buena vida’ es en parte una vida de elección genuina, y no una en que la persona se ve forzada a vivir una vida determinada –independientemente de cuan rica pueda ser en otros aspectos–” (Sen, Amartya. *Inequality Reexamined*. Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 40).

²⁶ Tratándose de los derechos económicos, sociales y culturales, en muchos casos el contenido específico de las prestaciones a que dan lugar será desarrollado por normas de rango inferior a la Constitución. Con todo, no puede ser obviado el rol del Constituyente en la determinación de un marco dentro del cual el legislador puede operar legítimamente. Entre nosotros, el profesor Francisco Zúñiga se ha referido a la compleja naturaleza de esta clase de derechos fundamentales: “cuando [su naturaleza jurídica] es prestacional, el Estado asume como parte *debitoris* obligaciones de hacer efectivo el derecho con un importante margen de libre apreciación en relación con las políticas públicas e instrumentos de servicio público para su efectivización, pendiendo de la siempre esquiva holgura financiero-fiscal; y su tutela judicial ordinaria, especial o extraordinaria se hace difícil, **pero ello no obsta a una exigibilidad indirecta y progresiva**, sea imponiendo obligaciones a los poderes públicos o sea otorgando

Un enfoque de capacidades contribuiría a determinar en qué medida el contenido de la norma se traduce en posibilidades efectivas –o funcionamientos, como Sen los llama– de hacer, impedir o recibir. Ajustando sus conceptos al lenguaje jurídico, *mutatis mutandis*, sólo cuando las personas pueden realmente ser o hacer aquello que un derecho fundamental reconoce a su favor, podremos afirmar que disponen de una capacidad “*para elegir y llevar una u otra clase de vida*”²⁷, precisamente porque son *capaces* de ejercer los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a su favor.

Cuando esta capacidad no existe o se encuentra fuertemente limitada, el derecho continúa existiendo sólo en un sentido formal. Su titular se encuentra impedido de actuar, obtener o ejercer aquello que en un plano normativo le está reconocido.

No obstante, el derecho no se ha perdido sencillamente porque no se permita su ejercicio. Es importante distinguir al menos dos formas en las que resulta posible utilizar la expresión “*tener un derecho*”. Decimos que una persona ‘tiene derecho a la libertad de expresión’, aun cuando este derecho no sea respetado por el Estado. Las restricciones podrían mantenerse durante años, incluso décadas, y aún resultaría válido afirmar que esta persona ‘tiene derecho’ a expresarse en forma libre. Siguiendo a Nussbaum, entendemos que al usar el término esta manera, “*estamos diciendo que por el solo hecho de ser humana, una persona tiene una petición justificada para requerir que se le asegure una capacidad [...]*”²⁸.

Por otro lado, también podríamos referirnos a la situación de un Estado en particular, y afirmar que en este país los ciudadanos ‘tienen el derecho a la libertad de expresión’, queriendo decir con ello que “*normalmente esta petición urgente y justificada está*

medios de impugnación a la actividad estatal lesiva o contradictoria con estos derechos u otorgamiento discriminatorio de bienes públicos” (Zúñiga Urbina, Francisco. Derechos económicos, sociales y culturales: apuntes acerca de la naturaleza y justiciabilidad de los derechos fundamentales. En: Pensamiento Constitucional 13(13):336-337, 2012). El énfasis es propio.

²⁷Cejudo Córdoba, Rafael. Op. cit., p. 10.

²⁸ Nussbaum, Martha. Capabilities and Human Rights, op. cit., p. 293.

*siendo respondida, que el Estado responde a la petición que tienen por el solo hecho de ser humanos*²⁹. Si esta situación fuese exactamente la opuesta, afirmaríamos, como frecuentemente hacemos, que sus ciudadanos ven vulnerado su derecho, que éste se encuentra fuertemente limitado o, en casos extremos, que sencillamente carecen de él³⁰.

Entendemos que el enfoque de capacidades propuesto por Sen se encuadra en esta segunda acepción. Así utilizada, la expresión puede ayudar a evaluar el nivel de honestidad con que un Estado cumple, en un lugar y momento determinados, aquello que dice reconocer³¹.

Del mismo modo, el modelo teórico que proponemos permite identificar cómo interactúan el reconocimiento y ejercicio de un derecho fundamental en un contexto determinado, visibilizando distancias entre ambos niveles. Tratándose de diferencias particularmente amplias, como ocurrirá en casos de restricciones severas al ejercicio, este modelo arrojará como resultado situaciones de exclusión que de otra forma podrían no ser advertidas.

2. Las distancias entre reconocimiento y ejercicio podrían indicar niveles de vulnerabilidad o pobreza

De acuerdo a esta idea, límites y restricciones excesivas al ejercicio de derechos fundamentales ubicarían a una persona en una posición de mayor desventaja con respecto a otras. El argumento asume que los fenómenos de exclusión o pobreza poseen una naturaleza compleja, bastante más amplia que la insuficiencia de recursos

²⁹Idem.

³⁰Idem.

³¹ Una buena aplicación puede encontrarse en Hathaway, Oona. Op. cit.

monetarios. Su desarrollo puede explicarse de mejor forma atendiendo a la interacción de múltiples dimensiones, incluidas algunas de carácter normativo³².

Esta formulación teórica ha sido denominada por algunos autores como pobreza multidimensional³³. Buscando una forma de incluir variables relevantes que el modelo clásico no consideraba, autores como Amartya Sen, Martha Nussbaum, Sabine Alkire y James Foster han desarrollado mecanismos alternativos para medir el desarrollo humano, entendiendo que éste no se limita a la constatación de un cierto nivel de PIB per cápita³⁴. Puesto en términos sencillos, *“el crecimiento económico forma parte de la ecuación, pero no la completa”*³⁵.

³² De acuerdo al Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), “[...] la pobreza humana es más que un ingreso bajo, es la falta de lo que es necesario para el bienestar material. La pobreza humana es la negación de las elecciones y oportunidades básicas para el desarrollo humano que conduzca a una larga, saludable y creativa vida y que permita disfrutar de un nivel de vida decente, de libertad, dignidad, auto respeto y respeto por los demás” (Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Informe sobre desarrollo humano. Nueva York, Naciones Unidas, 1997, p.5). El concepto también ha sido definido por algunos organismos de Naciones Unidas en función de su vínculo con ciertos derechos: “[...] se puede definir la pobreza como una condición humana caracterizada por la privación prolongada o crónica de los recursos, capacidades, opciones, seguridad y poder para el disfrute de un estándar adecuado de vivir y de otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [s.a.], citado por Coates, Anna. Mediciones y conceptos de la pobreza multidimensional en México y América Central. México D.F., Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2009, p. 15).

³³ “Las vidas de los seres humanos pueden ser arruinadas y empobrecidas en formas muy diferentes. Alguien puede, por ejemplo, disfrutar de buena salud y vivir una larga vida, y aun así sufrir por ser analfabeto y mantenerse al margen del aprendizaje, como también de las comunicaciones e interacciones con otros que descansan en la lectura. Otra persona puede leer y ser muy bien educada, pero encontrarse particularmente propensa a una muerte prematura debido a las características epidemiológicas de su región o país. Si la alfabetización fuera el único criterio, la primera persona sería pobre y la segunda no. Si lo fuera la posibilidad de una muerte prematura, lo sería el segundo y no el primero. Pero ambos son, en sentidos importantes, bastante pobres, y sería un error concentrarse sólo en uno de estos tipos de información e ignorar el otro. Cuando consideramos distintas formas en las que una persona puede ser severamente pobre, encontramos otras dimensiones de pobreza o desventaja. (Anand, Sudhir y Amartya Sen. Concepts of human development and poverty: a multidimensional perspective. En: Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Poverty and Human Development: Human Development Papers. PNUD, New York, 1997, pp. 1-20).

³⁴ Véase al respecto, Anand, Sudhir y Amartya Sen, op. cit.; Alkire, Sabine and James Foster. Counting and multidimensional poverty measurement. En: Journal of Public

Con este propósito, los autores mencionados emplean el concepto de *capacidad* al que ya hemos hecho referencia, para definir aquello que las personas pueden o no hacer en un contexto determinado, con independencia de sus respectivos niveles de ingreso. Cuestionan que debamos alegrarnos sencillamente porque un país ha logrado incrementar, en promedio, uno o más indicadores económicos. Esta *teoría de las capacidades* propone ampliar la mirada, incluyendo otros factores relevantes: ¿cuentan las personas con una vivienda digna?, ¿pueden acceder a educación?, ¿cuentan con un trabajo estable?, ¿pueden acceder a un sistema previsional?³⁶

El modelo teórico que proponemos en este trabajo podría resultar un aporte para esta forma de entender la exclusión o la pobreza. Un análisis de las posibilidades de ejercicio de un derecho que ha sido reconocido por el Estado podría arrojar información relevante sobre las capacidades de sus titulares, contribuyendo a visibilizar niveles de exclusión. En suma, sostenemos que una dimensión normativa podría ser incorporada a los mecanismos de medición de la pobreza. Ello enriquecería los resultados obtenidos, al incluir ciertos factores –como el acceso a la salud– ignorados por los modelos tradicionalmente utilizados para caracterizar a un grupo de la población como pobre o vulnerable.

Economics 95(7): 476-487, 2011 y Nussbaum, Martha y Amartya Sen (comp.). La calidad de vida. México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1998.

³⁵Fanjul, Gonzalo y Rafael Vilasanjuan. Instituto de Salud Global de Barcelona. Notas del Laboratorio de Ideas de ISGlobal sobre inequidad y salud global, documento N° 18. Barcelona, ISGlobal, 2014, p. 4. [en línea]<https://www.isglobal.org/documents/10179/25254/18_la_brecha_2_indiv.pdf/3704420e-7c98-40dc-89b1-7ebaf52bedab> [consulta: 14 mayo 2015].

³⁶ Para una aplicación del concepto multidimensional de pobreza a la realidad chilena, véase Denis, Angela; Francisca Gallegos y Claudia Sanhueza. Pobreza multidimensional en Chile: 1990-2009. Documento de Trabajo, ILADES/Universidad Alberto Hurtado. Santiago, Universidad Alberto Hurtado, 2010.

III. POR QUÉ ESTUDIAR EL DERECHO A LA SALUD DE MUJERES MIGRANTES IRREGULARES

Como un complemento a la presentación del modelo teórico utilizado, este apartado busca poner de manifiesto la importancia del derecho a la salud de la población migrante como objeto de estudio para las ciencias jurídicas y sociales.

Con este propósito, se revisarán los principales conflictos de relevancia jurídica sobre la materia, haciendo énfasis en la titularidad restringida de migrantes indocumentados y las dificultades adicionales experimentadas por mujeres en igual situación.

1. Acceso a la salud de la población migrante irregular

a. Concepto de migración irregular

La migración irregular ha sido definida *como “aquella que ocurre fuera de las formas y procedimientos establecidos por los Estados para manejar el flujo ordenado de migrantes en sus territorios, a través y fuera de ellos”*³⁷. De este modo, serán migrantes irregulares o indocumentados *“quienes carezcan de una condición legal en un país anfitrión o de tránsito”*³⁸, ya sea por haber ingresado a un Estado sin autorización o por haber perdido con posterioridad la autorización para permanecer en él.

Las causas de la irregularidad migratoria son múltiples y responden, en la mayoría de los casos, a la situación particular que rodea a cada migrante. No obstante, es posible y aún necesario recurrir a ciertos criterios que faciliten la clasificación. Uno de ellos corresponde a la voluntariedad del traslado, permitiendo distinguir los casos de

³⁷ Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Fundamentos de Gestión para la Migración, vol. III, sección 3.12, [s.a.], p.6. [en línea] <http://www.crmsv.org/documentos/iom_emm_es/v3/v3s12_cm.pdf> [consulta: 15 abril 2015].

³⁸ Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos (ICHRP). Migración Irregular, tráfico ilícito de migrantes y derechos humanos: hacia la coherencia. Informe de Política. Ginebra, ICHRP, [s.a.], p.1. [en línea] <www.ichrp.org/files/summaries/40/122_pb_es.pdf> [consulta: 15 abril 2015].

migración voluntaria de todos aquellos en que el desplazamiento se produce sin el consentimiento del individuo –siendo la trata de personas un claro ejemplo–³⁹, derivándose de esta circunstancia un estado migratorio que no se ajusta a la legislación interna del país de destino.

Fuera de las situaciones donde se encuentran presentes uno o más elementos de engaño o coacción, la migración obedece a un proceso libremente consentido. En estos casos, la irregularidad migratoria puede responder a una o más de las siguientes razones: haber expirado el plazo de una visa o permiso de residencia; la pérdida de empleo y por consiguiente de la visa asociada a éste; el ingreso clandestino al país, a raíz del engaño provocado por traficantes de personas⁴⁰; el rechazo a la calidad de refugiado, en el caso de los solicitantes de asilo; junto a los ingresos irregulares que se han producido sin la intervención de terceras personas.

La distinción es relevante a lo menos por dos razones. En primer lugar, porque facilita la identificación de migrantes que han sido víctimas de delitos. Estas personas requieren de un apoyo especial, pues la infracción a las reglas de ingreso al país no ha sido consecuencia de una decisión voluntaria sino de un hecho delictivo cometido en su contra. Por ende, como ha sido expresamente recogido en instrumentos de Derecho

³⁹ El delito de trata de personas fue incorporado al Código Penal chileno el año 2011, a través del nuevo artículo 411 quáter. De acuerdo a éste último, “[e]l que mediante violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra capte, traslade, acoja o reciba personas para que sean objeto de alguna forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o extracción de órganos, será castigado con la pena de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales”. El Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos ha definido genéricamente a las víctimas de trata como “aquellas personas forzada[s] a viajar a otro país con propósitos de explotación” (ICHRP, op. cit., p.1).

⁴⁰ El Código Penal chileno se refiere al delito de tráfico de personas en su artículo 411 bis: “El que con ánimo de lucro facilite o promueva la entrada ilegal al país de una persona que no sea nacional o residente, será castigado con reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales” (inciso primero).

Internacional, los Estados deben brindarles un tratamiento diferenciado que asegure la adecuada protección de sus derechos⁴¹.

En segundo lugar, y como una consecuencia de lo anterior, esta distinción es importante porque orienta –o debiese orientar– el desarrollo de la política migratoria de un Estado. Sería un error tratar de igual forma situaciones que presentan claras diferencias, no sólo porque el proceso perdería eficiencia, sino porque esta falta de diferenciación podría agravar situaciones que merecen una atención y celeridad particulares.

La política de regularización, de existir, debe considerar las distintas rutas transitadas por quienes carecen de una situación regular, y orientar las respuestas administrativas de acuerdo a estas diferencias, considerando factores adicionales a los ya señalados: existencia o ausencia de vínculos de arraigo en el país, situación laboral, posición de especial vulnerabilidad –como ocurre, entre otros, con los menores de edad y con las mujeres migrantes irregulares durante el embarazo–.

b. Conflictos de relevancia jurídica propios de la migración irregular

Pese a los constantes esfuerzos estatales por aumentar las medidas de control en las fronteras⁴², el número de migrantes en una situación irregular aumenta año a año⁴³.

⁴¹ De acuerdo al Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, los migrantes que han sido víctimas de tráfico de personas “no estarán sujetos a enjuiciamiento penal” por su ingreso clandestino al país (art. 5). Además, los Estados Parte se comprometen a garantizar en sus respectivos territorios “[e]l trato humano de los migrantes afectados y la protección de sus derechos reconocidos conforme al presente Protocolo” (art. 14). Este instrumento fue adoptado por la Resolución A/RES/55/25 de 15 de noviembre de 2000, durante el quincuagésimo quinto período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y entró en vigor el 28 de enero de 2004. Fue ratificado por el Estado de Chile el 08 de agosto de 2002 y promulgado por el Decreto N° 342 el 16 de febrero de 2005.

⁴² Estas medidas comprenden, entre otras, “muros y barreras de defensa; requisitos de visa de alto costo; sanciones de transporte; controles fronterizos militarizados; detención; técnicas de escaneo de retina y otras técnicas de escaneo biométrico; almacenamiento internacional computarizado de datos [...]” (Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, op. cit., p.2). Junto a esta clase de iniciativas, el interés creciente de la comunidad internacional por controlar los flujos migratorios se ve reflejado en leyes e instituciones destinadas a fortalecer la

De acuerdo a la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), este fenómeno responde a la existencia de fuertes incentivos en los países de destino, “*que incluyen salarios más elevados, oportunidades de trabajo y seguridad*”⁴⁴, sumados a factores de inestabilidad en los países de origen, “*incluyendo la pobreza, el desempleo y la crisis*”⁴⁵.

El aumento constante y sostenido de la migración irregular tensiona al ordenamiento jurídico⁴⁶. Obliga, en primer término, a revisar los criterios de ingreso y el régimen de sanciones aplicable a quienes infringen la regulación vigente. Esta clase de

regulación intergubernamental, entre las que figuran “la Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional (UNTOC, 2000), la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (ICRMW, 2003), el Foro Mundial sobre Migración y Desarrollo (GFMD, 2007), y los Procesos Consultivos Regionales sobre Migración (PCR)”. Idem. Por otro lado, las leyes internas de cada Estado han experimentado un proceso similar. De acuerdo a un análisis reciente de reformas legislativas aprobadas por 14 países de la OCDE desde 1980, “la mayor parte de los países de destino mantienen en términos generales el grado de restricción de sus políticas, si no lo elevan ligeramente. [...] Aunque algunos países (como Suecia, EEUU, Australia, Alemania y Luxemburgo) han ido introduciendo medidas que aparentemente flexibilizan el modelo, muchas de ellas se reducen a simples mejoras administrativas (salvo en el caso de la inmigración calificada, donde la mayor parte de los países ricos compiten por atraer y conservar mano de obra extranjera)”. Fanjul Suárez, Gonzalo. Migraciones internacionales: las consecuencias de gobernar el siglo XXI con políticas del XIX. En: Análisis del Real Instituto Elcano (ARI) 56:4, 2010.

⁴³De acuerdo a datos del Parlamento Europeo, sólo durante 2014 permanecían irregulares en los distintos Estados Miembros de la Unión Europea más de medio millón personas (European Parliamentary Research Service. Irregular Immigration In The EU: Facts And Figures). [en línea] < <http://epthinktank.eu/2015/04/27/irregular-immigration-in-the-eu-facts-and-figures/> > [consulta: 12 mayo 2015] Siguiendo a Fanjul, “más allá de los altibajos que provoquen los ciclos económicos, todo indica que deberíamos esperar un crecimiento continuado de las presiones migratorias entre los países más pobres y las regiones más desarrolladas. La movilidad temporal o permanente de los trabajadores y de sus familias caracterizará la globalización económica de los próximos años del mismo modo que hoy está caracterizada por la circulación de bienes, servicios y capitales” (Fanjul Sánchez, op.cit., p. 3).

⁴⁴ Organización Internacional para las Migraciones (OIM), op.cit., p.9.

⁴⁵Idem.

⁴⁶ Para Fanjul, “la regulación de los flujos migratorios modernos sitúa a nuestras sociedades y a sus líderes ante los límites de la imaginación política, y nos obliga a reconsiderar los parámetros éticos con los que nos hemos desenvuelto hasta ahora [...]. La consolidación de bolsas amplias de inmigración irregular ha establecido en muchos países dos categorías de ciudadanos: los legales, que disfrutan de los derechos y obligaciones de las democracias liberales; y los indocumentados, atrapados en un limbo legal cuyos perjuicios y beneficios varían dependiendo de las circunstancias” (Fanjul Sánchez, op. cit., p. 3).

regulaciones de frontera se enfrentan a lo que ha sido denominado como derecho a migrar o *ius migrandi*⁴⁷, que entiende a la migración como un derecho inherente a todo ser humano por el hecho de ser tal, y supone, de ser respetado, una minuciosa evaluación de las restricciones estatales a la movilidad.

Un segundo punto de tensión corresponde a los criterios de permanencia que forman parte del derecho interno de un Estado. Una vez que un migrante o grupo de migrantes ha logrado ingresar legalmente al país de destino, éste último se encuentra en la necesidad de fijar condiciones, plazos y requisitos para su estadía. Los focos de conflicto resultan evidentes: ¿cuán restrictiva será esta regulación?, ¿cuán altos los costos?, ¿qué tan complejo resultará obtener un permiso de trabajo, o de residencia?, ¿existirán requisitos diferenciados de acuerdo a la nación de origen?

⁴⁷ La existencia de un derecho a migrar dentro del catálogo de derechos humanos ha despertado un intenso debate académico, que en lugar de avanzar hacia consensos definitivos suma con creciente intensidad nuevas y distintas posiciones. Una introducción al problema puede revisarse en Carbonell, Miguel. Derecho a migrar. En: Estado constitucional y globalización, 2ª edición, México, IJ-UNAM, Porrúa, 2003, pp. 59 – 68. Los distintos argumentos utilizados para fundar un derecho a cruzar y permanecer dentro de las fronteras estatales son expuestos por David Miller, en su trabajo *Is there a right to immigrate?* (Working Papers Series, SJ033, Center for the Study of Social Justice, Department of Politics and International Relations, Oxford University, 2013). [en línea] <<http://www.politics.ox.ac.uk/materials/publications/13732/sj033is-there-a-human-right-to-immigrate-final-draft.pdf>> [consulta: 20 mayo 2015]. Una excelente presentación de los argumentos a favor de un derecho a migrar puede encontrarse en el trabajo de Kieran Oberman, *Immigration as a Human Right*. Just World Institute (JWI), working paper series n° 013/03. Edinburgh, Edinburgh University - JWI, 2013. [en línea] <http://www.sps.ed.ac.uk/jwi/research/working_papers/kieran_oberman,_immigration_as_a_human_right> [consulta: 26 mayo 2015]. Una postura restringida con respecto a la existencia de este derecho es sostenida por el Tribunal Constitucional Chileno. De acuerdo al razonamiento expuesto en la sentencia Rol N° 2273, los nacionales de un Estado cuentan con un derecho amplio a atravesar sus fronteras –derecho a emigrar– y a desplazarse dentro de sus márgenes (“frente a esta realidad, el punto de partida es sostener, junto a todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que toda persona tiene el derecho a emigrar de su país”. Considerando décimo). Por contrapartida, el ingreso al territorio de un Estado –derecho a inmigrar– puede ser restringido legítimamente (“el derecho a emigrar de toda persona no supone el deber de los Estados de consagrar la inmigración como un derecho subjetivo de los extranjeros. [...] “[E]l deber estatal de recibir es una cuestión sometida al derecho interno de cada Estado, pero cumpliendo las obligaciones propias del Derecho Internacional”. Considerando undécimo). STC Rol N° 2273, del 04 de julio de 2013.

Como tercer punto a considerar, la regulación debe referirse al régimen de sanciones aplicable a quienes han infringido la legislación migratoria, pronunciándose eventualmente sobre la expulsión del país como una de estas posibles sanciones. Es quizás en este punto donde pueden llegar a producirse los conflictos más serios y las mayores vulneraciones a los derechos de la población extranjera: los procedimientos de sanción y expulsión deben considerar y respetar derechos tales como el acceso a la justicia, la igualdad ante la ley, la integridad física y síquica y el debido proceso legal⁴⁸. Junto con ello, los órganos jurisdiccionales competentes para resolver habrán de considerar principios fundamentales vinculados a la familia, como el interés superior del niño y la reunificación familiar⁴⁹.

En cuarto lugar, la migración irregular tensiona al ordenamiento jurídico obligando a regular la extensión y alcance de los derechos que serán reconocidos a migrantes en esta posición. ¿Se permitirá el acceso de sus hijos a establecimientos públicos de educación?, ¿existirá asistencia jurídica gratuita a su disposición?, ¿existirán subsidios habitacionales que los consideren?, ¿qué clase de cobertura se les brindará en materia de salud?

Este trabajo considera las interrogantes que la migración irregular despierta, y se enfoca en este último aspecto: de qué forma la permanencia de migrantes con un estatus migratorio no regularizado demanda del ordenamiento jurídico respuestas que

⁴⁸ Así ha sido reconocido tanto por el Tribunal Constitucional chileno (véanse al respecto las sentencias Roles N° 2273 y N° 2257, del 04 de julio y 10 de septiembre de 2013, respectivamente) como por la Excm. Corte Suprema (son especialmente interesantes los fallos Roles N° 66, 400 y 3563, todos de 2013). Para un completo análisis jurisprudencial de los criterios utilizados por ambos tribunales, véase Godoy Araya, Rodrigo y Marcel Didier von der Hundt. Comentarios de jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional sobre derechos humanos de las personas migrantes durante el año 2013. En: Anuario de Derechos Humanos 10: 139 – 150, 2014.

⁴⁹ Los criterios internacionales sobre la materia han sido delineados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su “Opinión Consultiva sobre Niñez Migrante”, emitida el 19 de agosto de 2014 (Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. San José de Costa Rica, CIDH, 2014).

éste no siempre se encuentra en posición de ofrecer. No, al menos, sin un proceso previo de deliberación, adaptación y adopción de decisiones relevantes en materia de derechos.

c. El derecho a la salud como objeto de especial interés

Si nos referimos a la salud de la población global, resultaría injusto obviar los enormes avances conseguidos en el último cuarto de siglo. Sólo por mencionar algunas cifras destacadas, es posible señalar:

“[Que durante este periodo] [l]as políticas de inmunización o la atención a la salud de las madres, han logrado reducir de 12,6 a 6,6 millones el número de niños que mueren por causas evitables antes de cumplir los cinco años. El porcentaje de niños de esa edad con problemas de bajo peso cayó del 28% al 17% mientras aumentaba [...] el número total de partos atendidos por personal especializado. Las infecciones por VIH se redujeron entre 2001 y 2012 un 33%, en respuesta a una estrategia preventiva y paliativa que también está dando frutos importantes en otros frentes como el de la malaria, la tuberculosis o la polio”⁵⁰.

No obstante, este desarrollo –expresado en indicadores que son construidos a partir de promedios– oculta importantes diferencias. A modo de ejemplo, conviven en la India “*millones de obesos, en una sociedad en la que cuatro de cada diez niños padece desnutrición*”⁵¹. Incluso en economías desarrolladas como EE.UU., las diferencias resultan llamativas: “*mientras el 1% más rico de la población ha logrado capturar el 95% del crecimiento económico tras la recuperación de la crisis, la posibilidad de*

⁵⁰ Fanjul y Vilasanjuan. Op. cit., p. 5.

⁵¹Ibídem, p.6.

*muerte de un bebé de madre afroamericana es entre 1,5 y 3 veces más alta que la de otras razas o etnias*⁵².

La universalidad del acceso a la salud reclamada por la comunidad internacional⁵³ contrasta con realidades disímiles, que también se manifiestan en el campo del derecho. A pesar de la formulación universal de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, con frecuencia los nacionales de un país cuentan con una protección más intensa de sus derechos fundamentales que los extranjeros; ello se suma a las dificultades experimentadas por los trabajadores migratorios y sus familias, que dificultan o *“impiden un pleno goce de sus derechos humanos”*⁵⁴.

Las restricciones en el acceso a la salud experimentadas por migrantes así lo evidencian: este derecho es ejercido por un ciudadano español, norteamericano, coreano o chileno de un modo distinto al de un migrante irregular en cualquiera de estas naciones.

Así, la diferencia entre reconocimiento y ejercicio puede apreciarse de un modo ilustrador en el derecho a la salud de la población migrante irregular. Mientras las

⁵² Brechas de esta naturaleza también son observables al contrastar la población migrante con el resto de los habitantes de un Estado. De acuerdo a un estudio sobre “Calidad e Igualdad de acceso a los servicios de atención de la salud” financiado por la Unión Europea, “[l]a evidencia epidemiológica de varios países (Alemania, los Países Bajos y el Reino Unido) confirma que el estado de salud de grandes poblaciones de inmigrantes es más pobre que la de los nativos. En general, los problemas de salud a menudo se superponen con las privaciones y malas condiciones de vida, poniendo de relieve la relación entre la pobreza, la mala salud y la falta de acceso” (Stanciole, Anderson y Manfred Huber. Access to Health Care for Migrants, Ethnic Minorities, and Asylum Seekers in Europe. Policy Brief May 2009. Vienna, European Center for Social Welfare Policy and Research, 2009, p.2).[en línea] <http://www.euro.centre.org/data/1254748286_82982.pdf> [consulta: 16 mayo 2015]. La traducción es propia.

⁵³Cfr. Evans, David B., Justine Hsu y Ties Boerma. Universal health coverage and universal access. En: Bulletin of the World Health Organization 91(8): 546-546A, 2013.

⁵⁴ Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH). Informe complementario a la presentación del Estado de Chile ante el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus familiares. Santiago, INDH, 2011. [en línea] <<http://www.indh.cl/pdf/Informe%20Trabajadores%20Migratoriosweb.pdf>> [consulta: 28 abril 2015].

naciones occidentales continúan ratificando instrumentos internacionales que reconocen en forma amplia a este derecho como uno de carácter universal, incluyéndolo en catálogos de derechos fundamentales que forman parte de distintos cuerpos constitucionales⁵⁵, una fuerte tendencia hacia la restricción en el acceso a la salud de aquellos migrantes no regularizados suma día a día nuevos adeptos⁵⁶.

El conflicto resulta claro: las normas contenidas en los principales tratados internacionales se encuentran lejos de ser respetadas⁵⁷. Por el contrario, algunos Estados han comenzado a utilizar el derecho a la salud *“como una herramienta para desalentar la entrada de nuevos inmigrantes”*, en lugar de trabajar –de acuerdo al compromiso adquirido tras la suscripción de esta clase de instrumentos– por la *“realización progresiva de este derecho”*⁵⁸. En el caso europeo, el aumento sostenido de migrantes ha comenzado a presionar el control de las fronteras; la migración irregular complica la posición de los Estados. Existen, por un lado, una serie de prerrogativas y derechos consagrados a nivel interno e internacional, reclamados por la población migrante irregular y por las organizaciones de la sociedad civil encargadas de

⁵⁵ Sólo en América Latina, la salud como un derecho fundamental es reconocida en forma expresa por las Constituciones de Argentina (artículo 75 inc. 22), Perú (artículo 7), Colombia (artículo 1), Brasil (artículo 196), Venezuela (artículo 83) y Chile (artículo 19 n° 9).

⁵⁶ Un exhaustivo análisis comparado entre dieciséis países de la Unión Europea puede revisarse en el documento preparado por la Red sobre la Salud de Migrantes Indocumentados y Solicitantes de Asilo (HUMA, en inglés), *Are Undocumented Migrants and Asylum Seekers entitled to Access Health Care in the EU?* HUMA, 2010. [en línea] < <http://www.epim.info/wp-content/uploads/2011/02/HUMA-Publication-Comparative-Overview-16-Countries-2010.pdf> > [consulta: 08 abril 2015]. El tratamiento que algunas naciones latinoamericanas otorgan a la migración destaca como excepción frente a esta tendencia restrictiva. Tanto Uruguay como Argentina garantizan en forma expresa el derecho a la igualdad de trato, “y en particular el derecho a la educación y a la salud sin importar la situación y condición migratoria. Incluso se establece que las autoridades de los centros educativos y de salud implementarán los servicios necesarios para brindar a las personas migrantes la información que posibilite su regularización en el país”. Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos MERCOSUR (IPPDH). La implementación de los acuerdos del MERCOSUR relativos a la protección de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes. Diagnóstico y Lineamientos para la Acción. Sarmiento, IPPDH, 2012, p. 33.

⁵⁷ Cfr. Red sobre la Salud de Migrantes Indocumentados y Solicitantes de Asilo (HUMA). Op. cit.

⁵⁸ *Ibidem*, p.4.

prestarles apoyo. El derecho universal a la salud es considerado, además, como “*uno de los fundamentos del Estado de Bienestar*”⁵⁹.

Por otro, un número excesivamente alto de personas que se benefician del sistema sin contribuir a su adecuada subsistencia económica podría poner en riesgo la forma en que la salud es entendida bajo un modelo como el Estado de Bienestar. Un migrante en situación irregular no se encuentra en posición de financiar la atención de salud recibida. Existe, entonces, el riesgo de que una provisión indiscriminada de esta clase de servicios termine por romper el equilibrio financiero necesario para la subsistencia del sistema⁶⁰.

Pese a ello, la idea misma de la salud como un derecho universal impide considerar legítimo este último razonamiento. Tratándose de un derecho que corresponde a sus titulares por el solo hecho de ser personas⁶¹, no es posible –no al menos desde esta lógica– restringir su acceso a quienes no sean capaces de financiar el gasto. Esta forma de entender el derecho a la salud ha sido compartida por autores como Fanjul y Vilasanjuan (2014), quienes han criticado el tránsito desde el reconocimiento a la limitación en el modelo migratorio español:

“Cuando una sociedad como la española acepta por razones económicas que un número indeterminado de varios cientos de miles de inmigrantes en situación irregular queden legalmente excluidos del sistema sanitario, lo que está haciendo es abrir la puerta a la

⁵⁹ Fanjul y Vilasanjuan. Op. cit., p.4.

⁶⁰ Este fue uno de los principales argumentos para la reforma española de 2012, que restringió el acceso de migrantes indocumentados a la red pública de salud, hasta entonces permitido. Véase al respecto el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril de 2012, sobre “Medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones”. [en línea] <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rd16-2012.html> [consulta: 04 mayo 2015].

⁶¹ Cfr. Organización Mundial de la Salud (OMS). Argumentando sobre la Cobertura Sanitaria Universal. Suiza, OMS, 2013.

*mercantilización de un bien común: existe el derecho en la medida en que podamos pagarlo*⁶².

El debate se encuentra abierto, y las implicancias de la posición adoptada por cada Estado son de gran envergadura. Este trabajo busca contribuir a la discusión identificando la respuesta entregada por el ordenamiento jurídico chileno a la pregunta por el acceso a la salud de la población migrante irregular, facilitando la identificación de aciertos, errores y dimensiones sobre las que aún reste por trabajar.

2. Mujeres migrantes como grupo vulnerable

Esta investigación se centra en mujeres que carecen de una situación migratoria regular, buscando identificar de qué manera se reconoce su derecho a la salud y cómo se materializa este reconocimiento normativo en nuestro país.

Puesto que el objetivo principal del estudio es la detección de diferencias entre reconocimiento y ejercicio de este derecho, la hipótesis de trabajo supone que estas brechas pueden resultar más amplias, y por tanto observarse con mayor facilidad en el caso de mujeres –entendiendo que este grupo posee un nivel de vulnerabilidad mayor al del resto de la población migrante adulta–⁶³.

Si las mujeres migrantes irregulares se encuentran en una posición de especial fragilidad, entonces puede discutirse, en primer lugar, si acaso resulta necesario adoptar medidas dirigidas a protegerlas de una manera distinta al resto de la población. Luego, una respuesta positiva a esta primera pregunta traslada la discusión a un

⁶² Fanjul y Vilasanjuan. Op. cit., p.7.

⁶³ La referencia a la población adulta busca diferenciar al grupo estudiado de la niñez o infancia migrante, expuesta a riesgos y espacios de desprotección aún mayores que aquellos que afectan a mujeres. Para una explicación más exhaustiva sobre conflictos vinculados a la niñez migrante, véase la opinión consultiva OC-21/14 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, op. cit.

segundo nivel -¿de qué forma y hasta qué punto el Estado debiese brindar esta mayor protección?-.

Este trabajo no busca hallar una respuesta para todas estas interrogantes. El propósito es bastante más sencillo: identificar aquello que el ordenamiento jurídico chileno declara reconocer bajo la forma de derechos y contrastarlos luego con la respuesta efectiva de nuestro país en esta materia. No obstante, resulta necesario aportar antecedentes que justifiquen su elección como objeto de estudio, y que permitan comprender el contexto de la discusión: estos antecedentes deben referirse al papel desempeñado por mujeres en la migración, a los argumentos para entender que se trata de un grupo especialmente vulnerable y a los desafíos planteados por el derecho a la salud en este caso particular.

a. Feminización del proceso migratorio

Un estudio moderno de la población migrante debiese dedicar un apartado especial a la situación experimentada por mujeres. El fenómeno migratorio no puede ser analizado sin reconocer el papel clave que éstas desempeñan, al actuar como protagonistas indiscutidas de la movilidad humana en amplias regiones del planeta⁶⁴.

Ello implica, adicionalmente, reconocer las particularidades de la migración femenina: identificar los riesgos a los que se encuentran expuestas, las necesidades específicas que las distinguen del resto de la población migrante y los problemas que las afectan

⁶⁴De acuerdo al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), “[a]ctualmente, cerca de la mitad de la población migrante del planeta está constituida por mujeres. Factores tan diversos como la globalización, el deseo de buscar nuevas oportunidades, la pobreza, el desequilibrio de ciertas prácticas culturales y la violencia por motivo de género en los países de origen, los desastres naturales o las guerras y los conflictos armados internos influyen en la migración de la mujer”. (CEDAW. Recomendación General N° 26 (CEDAW/C/2009/WP.1/R), párrafo 8. Adoptada durante el 42° periodo de sesiones. Sistema de Naciones Unidas, 2008). Véase, además, Zlotnik, Hania. The Global Dimensions of Female Migration. Migration Policy Institute, 2003. [en línea] <<http://www.migrationpolicy.org/article/global-dimensions-female-migration>> [consulta: 08 mayo 2015]

en casos de irregularidad –a qué derechos pueden o no acceder, en qué condiciones, bajo qué requisitos, entre otras variables relevantes-.

A contar de 1960, la participación de mujeres ha registrado un aumento sostenido en la migración a escala global⁶⁵. Los números varían, no obstante, entre una región y otra. Mientras las cifras absolutas impiden identificarlas como mayoría, un análisis relativo indica que en aquellas regiones donde la migración se produce con mayor intensidad existe un mayor porcentaje de mujeres en proporción a hombres en igual situación⁶⁶.

En América Latina esta presencia femenina resulta particularmente notoria, registrando *“la mayor proporción de mujeres entre las personas migrantes internacionales, con un guarismo similar al de las regiones más desarrolladas en su conjunto”*⁶⁷. Algunos autores (Martínez, 2003; Villa y Martínez, 2002⁶⁸) han llegado incluso a sostener que esta feminización cuantitativa en la escala intrarregional *“es un rasgo característico de la migración en los últimos decenios”*⁶⁹.

Chile ha experimentado un proceso similar. De acuerdo al censo de 1992, la proporción de mujeres respecto del total de inmigrantes alcanzaba un 49,2%. No obstante, bastaron diez años para que esta proporción superara la barrera del cincuenta por ciento; según resultados del censo de 2002, la cantidad de mujeres sobre el total de inmigrantes correspondía a un 52,2%⁷⁰. De acuerdo a información

⁶⁵ Véase al respecto el trabajo de Jorge Martínez Pizarro, El mapa migratorio de América Latina y el Caribe, las mujeres y el género. Serie Población y Desarrollo 44. Proyecto Regional de Población CELADE - UNFPA (Fondo de Población de las Naciones Unidas). Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2003, pp.19 - 20.

⁶⁶Idem.

⁶⁷Ibidem, p. 19.

⁶⁸ Villa, Miguel y Jorge Martínez. Rasgos sociodemográficos y económicos de la migración internacional en América Latina y el Caribe. En:Capítulos del SELA (Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe) 65: 26-67, mayo-agosto, 2002.

⁶⁹ Martínez, Jorge. Op. cit., p. 19.

⁷⁰Stefoni, Carolina. Perfil Migratorio de Chile. Santiago, OIM, 2011, p.33. De acuerdo a la autora, “la información del Departamento de Extranjería y Migración para 2010

entregada por la encuesta CASEN realizada el año 2013⁷¹, la cifra ha aumentado hasta alcanzar un 55,1%.

Si consideramos únicamente a migrantes latinoamericanos, la participación femenina resulta incluso superior: mujeres latinoamericanas representan en Chile al 53,8% del total de migrantes provenientes de la misma región⁷². Las cifras varían entre una nacionalidad y otra, demostrando que este proceso de feminización se acentúa en ciertos casos. Así, de acuerdo a cifras del año 2010, las mujeres representan un 56,8% del total de migrantes peruanos en Chile; un 58,5% en el caso colombiano; 55% corresponde a mujeres ecuatorianas y 53% a bolivianas⁷³.

Autores como Lim (1998) y Stefoni (2011) relacionan este incremento en ciertos flujos migratorios con la mayor incorporación de la mujer al mercado del trabajo, especialmente en sociedades con un perfil demográfico envejecido. Este envejecimiento poblacional, sumado a la creciente integración femenina al mundo laboral favorecería la presencia de mujeres migrantes al interior de los hogares⁷⁴. En Chile, la participación laboral femenina pasó de 38% en 1996 a 47% en el año 2008 (PNUD, 2010), elevando de manera correlativa la demanda por cuidadoras y trabajadoras domésticas en el país⁷⁵.

coincide con esta tendencia, pues señala que el 53% de los extranjeros son mujeres”. *Ibíd*em, p.35.

⁷¹ Véase nota N° 3.

⁷² Zamora Valdés, Patricia. Salud sexual y reproductiva de las Mujeres Migrantes Internacionales Latinoamericanas en Santiago. Memoria para optar al Título Profesional de Sociólogo, Universidad de Chile, 2009, p.19.

⁷³ Stefoni, C. *Op. cit.*, p.33.

⁷⁴ Martínez, J. *Op. cit.*, pp. 60 - 61.

⁷⁵ El informe del PNUD mencionado por Stefoni (Programa de las Naciones Unidas Para El Desarrollo. Informe de Desarrollo Humano en Chile. Género: los desafíos de la Igualdad. Santiago, PNUD, 2010) destaca en forma especial al tramo etario de 25 a 39 años, donde la participación laboral femenina comprende a seis de cada diez mujeres. El estudio agrega que este incremento se produce en forma más acentuada en mujeres con alta escolaridad. Stefoni, *op. cit.*, p. 33.

b. Concepto de discriminación⁷⁶ cruzada o interseccional

La migración no beneficia a todos del mismo modo. Pese a que las mujeres continúan impulsando la migración internacional, permanece ausente un aumento similar en las condiciones de vida que adoptan al trasladarse de un país a otro. Piénsese, por ejemplo, en aquellas profesionales que llegan a Estados Unidos como inmigrantes y refugiadas para convertirse en trabajadoras domésticas⁷⁷.

Una mujer extranjera que desconoce el idioma, ha dejado a su familia y a su entorno vital, carece de ingresos suficientes y además teme a la expulsión si se encuentra en una situación irregular, pertenece a aquel grupo de vulnerables entre vulnerables⁷⁸:

⁷⁶ La discriminación puede ser definida como “toda distinción, restricción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, descendencia, 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 las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social o cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública” (Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, art. 1). Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Serie de Tratados de Naciones Unidas, vol. 660, p. 195.

⁷⁷ Un análisis de este fenómeno en el caso de trabajadoras domésticas norteamericanas puede encontrarse en Hondagneu-Sotelo, Pierrette. *Doméstica: immigrant workers cleaning and caring in the shadows of affluence*. Berkeley, University of California Press, 2011. La situación en América Latina es analizada por Jeanine Anderson (2004), quien se refiere al vínculo entre el género y los sistemas étnicos y raciales en las trabajadoras domésticas. Para la autora, la canalización hacia el trabajo doméstico es uno de los ejemplos más claros de la intersección entre ambos sistemas. Véase al respecto Anderson, Jeanine. *Categorías de diferencia, trayectorias de desigualdad: Superar la pobreza femenina diversa en América Latina*. En: Valenzuela, María Elena y Marta Rangel. *Desigualdades entrecruzadas: pobreza, género, etnia y raza en América Latina*. Santiago, Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe, 2004, pp. 87 – 137.

⁷⁸ Esta vulnerabilidad se manifiesta además es una mayor exposición a situaciones de violencia, abuso y discriminación. Autores como Carmen Pérez González (2012) han estudiado la situación jurídica de mujeres migrantes que han sido víctimas de alguna forma de violencia de género. Esta autora se pregunta por el alcance de las obligaciones estatales cuando el daño se produce dentro del Estado de destino, destacando ciertos tratados de derechos humanos que se refieren a este fenómeno –en especial, el Convenio Europeo para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, adoptado en el marco del Consejo de Europa el 11 de mayo de 2011– (Pérez González, Carmen. *Migraciones irregulares y derecho internacional: gestión de los flujos migratorios, devolución de extranjeros en situación administrativa irregular y derecho internacional de los derechos humanos*. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2012). La especial desprotección que rodea a la feminización del proceso migratorio también ha sido puesta de manifiesto por la Relatora Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes entre 1999 y 2005, Gabriela Rodríguez Pizarro. En su Informe a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas (E/CN.4/2004/76) del 12 de enero de

“Las mujeres migrantes, particularmente las indocumentadas, [...] experimentan con más frecuencia riesgos sociales —como la pobreza, el desempleo y la subordinación en sus hogares de origen— y tienen menos capacidad de respuesta individual e institucional frente a ellos”⁷⁹.

Existe entonces un vínculo entre migración femenina y vulnerabilidad o pobreza. Ahora bien, ¿por qué razón las mujeres que migran se encuentran expuestas a mayores riesgos? El concepto de discriminación cruzada supone que no existe una única respuesta para esta pregunta.

La expresión *discriminación cruzada* o *interseccional* fue acuñada en el sistema estadounidense por Kimberlé Williams Crenshaw en 1995, como una forma de explicar las particularidades del racismo que afectaba a mujeres afroamericanas, más intenso que aquél ejercido sobre hombres de color en una posición similar⁸⁰. En adelante, el término ha sido utilizado para relacionar la desprotección que afecta a ciertas mujeres que forman parte de sistemas complejos de desigualdades de origen. “[E]stos sistemas

2004, la Relatora sostuvo: “Muchas migrantes sufren violaciones de sus derechos y acaban trabajando en condiciones de abuso, e incluso inhumanas y degradantes, sin tener protección ni posibilidad de obtener un remedio efectivo” (p.2). Hizo, además, una serie de recomendaciones a los Estados de origen y destino de importantes flujos de trabajadoras migrantes “para que se tomen todas las medidas necesarias para asegurar la protección de los derechos [...] y eliminar los factores que las hacen vulnerables en todas las fases de la migración, desde el reclutamiento hasta el retorno” (idem.). En el mismo sentido, véase la Resolución A/RES/60/139, aprobada el 07 de febrero de 2006 por la Asamblea General de Naciones Unidas durante su sexagésimo periodo de sesiones, sobre la Violencia contra las Trabajadoras Migratorias.

⁷⁹ Martínez, J. Op.cit., p.58.

⁸⁰Crenshaw Williams, Kimberlé. Mapping the margins: Intersectionality, identity politics, and violence against women of color. En: Crenshaw et al. (eds.), *Critical race theory*. New York, New Press, 1995, pp. 357–383. [en línea] <www.wcsap.org/Events/Workshop07/mapping-margins.pdf> [consulta: 16 mayo 2015].

*se entrelazan, lo que da lugar a diferentes niveles y grados de discriminación y exclusión que variarán en función de los grupos de mujeres*⁸¹.

Esta noción destaca las dificultades adicionales que surgen para una mujer cuando se suman a las discriminaciones de género aquellas vinculadas a su nivel educacional, nivel de ingresos, raza, nacionalidad o color de piel. Es decir, *“existe una confluencia de factores que se potencian al experimentar discriminación”*⁸².

Como ha sido señalado, un buen ejemplo de esta acumulación de desventajas⁸³ puede encontrarse entre mujeres migrantes. En ellas se reúnen tres fuentes de vulnerabilidad: en primer lugar, el hecho de ser mujeres las expone a mayores niveles de violencia física y psicológica, menores remuneraciones y un ascenso profesional bastante más lento al de hombres igualmente capacitados. Luego, una nacionalidad distinta puede dar lugar a discriminación en razón de idioma, costumbres e incluso aspecto físico. Finalmente, a esto puede sumarse la irregularidad migratoria, que las excluye de trabajos estables y del estatuto laboral vigente. Mujeres migrantes irregulares se ven forzadas a trabajar en sectores que han sido previamente rechazados por aquellas mujeres del país al que se desplazan, y, lo que resulta más grave, se encuentran fuera de cualquier sistema institucional de protección social⁸⁴.

⁸¹ Muñoz Cabrera, Patricia. *Violencias Interseccionales: Debates feministas y marcos teóricos en el tema de pobreza y violencia contra las mujeres en Latinoamérica*. Tegucigalpa, Central American Women's Network, 2011, p.12.

⁸² Gómez, Fanny. *La interseccionalidad en la discriminación*. Red de Educación Popular entre Mujeres de América Latina y el Caribe, 2003, p. 1. [en línea] <http://www.inmujeres.gub.uy/innovaportal/file/21589/1/15_la_interseccionalidad_en_la_discriminacion.pdf> [consulta: 18 mayo 2015].

⁸³ Cfr. Salles, Vania y Rodolfo Tuirán. *¿Cargan las mujeres con el peso de la pobreza?: Puntos de vista de un debate*. Cuadernos de Desarrollo Humano, 2002-7. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Guatemala, Sistema de Naciones Unidas, 2003.

⁸⁴ Las condiciones de precariedad que rodean a trabajadoras migrantes irregulares pueden verse agravadas por factores adicionales de discriminación. Como ha sido señalado por el Instituto de Derechos Humanos Chileno (INDH, 2011), “la raza, el sexo, la orientación sexual, la edad, la extracción socio-económica, la opinión política y el credo, entre otros, son elementos que pueden contribuir a colocar a las personas en condiciones de vulnerabilidad”. INDH, op. cit., p.5.

Con todo, cada Estado es libre para reconocer esta mayor fragilidad, que un concepto como el de discriminación cruzada busca poner de manifiesto. Hay quienes abogan por su reconocimiento, solicitando la adopción de medidas especiales de protección⁸⁵ o la extensión de los programas ya existentes a mujeres migrantes en situación irregular.

Este trabajo recoge ciertas aplicaciones del concepto: hay razones para suponer que este grupo puede experimentar dificultades adicionales en el ejercicio de sus derechos. Por tanto, valdría la pena identificar —empleando herramientas jurídicas— el nivel de coherencia que el Estado chileno exhibe al respecto.

c. Particularidades del derecho a la salud en mujeres migrantes irregulares

Esta sección ha puesto de manifiesto un conflicto de relevancia jurídica, que involucra a la población migrante y su derecho a la salud: ¿debe extenderse la universalidad de esta garantía a quienes no comparten la nacionalidad del país en el que habitan?

En un sentido similar, Martínez (2003) se refiere a las condiciones de precariedad que rodean la inserción laboral de migrantes latinoamericanas y caribeñas: “La discriminación y violación de sus derechos se presenta a partir de variables que no siempre son tan fáciles de separar o destacar como ‘razón principal de discriminación’. En la mayoría de los casos son una combinación de varios factores, como la situación residencial —documentada o indocumentada—, el país de origen, la etnia, el tiempo de residencia en el país de destino, el dominio del idioma, el nivel de educación y otras variables”. Martínez, op. cit., p.60 - 61.

⁸⁵ En el sistema de Naciones Unidas destacan las Recomendaciones Generales N° 24 (1999), N° 26 (2008; dedicada especialmente a analizar la situación de trabajadoras migrantes) y N° 28 (2010) adoptadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Todas reconocen la desprotección de mujeres migrantes irregulares y proponen la adopción de medidas dirigidas a reducirla. Al respecto, la Recomendación N° 28 relaciona la discriminación de la mujer a factores como “la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase [...]” (párrafo 18). El Comité reconoce que la discriminación “puede afectar a las mujeres de algunos grupos en diferente medida o forma que a los hombres” (idem), y sugiere a los Estados partes “reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas. También deben “aprobar y poner en práctica políticas y programas para eliminar estas situaciones y, en particular, cuando corresponda, adoptar medidas especiales de carácter temporal” (idem). CEDAW. Recomendación General N° 28 (CEDAW/C/GC/28), adoptada durante el 47° periodo de sesiones. Sistema de Naciones Unidas, 2010. [en línea] <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/472/60/PDF/G1047260.pdf?OpenElement>> [consulta: 24 mayo 2015].

La forma en que cada Estado responde esta pregunta puede generar dificultades importantes para quienes residen en un país como extranjeros. Estas dificultades, bastante más agudas en casos de irregularidad, se manifiestan en hombres y mujeres de distintas maneras.

Es cierto que las diferencias biológicas entre ambos dan origen a distintas necesidades en materia de salud. Sin embargo, no puede desconocerse la influencia ejercida por ciertos factores sociales, que provocan variaciones incluso entre las propias mujeres⁸⁶. Si estas diferencias biológicas explican sólo parcialmente por qué algunas mujeres son más sanas y mueren menos o más tardíamente que otras, entonces la explicación adicional debe buscarse en otro lugar.

La búsqueda de esta explicación adicional es el punto de partida para indagar la relación de mujeres migrantes irregulares con respecto a la salud. ¿Por qué razón las mujeres migrantes perciben de peor forma su salud que el resto de la población?, ¿cómo explicar que sus indicadores en esta materia se encuentren efectivamente bajo el promedio?⁸⁷

⁸⁶Cfr. Borrell, Carme, et al. Desigualdades en salud según la clase social en las mujeres: ¿Cómo influye el tipo de medida de la clase social? En: Gaceta Sanitaria 18: 75-82, 2004; Geronimus, Arline. Understanding and eliminating racial inequalities in women's health in the United States: the role of the weathering conceptual framework. En: Journal of the American Medical Women's Association 56(4): 133- 136, 2001; Macran, Susan; Lynda Clarke y Heather Joshi. Women's health: dimensions and differentials. En: Social Science & Medicine 42(9): 1203-1216, 1996.

⁸⁷ Cfr. los siguientes trabajos relacionados con el campo de la Salud Pública: Cuadrado, S. Pérez, et al. Características de las mujeres inmigrantes y de sus hijos recién nacidos. En: Anales de pediatría 60(1):3-8, 2004; Bravo, Ana. Desigualdades en la salud reproductiva de las mujeres inmigrantes en Madrid. En: Migraciones. Publicación del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones 13: 137-183, 2003; Iglesias, Edgar, et al. Women, international migration and self-reported health. A population-based study of women of reproductive age. En: Social Science & Medicine 56(1): 111-124, 2003.

Una respuesta obvia consiste en afirmar que algo cambia cuando estas mujeres son además migrantes e irregulares. Cambia la forma en que acceden a la salud, el modo en que son tratadas por los prestadores y funcionarios, y también su propia percepción.

Como ha sido destacado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW),

“A menudo, las trabajadoras migratorias [...] carecen de acceso a los servicios de salud, incluidos los servicios de salud reproductiva, porque no están amparadas por seguros médicos o planes nacionales de salud ni tienen cómo pagar sus elevados costos. En razón de que las mujeres tienen necesidades en materia de salud diferentes de las de los hombres, este aspecto exige una atención especial [...]. En los casos en que se les proporciona alojamiento, especialmente en ocupaciones que emplean sobre todo mujeres, como las fábricas y explotaciones agrícolas y el servicio doméstico, las condiciones de vida pueden ser inaceptables y caracterizarse por el hacinamiento y la falta de agua corriente, servicios sanitarios adecuados, privacidad e higiene”⁸⁸.

Ahora bien, ¿qué puede explicar, al menos parcialmente, estas diferencias? ¿Se producen sólo por razones culturales, a nivel de prácticas cotidianas? ¿Se trata sólo de algunos funcionarios del sistema sanitario que han optado por brindarles un trato diferenciado?

Este trabajo incorpora la evidencia existente sobre los mayores niveles de pobreza experimentados por mujeres migrantes irregulares⁸⁹, y luego recoge una dimensión de esta mayor vulnerabilidad –la salud–, para buscar desde el Derecho una explicación

⁸⁸CEDAW. Recomendación General N° 26, op. cit., párrafo 17.

⁸⁹Cfr. Stefoni, Carolina. Mujeres inmigrantes peruanas en Chile. En: Papeles de Población 8(33):117-145, julio-septiembre, 2002; Martínez, op. cit., pp. 57 - 63; Salles y Tuirán, op. cit.

adicional, más allá de lo obvio, a la precariedad en la que viven miles de mujeres migrantes irregulares en Chile: ésta podría obedecer, al menos en parte, a diferencias entre el derecho a la salud que nuestro ordenamiento jurídico reconoce y el que efectivamente les está permitido ejercer.

CAPÍTULO II. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA SALUD DE MUJERES MIGRANTES IRREGULARES EN CHILE

Habiendo revisado la importancia del derecho a la salud para la población migrante, y en particular los conflictos de relevancia jurídica que involucran a mujeres sin un estatus migratorio regular, daremos paso a la aplicación del modelo teórico presentado en el capítulo precedente.

I. PRECISIONES METODOLÓGICAS

Este apartado, de carácter preliminar, servirá de guía para la construcción de un marco normativo en las próximas secciones del capítulo. Dicha construcción supone revisar distintas normas, con origen en nuestro derecho interno o incorporadas a éste por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. Para orientar esta tarea de búsqueda, serán utilizados tres indicadores.

El primer indicador se refiere a la salud, entendida como un derecho humano o fundamental. De este modo, serán relevantes todas aquellas normas encargadas de regular cuestiones tales como la titularidad activa del derecho –es decir, quiénes cuentan en Chile con derecho a la salud–, los requisitos de su ejercicio, límites y garantías.

El segundo indicador corresponde a la población migrante. Este criterio podrá combinarse con el primero en aquellos casos donde una norma sobre asuntos migratorios se refiera en forma específica a la salud.

Por último, un tercer indicador dice relación con el hecho de ser mujer. Éste facilitará la selección de derechos especialmente reconocidos a la población femenina, junto a prohibiciones de discriminación que incluyan criterios como el género o la nacionalidad.

II. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO ANALIZADO EN EL MARCO NORMATIVO NACIONAL

Las normas seleccionadas se presentan en distintas tablas, con el propósito de facilitar su lectura y revisión. A ellas seguirá un comentario acerca de las razones tenidas en cuenta para vincularlas con alguno de los indicadores definidos en la sección precedente –salud, mujeres y migración–.

1. Constitución Política de la República de Chile

a. Normas constitucionales vinculadas a la migración⁹⁰

TABLA N° 1: MIGRACIÓN CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE⁹¹		
Normativa	Indicador	Contenido relevante
Art. 10 N° 1	Migración	“Son chilenos: 1°.-Los nacidos en el territorio de Chile, <u>con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes</u> , todos los que, sin embargo, podrán optar por la nacionalidad chilena”.
Art. 10 N° 3	Migración	“Son chilenos: 3°.- Los extranjeros que obtuvieren carta de nacionalización en conformidad a la ley”.

⁹⁰ En adelante, el énfasis en cada artículo es propio.

⁹¹ República de Chile. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Decreto N° 100, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. D.O. 22 de septiembre de 2005.

Art. 12	Migración	“La persona afectada por <u>acto o resolución de autoridad administrativa</u> que la prive de su nacionalidad chilena o se la <u>desconozca</u> , podrá recurrir, por sí o por cualquiera a su nombre, dentro del plazo de treinta días, ante la Corte Suprema, la que conocerá como jurado y en tribunal pleno”.
Art. 14	Migración	“Los extranjeros avocindados en Chile por más de cinco años, y que cumplan con los requisitos señalados en el inciso primero del artículo 13, podrán ejercer el derecho de sufragio en los casos y formas que determine la ley”.
Art. 19 N° 2	Migración	“La Constitución asegura <u>a todas las personas</u> : 2°.- La <u>igualdad ante la ley</u> . En Chile no hay persona ni grupo privilegiados”.
Art. 19 N° 3	Migración	“La Constitución asegura <u>a todas las personas</u> : 3°.- La <u>igual protección de la ley</u> en el ejercicio de sus derechos”.
Art. 19 N° 7 a)	Migración	“La Constitución asegura <u>a todas las personas</u> : 7°.- El derecho a la <u>libertad personal</u> y a la seguridad individual. En consecuencia: a) <u>Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República</u> , trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros”.
Art. 19 N° 16 Inc. 1 y 2	Migración	“La Constitución asegura <u>a todas las personas</u> : 16°.- La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución” .
Art. 19 N° 16 Inc. 3	Migración	“Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, <u>sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena</u> o límites de edad para determinados casos”.

Esta selección obedece, por un lado, al vínculo entre las disposiciones listadas y algunas temáticas migratorias relevantes –la relación es directa en materias como la nacionalidad y la ciudadanía, e indirecta, entre otras garantías, en la igualdad en el ejercicio de los derechos que la Constitución asegura a todos los habitantes de la República-. Así, a modo de ejemplo, el artículo 19 N° 16 se refiere a ciertas

restricciones a extranjeros presentes en la legislación laboral⁹², que sin ser arbitrarias⁹³-pues la Constitución las permite en forma expresa-, limitan el acceso de migrantes a determinadas áreas de trabajo.

Han sido seleccionadas, además, por su aplicación por los tribunales superiores de justicia para resolver asuntos de su competencia que involucran a extranjeros residentes en Chile; en especial, materias relacionadas con la nacionalidad de hijos de migrantes irregulares⁹⁴ y la legalidad de las órdenes de expulsión dictadas en contra de quienes han incumplido los requisitos de ingreso al país⁹⁵.

⁹²Es posible identificar a lo menos dos: la primera se refiere al sector público, donde el Estatuto Administrativo exige contar con la calidad de ciudadano y ordena preferir en igualdad de condiciones a chilenos por sobre extranjeros. Éstos últimos podrán ingresar a la Administración del Estado, sin contar con derecho de ciudadanía, únicamente bajo el régimen de contrata y siempre que puedan aportar conocimientos científicos o de carácter especial (República de Chile. Ministerio del Interior. Ley 18.834 que Aprueba Estatuto Administrativo. D.O. 23 de septiembre de 1989, art. 12 letra a). En el sector privado, el Código del Trabajo fija en su artículo 20 una cuota o cantidad mínima de trabajadores chilenos para cada empresa, equivalente al ochenta y cinco por ciento del total. No obstante, el mismo Código excluye de esta restricción a extranjeros cuyo cónyuge o hijos sean de nacionalidad chilena, o cuenten con permanencia superior a cinco años en el país, y a empresas que cuenten con menos de veinticinco trabajadores (República de Chile. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. DFL N° 1, que fija el texto refundido, sistematizado y coordinado del Código del Trabajo. D.O. 16 de enero de 2003).

⁹³Al respecto, el Convenio N° 143 de la Organización Internacional del Trabajo reconoce a todo miembro la posibilidad de “restringir el acceso a categorías limitadas de empleos o funciones, cuando así lo exija el interés del Estado” (Organización Internacional del Trabajo. Convenio N° 143 sobre las Migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los Trabajadores Migrantes, en vigor desde el 09 de diciembre de 1978, art. 14).

⁹⁴La jurisprudencia de la Corte Suprema ha influido de manera relevante en la modificación de los criterios administrativos relacionados con la nacionalidad. Hasta el año 2014, el Servicio de Registro Civil e Identificación entendía que los hijos de migrantes irregulares no gozaban de la nacionalidad chilena, pues sus padres se encuadraban en el concepto de “*extranjero transeúnte*” utilizado por el artículo 10 N° 1 de la Constitución como una excepción a la atribución de nacionalidad en razón de *ius solis*. A diferencia de las autoridades administrativas, la Corte ha estimado que interpretado en su sentido natural y obvio, este concepto sólo resulta aplicable a individuos de paso en el país –típicamente turistas y tripulantes–; por tanto, hijos de migrantes en situación irregular deben ser considerados como chilenos. Esta interpretación ha sido empleada por un conjunto de fallos para separar la nacionalidad de un menor de la situación migratoria de sus padres, influyendo de manera decisiva en la modificación de los criterios registrales (véase al respecto la Resolución Exenta N° 3207, pronunciada por la Directora Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación con fecha 08 de agosto de

De todas las normas listadas, nos parece que las garantías contenidas en los numerales 2 y 3 son de particular importancia para el objetivo de este trabajo. La igualdad que la Constitución asegura *a todas las personas* podría aplicarse a extranjeros irregulares en general, y a mujeres en particular. No obstante, resta por averiguar de qué forma es regulado el derecho a la salud en el texto constitucional, pues la garantía de igualdad a la que se refieren ambos artículos vendría precisamente a reforzar su ejercicio.

b. Normas constitucionales vinculadas al derecho a la salud

La tabla N° 2 contiene un listado de las disposiciones reunidas en la Constitución de 1980 que se refieren, aun de manera indirecta, al derecho a la salud.

TABLA N° 2: SALUD CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE		
Normativa	Indicador	Contenido relevante
Art. 19 N° 1	Salud	“La Constitución asegura <u>a todas las personas</u> : 1º.- El <u>derecho a la vida</u> y a la <u>integridad física y psíquica</u> de la persona”.
Art. 19 N° 9 Inc. 1 Protección de la salud	Salud	“La Constitución asegura <u>a todas las personas</u> : 9º.- El <u>derecho a la protección de la salud</u> ”.

2014). Un análisis en mayor profundidad sobre esta importante variación jurisprudencial puede revisarse en Godoy, Rodrigo y Marcel Didier, op. cit., pp. 144 - 147.

⁹⁵Existe un volumen importante de jurisprudencia emanada de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional acerca de la ilegalidad de una orden de expulsión, cuando su pronunciamiento en sede administrativa ha vulnerado las garantías del debido proceso legal y adicionalmente el derecho a la libertad personal reconocido en el artículo 7 de la Constitución. El razonamiento judicial también ha mostrado una especial consideración hacia extranjeros que cuentan con vínculos de familia en el país. En estos casos, “ha primado la unidad familiar y el bien superior del niño/a por sobre la necesidad del Estado de punir la irregularidad migratoria” (Godoy, Rodrigo y Marcel Didier, op. cit., p. 142).

Art. 19 N° 9 Inc. 2 Función estatal	Salud	“El Estado protege el <u>libre e igualitario acceso</u> a las acciones de <u>promoción, protección y recuperación de la salud</u> y de <u>rehabilitación</u> del individuo”.
Art. 19 N° 9 Inc. 3 Función estatal	Salud	“Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud”.
Art. 19 N° 9 Inc. 4 Deber estatal preferente	Salud	“Es <u>deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud</u> , sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, <u>en la forma y condiciones que determine la ley</u> , la que podrá establecer cotizaciones obligatorias”.
Art. 19 N° 9 Inc. 5 Libre elección	Salud	“Cada persona tendrá el <u>derecho a elegir el sistema de salud</u> al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”.

La Constitución vigente se refiere de manera específica a la salud en la enumeración de garantías fundamentales del artículo 19, dentro de los derechos y deberes constitucionales regulados en su tercer capítulo; el *derecho a la protección de la salud* incluido en el noveno numeral es reconocido “*a todas las personas*”⁹⁶, sin distinciones de ninguna especie.

Con todo, su interpretación armónica exige ampliar el análisis más allá de esta única disposición. La protección de la salud debe conjugarse con otras garantías necesarias para su adecuado ejercicio, como la vida e integridad física y psíquica de la persona, a las que se refiere el primer numeral del mismo artículo. En ocasiones, el acceso a

⁹⁶ Como ha sido señalado por autores como Francisco Zúñiga, “resulta indudable que merced la concepción personalista del Estado consagrada en nuestra Constitución (art. 1° C.P.R.) y la funcionalidad de los derechos humanos *lato sensu*, [...]no cabe distingo relevante en cuanto al ejercicio y titularidad de derechos entre nacionales y extranjeros. [...] La interpretación restrictiva de derechos fundamentales excluidos o limitados para extranjeros, es conclusión necesaria de reglas hermenéuticas constitucionales, como el principio de progresividad y el principio *pro cives* o *favor libertatis*, a que debe someterse el operador jurídico público y privado” (Zúñiga Urbina, Francisco. El estatus constitucional de extranjeros. Notas acerca de derechos fundamentales y expulsión de extranjeros. En: Revista de Derecho Universidad de Concepción (203):327, enero-junio, 1998).

determinadas prestaciones de salud resultará imprescindible para garantizar el derecho a la vida de uno o más individuos, incluso contra la voluntad del paciente⁹⁷.

Una explicación sencilla para el estrecho vínculo entre la protección de la salud y otras garantías fundamentales, reconocido por la jurisprudencia nacional, remitiría a la necesaria complementariedad entre vida y salud de cualquier persona. Sin embargo, esta relación también puede explicarse por lo que podríamos denominar como *tutela judicial indirecta* de este derecho. Decimos que la tutela es indirecta porque la posibilidad de reclamar frente a interferencias ilegítimas ha sido restringida por la propia Constitución al inciso final del artículo 19 número nueve, es decir, a la elección entre los sistemas público y privado de salud. En otras palabras, la justiciabilidad del derecho a la protección de la salud se extiende únicamente a esta dimensión de la garantía constitucional, excluyendo el resto del artículo.

Es precisamente por esta razón que las acciones de protección acogidas fuera del ámbito de éste último inciso han sido aquellas donde la protección de la salud es uno dentro de varios, y no el único fundamento normativo empleado por los recurrentes. Este derecho se suma a la privación, perturbación o amenaza del derecho a la vida o a la integridad física y síquica, que, como es lógico suponer, son resguardadas por esta acción constitucional sin mayores restricciones⁹⁸.

⁹⁷ Para un acabado análisis sobre la evolución jurisprudencial en esta materia, véase Zúñiga, Alejandra. El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la constitución: una relación necesaria. *En*: Estudios constitucionales 9(1): 37-64, 2011.

⁹⁸ Refiriéndose a la jurisprudencia relacionada con el derecho constitucional a la protección de la salud, Alejandra Zúñiga sostiene: “[o]tra importante consecuencia judicial que se pudo observar a propósito de la mencionada regulación legal, se generó al aumentar la interposición de demandas en busca del reconocimiento del derecho a la protección de la salud, no directamente esta vez, sino que por medio de considerar su evidente relación con el derecho a la vida o el derecho a la igualdad ante la ley, que sí estarían garantizados por el Recurso de Protección”. Zúñiga, Alejandra. *Op. cit.*, p. 43.

Hemos destacado la relación entre vida y protección de la salud porque también puede encontrarse en resoluciones judiciales pronunciadas a favor de la población migrante. Cabe destacar, por incluir una interpretación pionera en nuestro sistema, la sentencia pronunciada por la Itma. Corte de Apelaciones de Antofagasta con fecha 29 de abril de 2015.

La sentencia⁹⁹ acogió la acción de protección interpuesta a favor de la ciudadana boliviana Daina Jaldin Apaico, quien cursaba un embarazo de treinta y seis semanas de gestación diagnosticado de alto riesgo. La recurrente no contaba con una situación migratoria regular, al existir en su contra una orden de expulsión pronunciada por la Gobernación Provincial de Antofagasta –cumplida el año 2010, pero que aún figuraba como vigente en los registros administrativos pertinentes-.

El recurso se dirigió en contra del Hospital Regional de Antofagasta, por el control médico parcial e inadecuado de la recurrente y su hijo por nacer. De acuerdo a los hechos reseñados en la sentencia, la evaluación ecográfica del menor arrojó como diagnóstico Síndrome de Down y múltiples patologías neonatales. Pese a constatar la necesidad de una atención médica especializada, que sólo podría brindar un recinto hospitalario ubicado en la ciudad de Santiago, el hospital se negó a gestionar el traslado de la paciente. Junto con ello, le entregó una boleta por los costos asociados al control de su embarazo.

Para fundar su acción la recurrente mencionó distintas garantías fundamentales, vulneradas por el hospital recurrido. En primer lugar, el derecho a la vida, regulado por el artículo 19 N°1 de la Constitución Política: *“[...] el condicionamiento de un pago previo para la prestación de las atenciones necesarias supone en definitiva una negativa de la atención médica requerida por la afectada, al haber sido calificado su*

⁹⁹ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 1212-2015. Graciela Paiva y Bianca Arpe Velásquez en nombre de Daina Jaldin Apaico con Hospital Regional de Antofagasta. Sentencia de 29 de abril de 2015.

embarazo como de Alto Riesgo. Así, al no recibir el tratamiento médico oportuno, agrava su ya complicado estado”¹⁰⁰.

En segundo lugar, la igualdad ante la ley cautelada en el artículo 19 N° 2 del texto constitucional, por negarse la atención médica y el adecuado control del embarazo por falta de una situación migratoria regular. Por último, incluyó una referencia genérica a tratados internacionales vigentes, mencionando la contravención de *“la cláusula de apertura del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cual es, el artículo 5 de la Constitución Política de la República”¹⁰¹.*

La Corte estuvo por acoger el recurso, reconociendo en la falta de atención médica oportuna una amenaza a la vida e integridad física de la recurrente y su hijo por nacer, derechos garantizados por el art. 19 N° 1 de la Constitución y susceptibles de cautela a través del recurso de protección. De acuerdo al tribunal, *“cualquier demora, retardo u omisión en la atención médica para controlar el embarazo de alto riesgo por parte de los servicios de salud es constitutiva de los presupuestos exigidos para la concurrencia de esta medida cautelar”¹⁰².*

La argumentación judicial también consideró algunas disposiciones de Derecho Internacional, de carácter complementario, que vendrían a reforzar la protección de los derechos vulnerados. En particular, el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en lo pertinente señala:

“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 estos servicios sanitarios.

¹⁰⁰ *Ibíd*em, primer considerando.

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² *Ibíd*em, quinto considerando.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho, y en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:[...] d) Asegurar la atención prenatal y postnatal apropiada a las madres¹⁰³”.

La condición migratoria irregular de la recurrente no fue considerada por el tribunal como impedimento para acoger el recurso. Por el contrario, la sentencia reafirmó el carácter absoluto del derecho a la vida e integridad física de la persona, declarando contraria a derecho toda caución económica que pretenda condicionar su ejercicio:

“[E]l actuar del Hospital Regional de Antofagasta, al no dar atención gratuita a la embarazada de alto riesgo doña Daina Jaldin Apaico, resulta ilegal por no respetar la normativa legal vigente, sin que la circunstancia de carecer de un número de RUT, justifique el impedimento de su ingreso a los registros administrativos y/o afiliación al Fondo Nacional de Salud, porque ningún reglamento o decreto puede desconocer los derechos y garantías establecidas y consagradas en los cuerpos legales citados”¹⁰⁴.

Por último, la Corte se refirió a las medidas necesarias *“para restablecer el imperio del derecho”*, en los términos del artículo 20 de la Constitución Política, disponiendo el traslado gratuito de la paciente a la ciudad de Santiago, siempre que esta gestión resultara imprescindible para el adecuado ejercicio del derecho a la vida de su hijo¹⁰⁵:

“[E]l Director del Hospital Regional o la persona que cumpla sus funciones deberá adoptar de inmediato todas las medidas necesarias que permitan gratuitamente dar la debida protección de la vida a Daina Jaldin Apaico y al que está por nacer de acuerdo al embarazo de alto riesgo que porta, disponiendo si fuese necesario las medidas que impliquen incluso su traslado a centros hospitalarios idóneos y que tengan la capacidad de asegurar el desarrollo del embarazo”.

¹⁰³ Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Ratificada por Chile el 13 de agosto de 1990 y promulgada por el Decreto N° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, con fecha 27 de septiembre del mismo año.

¹⁰⁴ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 1212-2015 cit., considerando décimo.

¹⁰⁵ Idem.

Este pronunciamiento judicial brinda un buen ejemplo del vínculo entre la protección constitucional de la salud y los derechos de mujeres migrantes en situación irregular. Pese a tratarse de un reconocimiento indirecto, el fallo se encarga de resguardar la salud en aquellos casos donde también se encuentran en riesgo la vida e integridad física de la recurrente. Esto es importante por al menos dos razones: se reconoce a migrantes irregulares –en este caso, específicamente a mujeres- dentro de los titulares activos de ciertas garantías fundamentales reconocidas por la Constitución Política; reconocimiento que la Corte estima extendido a la titularidad de la acción de protección. Además, el razonamiento del tribunal es relevante porque estima que la irregularidad migratoria, y el incumplimiento de requisitos administrativos derivado de esta condición, no pueden ser considerados como argumentos válidos para la vulneración de garantías que el texto constitucional reconoce a todas las personas. Por tanto, el pleno respeto de éstas últimas –vida e integridad física y síquica, tanto de la madre como de su hijo por nacer– exige una actividad material de parte de la Administración, que debe asegurarse prescindiendo de la situación migratoria y financiera de los titulares del derecho.

c. Normas constitucionales vinculadas a derechos de la mujer

La tabla N°3 presenta una selección de disposiciones constitucionales que en algunos casos se refieren de manera explícita a mujeres y, en otros, regulan derechos vinculados a este grupo de la población chilena.

TABLA N° 3: MUJERES CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE		
Normativa	Indicador	Contenido relevante
Art. 19 N° 2 Igualdad ante la ley	Mujeres	“La Constitución asegura <u>a todas las personas</u> : 2°.- La <u>igualdad ante la ley</u> ”.

Art. 19 N° 2 Prohibición de discriminación arbitraria	Mujeres	"Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer <u>diferencias arbitrarias</u> ".
Art. 19 N° 2 Igualdad entre hombres y mujeres	Mujeres	" <u>Hombres y mujeres son iguales ante la ley</u> ".
Art. 19 N° 3 Igual protección en el ejercicio de derechos	Mujeres	"La Constitución asegura <u>a todas las personas</u> : 3° La <u>igual protección de la ley</u> en el <u>ejercicio de sus derechos</u> ".

La igualdad es uno de los derechos más relevantes entre aquellos que pueden vincularse a mujeres. Lo es porque la única disposición constitucional que las menciona en forma expresa se refiere a este derecho. El segundo numeral del artículo 19 sitúa a hombres y mujeres en una posición de igual mérito frente al legislador: para el texto constitucional, ambos *"son iguales ante la ley"*.

Pero que hombres y mujeres sean iguales ante la ley no implica prohibir protecciones especiales a favor de quienes ocupan una posición especialmente vulnerable. Por esta razón, el constituyente ha optado por condicionar –en lugar de impedir– la posibilidad de establecer diferencias, exigiendo en el mismo artículo 19 N° 2 que estas no resulten arbitrarias, ya sea que provengan de la ley o de un acto de autoridad.

Una segunda razón por la que el derecho a la igualdad es importante para las mujeres tiene que ver con su aplicación jurisprudencial. Utilizado como argumento de fondo para rechazar discriminaciones arbitrarias, ha sido combinado en sede judicial con la garantía establecida en el artículo inmediatamente siguiente: *"la igual protección de la*

ley en el ejercicio de los derechos” (art. 19 N° 3), para eliminar de nuestro sistema jurídico distinciones contrarias a derecho¹⁰⁶.

De esta manera, la jurisprudencia nacional ha avanzado en el reconocimiento de derechos sin que ello signifique identificar garantías que les correspondan a mujeres en exclusiva. Se ha tratado, más bien, de aplicar las disposiciones constitucionales referidas a la igual posición jurídica ocupada por hombres y mujeres frente a la ley, favoreciendo la protección de éstas últimas al declarar contrarias a derecho todas aquellas diferencias que no superen el estándar de adecuación, necesidad y proporcionalidad construido judicialmente¹⁰⁷.

En relación a mujeres migrantes irregulares y su derecho a la salud, la regulación constitucional comentada brinda un margen de acción a los operadores públicos, restringiendo actuaciones que introduzcan diferencias arbitrarias con respecto a hombres en igual posición. Permite, además, la protección de mujeres en una posición especialmente vulnerable por medio de medidas especiales –que se vuelven imprescindibles en casos de trata y tráfico de personas-, pues en estos casos el

¹⁰⁶Un buen ejemplo de lo que acabamos de señalar corresponde a la declaración de inconstitucionalidad del art. 38 ter de la ley de ISAPRES, pronunciada por el Tribunal Constitucional el 06 de agosto de 2010 (STC Rol N° 1710-10-INC). El artículo declarado inconstitucional se refería a la tabla de factores elaborada por la Superintendencia de Salud mediante instrucciones generales, considerando entre otros factores el sexo y la edad de los cotizantes. A partir de esta tabla las aseguradoras privadas calculaban el precio de los planes de salud, considerablemente más alto para mujeres por tratarse, siguiendo el argumento de las aseguradoras, de un género al que se asociaban mayores gastos. En su razonamiento, el Tribunal consideró la igualdad entre hombres y mujeres como una “igualdad esencial”, que no admite diferencias ni siquiera cuando éstas se basan en razones de eficiencia económica – como ocurría en el caso de los factores utilizados para construir la tabla: a mayores gastos en salud, mayor costo del plan-. La sentencia también consideró afectado el derecho a la protección de la salud; sólo al legislador corresponde determinar las condiciones de su ejercicio, que no pueden, por tanto, depender del mero arbitrio de una decisión administrativa.

¹⁰⁷Cfr. Cordero Vega, Luis. Comentario a la sentencia de inconstitucionalidad de la tabla de factores de ISAPRES: un aparente triunfo de los derechos sociales. En: Anuario de Derechos Humanos (7):151 – 159, 2011.

tratamiento diferenciado cuenta con un fundamento razonable, que lo aleja de la noción constitucional de arbitrariedad.

d. Otras disposiciones constitucionales relevantes

Para finalizar la revisión del texto Constitucional, hemos seleccionado un conjunto de normas en las que no ahondaremos pero que amerita mencionar, vinculadas a los indicadores revisados: mujeres, migración y derecho a la salud (tabla N° 4).

Se trata en su mayoría de mandatos generales del constituyente, referidos en algunos casos a la igual dignidad de toda persona (art. 1 inc. primero), sin distinguir entre chilenos y extranjeros. Otras disposiciones se refieren al rol estatal en la promoción del bien común (art. 1 inc. tercero), incluyendo a *“todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional”*.

Cabe destacar, además, el deber de promoción de una Nación integrada armónicamente por todos sus sectores (art. 1 inc. cuarto). Y, finalmente, la prohibición de toda *“condición, tributo o requisito que impida el libre ejercicio”* de los derechos y garantías constitucionales, así como todo precepto legal que los afecte en su esencia (art. 19 N° 26).

TABLA N° 4: OTRAS DISPOSICIONES RELEVANTES CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE		
Normativa	Indicador	Contenido relevante
Art. 1 Inc. 1	Todos	“Las personas nacen <u>libres e iguales en dignidad y derechos</u> ”.

Art. 1 Inc. 3	Todos	“El Estado está al servicio de la persona humana y <u>su finalidad es promover el bien común</u> , para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan <u>a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional</u> su mayor realización espiritual y material posible, <u>con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece</u> ”.
Art. 1 Inc. 4	Migración	“Es <u>deber del Estado</u> [...] promover la <u>integración armónica de todos los sectores de la Nación</u> [...]”.
Art. 19 N° 26	Todos	“La Constitución asegura <u>a todas las personas</u> : 26°.- La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, <u>no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio</u> ”.

2. Legislación Nacional

Completando el esquema de derecho interno, esta sección presentará una selección de normas de rango legal vinculadas a los tres indicadores que estructuran nuestro análisis.

a. Legislación nacional sobre migración

La selección de normas de rango legal relacionadas con la migración (tabla N° 5) responde a dos criterios: se trata de legislación vigente y de algún modo vinculada al proceso migratorio.

TABLA N° 5: MIGRACIÓN LEGISLACIÓN NACIONAL		
Normativa	Indicador	Contenido relevante
Decreto Ley N° 1094 Ministerio del Interior D.O. 19/07/1975	Migración	<u>Estableció normas sobre Extranjeros en Chile.</u> Su regulación incluye el ingreso al país, la residencia, la permanencia definitiva, el egreso, el reingreso, la expulsión y el control de los extranjeros. Es conocido como " <u>Ley de Extranjería</u> ".
Decreto Supremo N° 597 Ministerio del Interior D.O. 24/11/1984	Migración	Incorporó disposiciones relacionadas a las materias tratadas por el Decreto Ley N° 1094. Su regulación incluye el ingreso, egreso y reingreso al país; procedimientos, rechazos y revocaciones; el registro de extranjeros y la normativa aplicable a residentes y turistas.
Ley N° 20.430 D.O. 15/04/2010	Migración	Estableció disposiciones sobre la <u>protección de refugiados</u> . Su regulación incluye el estatuto del refugiado, el procedimiento de determinación de esta condición y las autoridades encargadas de aplicar la ley.
Ley N° 20.507 D.O. 08/04/2011	Migración	Tipificó los delitos de <u>tráfico ilícito de migrantes y trata de personas</u> . También comprende normas para su prevención y más efectiva persecución penal.
Ley N° 20.609 D.O. 24/07/2012	Migración	Estableció medidas contra la discriminación. El concepto de <u>discriminación arbitraria</u> incluye en forma expresa los conceptos de <u>raza, etnia, nacionalidad e idioma</u> (art. 2° inc. primero).

i. DL N° 1.094¹⁰⁸ y DS N° 597¹⁰⁹

Consideradas en conjunto, ambas normas regulan buena parte de las materias aplicables a la población migrante en nuestro país.

¹⁰⁸ República de Chile. Ministerio del Interior. Decreto Ley N° 1.094, que establece normas sobre extranjeros en Chile. D.O. 19 de julio de 1975.

¹⁰⁹ República de Chile. Ministerio del Interior. Decreto Supremo N° 597, que establece normas sobre extranjeros en Chile. D.O. 24 de noviembre de 1984.

Desde hace cuarenta años, el Decreto Ley N° 1.094 (en adelante DL 1.094) se refiere a cuestiones tan relevantes como *“el ingreso al país, la residencia, la permanencia definitiva, el egreso, el reingreso, la expulsión y el control de los extranjeros”*¹¹⁰.

A diferencia de la legislación precedente¹¹¹, el DL 1.094 aplicó al ingreso clandestino una pena privativa de libertad. De acuerdo a su artículo 69, *“los extranjeros que ingresen al país o intenten egresar de él clandestinamente, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo”*. La intensidad de la sanción no se agota en la privación de libertad, pues *“[u]na vez cumplida la pena impuesta [...], los extranjeros serán expulsados del territorio nacional”*. Esta doble sanción permite considerar al ingreso clandestino como un delito fuertemente castigado por nuestra legislación vigente, cuestión que podría encontrar explicación en los principios inspiradores de la norma, arraigados en la seguridad de la Nación y la comprensión del extranjero como un agente potencialmente adverso para los intereses del Estado¹¹².

En relación a la política migratoria, esta forma parte de las atribuciones que el Decreto Ley asigna al Ministerio de Interior (art. 91 N° 1). Junto a esta tarea política, el Ministerio cuenta con dos grandes facultades o posibilidades de acción frente a migrantes que han infringido la ley: por un lado, *“la regularización de la permanencia de los extranjeros que hubieren ingresado o residan en Chile irregularmente”*; o, en caso contrario, la aplicación de la medida de expulsión (art. 91 N° 8).

¹¹⁰ DL N° 1.094, artículo 1°.

¹¹¹ Nos referimos al Decreto con Fuerza de Ley N° 69, de fecha 08 de mayo de 1953, que creó el Departamento de Inmigración y estableció normas sobre la materia.

¹¹² Siguiendo a Stefoni, Jensen sostiene que “el decreto de ley N° 1094, conocido como La Ley de Extranjería, se caracterizó principalmente por su orientación policial y de control, cuyo objetivo era evitar la entrada de ‘elementos peligrosos o terroristas’ que amenazaran la estabilidad nacional” (Jensen, María Florencia. Inmigrantes en Chile: La exclusión vista desde la política migratoria chilena. En: Bologna, Eduardo (ed.). Temáticas migratorias actuales en América Latina: remesas, políticas y emigración. Río de Janeiro, Asociación Latinoamericana de Población, 2009, p. 106).

Por su parte, el Departamento de Extranjería y Migración -continuador del Departamento de Inmigración creado en 1953- debe encargarse fundamentalmente de aplicar el DL 1.094 y su reglamento, publicado originalmente en 1976¹¹³ y sustituido nueve años más tarde por el Decreto Supremo N° 597.

Hemos esbozado más arriba la relación entre ambas normas, decreto ley y decreto supremo, con el principio de la seguridad del Estado. Cabe recordar que esta legislación se gestó en ausencia del marco constitucional que hoy rige a nuestro ordenamiento jurídico, en especial sin el listado de garantías fundamentales enumeradas en su artículo 19. Por lo tanto, el gobierno de la época orientó las disposiciones en materia migratoria en una dirección distinta al enfoque vigente, que enfatiza el carácter universal de ciertos derechos y reconoce a las garantías fundamentales como límite a la discrecionalidad estatal.

Autores como Francisco Zúñiga han llamado la atención sobre la paradoja que podría observarse entre el texto constitucional y el contenido del DL 1.094 y su reglamento. Por una parte, puede observarse *“un estatuto constitucional garantista de extranjeros en Chile que se traduce en un disfrute de derechos fundamentales casi equivalente entre nacionales y extranjeros”*¹¹⁴. Por la otra,

*“Una Ley de Extranjería y Reglamento que dada la amplitud de la potestad pública (actos políticos y administrativos) redundaría en una precariedad del estatuto legal – reglamentario del extranjero en diferentes ámbitos: ingreso al territorio, residencia, permanencia definitiva, egreso, reingreso, expulsión y control”*¹¹⁵.

¹¹³ República de Chile. Ministerio del Interior. Decreto Supremo N° 1.306. D.O. 16 de Febrero de 1976.

¹¹⁴ Zúñiga, Francisco. El estatus constitucional de extranjeros, op. cit., p. 329.

¹¹⁵ Idem.

El llamado de atención hacia esta potestad pública inusualmente amplia no proviene exclusivamente de la doctrina nacional. También la jurisprudencia se ha pronunciado sobre el eventual conflicto constitucional provocado por algunas de las normas de extranjería. En particular, nos referimos al artículo 13 del DL 1.094, que a propósito de las atribuciones del Ministerio del Interior introduce un importante componente de discrecionalidad, permitiendo a la autoridad política operar en el marco de conceptos tan amplios como la *utilidad* y *conveniencia* del extranjero:

“Artículo 13.- Las atribuciones que correspondan al Ministerio del Interior, para el otorgamiento de visaciones, para las prórrogas de las mismas y para la concesión de la permanencia definitiva serán ejercidas discrecionalmente por éste, atendiéndose en especial a la conveniencia o utilidad que reporte al país su concesión y a la reciprocidad internacional, previo informe de la Dirección General de Investigaciones (inciso primero)¹¹⁶”.

La compatibilidad entre esta norma y las garantías fundamentales ha sido analizada por el Tribunal Constitucional, a propósito de un requerimiento de inaplicabilidad¹¹⁷ que impugnó precisamente el mencionado artículo 13. En su análisis, el Tribunal realizó un análisis del DL 1.094 apoyándose no sólo en la Constitución de 1980, sino también en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La sentencia comienza por reconocer el carácter pre constitucional de la norma impugnada, reflejado en su esquema normativo de máxima discrecionalidad, *“que admite masivas vulneraciones de derechos o alteraciones menores, dependientes del carácter compasivo o estricto de su invocación por las autoridades de turno”¹¹⁸.*

¹¹⁶ DL N° 1.094, art. 13°. El énfasis es propio.

¹¹⁷STC Rol N° 2273-12-INA, de fecha 04 de julio de 2013. El requerimiento se inició en una acción de protección interpuesta a favor del ciudadano de nacionalidad haitiana Daniel Alerte, en contra del Subsecretario del Interior y del Jefe del Departamento de Extranjería y Migración, con el objeto de impugnar el acto administrativo que ordenaba su expulsión del país (Causa Rol N° 21751-2012, sustanciada ante la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago).

¹¹⁸ STC Rol N° 2273-12-INA, considerando 7°.

Como límite a esta potestad administrativa amplia, tanto el Derecho Internacional incorporado al ordenamiento jurídico chileno como los derechos fundamentales de fuente constitucional aportan con obligaciones que deben ser respetadas, exigiendo a las autoridades un “*particular cuidado*” en el ejercicio de sus funciones¹¹⁹.

De acuerdo a la magistratura constitucional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos impide “*concebir la potestad administrativa de admisión del extranjero a cada país, únicamente desde la óptica del orden público interno y como medida de policía de seguridad*”¹²⁰. Más bien, la discrecionalidad de orden público debiese complementarse “*con un enfoque de derechos, en el examen de los requisitos de ingreso y permanencia de un extranjero en el país*”¹²¹.

La sentencia concluye pronunciándose a favor del recurrente. El tribunal estuvo por estimar que el artículo 13 inciso primero del Decreto Ley N° 1.094 producía efectos inconstitucionales en el caso concreto, al vulnerar el artículo 19, números 2, 3 y 7 de la Constitución Política¹²².

De este modo, el Tribunal Constitucional modifica la comprensión clásica de la potestad discrecional del Ministerio del Interior para otorgar y rechazar visados, regulada por el artículo 13 declarado inaplicable, al exigir “*reglas tasadas para disponer el rechazo de un visado en el país*”¹²³. Estas reglas deben construirse sobre la base del propio texto constitucional, sumado a normas legales que desarrollan derechos constitucionales y al nuevo estándar derivado del Derecho Internacional de los

¹¹⁹ Ibídem, considerando 11°.

¹²⁰ Ibídem, considerando 13°.

¹²¹ Idem.

¹²² Ibídem, considerando 51°.

¹²³ Ibídem, considerando 49°.

Derechos Humanos¹²⁴, orientando el desempeño de los órganos de la Administración del Estado, en particular del Ministerio del Interior y su Departamento de Extranjería y Migración.

Pese al avance que representa esta sentencia para la elaboración de estándares y criterios orientadores de la acción estatal en materia migratoria, es necesario mencionar que tratándose de derechos distintos de la libertad ambulatoria, y que no se vinculen a la entrada, tránsito y salida del país, los avances judiciales corresponden a pronunciamientos aislados y escasamente difundidos.

Esto puede explicarse, al menos parcialmente, por la ausencia de disposiciones con rango legal encargadas en específico de derechos sociales de la población migrante. Ni el DL 1.094 ni su reglamento se refieren a los derechos fundamentales de extranjeros. La salud, derecho que analizamos en este trabajo, sólo es regulada por el texto constitucional –que, como tuvimos ocasión de destacar, no distingue al determinar su titularidad- y por normas de orden administrativo, que serán revisadas en el capítulo siguiente. Por tanto, nos parece correcto sostener que no existe en la legislación de extranjería vigente alguna referencia, directa o indirecta, al derecho a la salud de migrantes en Chile.

ii. Últimas reformas

Pese a las críticas que puedan dirigirse a la legislación especializada que hemos venido revisando, es justo reconocer que la actividad legislativa vinculada a la población migrante no se detuvo en 1985 con la dictación del Reglamento de Extranjería. Existen normas posteriores que reflejan esfuerzos por abordar cuestiones relevantes para migrantes en el país. Todas han sido dictadas al menos veinticinco años después del actual Decreto Ley, y se refieren a materias tales como la protección

¹²⁴Idem.

de refugiados¹²⁵, la tipificación del delito de tráfico de migrantes y trata de personas¹²⁶ y la prohibición y sanción de la discriminación arbitraria¹²⁷.

Precisamente porque esta normativa complementaria ha demostrado ser un aporte, reconociendo los derechos fundamentales de extranjeros y facilitando su ejercicio, urge la dictación de una nueva legislación de Extranjería. Ésta debe articular y orientar las acciones que han venido desarrollándose al amparo de normas particulares, ampliando el contenido y alcance del actual DL 1.094, cuya insuficiencia para responder a los desafíos de los tiempos que corren es difícil de refutar.

b. Legislación nacional sobre el derecho a la salud

La tabla N° 6 ofrece un panorama general acerca de la protección a la salud en el derecho chileno. Las normas fueron elegidas en base a dos criterios: como aspecto formal, sólo se incluyen aquellas vigentes. Como requisito de fondo, se refieren al reconocimiento, ampliación o modificación del derecho a la salud.

TABLA N° 6: SALUD LEGISLACIÓN NACIONAL		
Normativa	Indicador	Contenido relevante
Ley 18.469 D.O. 23/11/1985	Salud	<u>Reguló el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud.</u>
Ley 19.650 D.O. 24/12/1999	Salud	Perfeccionó normas del área de la salud. En particular, <u>prohibió la exigencia de dinero, cheques u otros instrumentos financieros</u> para condicionar la atención en casos de <u>urgencia vital</u> .

¹²⁵ República de Chile. Ministerio del Interior. Ley 20.430, que establece disposiciones sobre protección de refugiados. D.O. 15 de abril de 2010.

¹²⁶ República de Chile. Ministerio del Interior. Ley 20.507, que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución penal. D.O. 08 de abril de 2011.

¹²⁷ República de Chile. Ministerio Secretaría General de Gobierno. Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación. D.O. 24 de julio de 2012.

Ley 19.966 D.O. 03/09/2004	Salud	Estableció un régimen de <u>acceso universal a garantías explícitas en salud</u> (plan AUGE).
Decreto con Fuerza de Ley N° 1 Ministerio de Salud D.O. 24/04/2006	Salud	Fijó el texto refundido, sistematizado y coordinado del DL 2.763 y de las leyes 18.469 y 18.933. Reguló las funciones y estructura de los organismos públicos de salud, el ejercicio de este derecho constitucional y el sistema de las instituciones de salud previsual (ISAPRES).
Ley 20.394 D.O. 20/11/2009	Salud	Amplió la prohibición incorporada por la ley 19.650, eliminando del sistema de salud la posibilidad de condicionar la atención al otorgamiento de cheques o dinero en efectivo.
Ley 20.584 DO. 24/04/2012	Salud	Reguló <u>derechos y deberes de pacientes</u> en relación a su atención en salud.
Ley 20.850 D.O. 06/06/2015	Salud	Creó un <u>sistema de protección financiera</u> para diagnósticos y tratamientos de alto costo. Además, rindió un homenaje póstumo a don Luis Ricarte Soto Gallegos.

i. Ejercicio del derecho constitucional: Ley 18.469 de 1985

El sistema de salud chileno está constituido por una estructura dinámica y compleja, sobre un sistema de provisión mixta, que suma a las organizaciones públicas una serie de instituciones privadas dedicadas a la prestación de servicios de salud. Coexisten al interior de este sistema múltiples instituciones abocadas a la prevención y tratamiento de enfermedades, cobertura financiera, apoyo a la labor médica y supervigilancia en el cumplimiento de los objetivos trazados por el ordenamiento jurídico vigente¹²⁸.

¹²⁸ Los ejes relevantes del sistema de salud en Chile son abordados por Margarita Becerra y Laura Altimir en su trabajo sobre el derecho a la salud de los niños y niñas migrantes y refugiados (Becerra, Margarita y Laura Altimir. El derecho a la salud de los niños y niñas migrantes y refugiados, contextos y especificidad en salud mental, pp. 194 – 195. En: ACNUR, OIM y UNICEF (Eds.). Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas de trata internacional en Chile: Avances y desafíos. Santiago, Andros, pp. 191 – 216). Véase, además, Gattini, César y Johan Álvarez Leiva. La Salud en Chile 2010. Panorama de la situación de salud y del sistema de salud en Chile. Serie Técnica de Análisis de Situación. Santiago, Organización Panamericana de la Salud, 2011.

Dentro de este entramado complejo, la dimensión pública del sistema ejecuta de manera prioritaria el mandato constitucional encomendado al Estado por el artículo 19 N° 9; a éste último le corresponde garantizar “[...] *el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo*”¹²⁹.

El ejercicio de esta garantía fue regulado en sede legislativa por medio de la ley 18.469 de 1985¹³⁰. Nos detendremos en el análisis de esta norma por varias razones. En primer lugar, porque fue la primera en dotar de contenido legislativo al ejercicio de este derecho. Reiterando expresiones empleadas por el texto constitucional, su artículo 1° se refiere a él del siguiente modo:

“El ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud comprende el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y a aquéllas que estén destinadas a la rehabilitación del individuo, así como la libertad de elegir el sistema de salud estatal o privado al cual cada persona desee acogerse”.

En segundo lugar, la ley regula los límites de este ejercicio. Si recordamos que en nuestro país coexisten instituciones públicas y privadas, tiene sentido que la provisión de servicios de salud condicionada al pago de tarifas o aranceles sea una cuestión propia de éstas últimas, prohibiéndose a los establecimientos públicos limitar el ejercicio del derecho constitucional por esta causa:

“Artículo 2. Los establecimientos asistenciales del Sistema Nacional de Servicios de Salud no podrán negar atención a quienes la

¹²⁹ República de Chile. Constitución Política de la República. 1980. Art. 19.9.

¹³⁰ República de Chile. Ministerio de Salud. Ley 18.469, que regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un régimen de prestaciones de salud. D.O. 23 de noviembre de 1985.

requieran, ni condicionarla al pago previo de las tarifas, o aranceles fijados a este efecto, sin perjuicio de lo prescrito en los artículos 16 y 28¹³¹”.

Es importante señalar que el artículo impide negar la atención a todos “*quienes la requieran*”. En principio, un concepto como este podría generar implicancias favorables hacia la población migrante, incluso tratándose de aquella en una posición irregular, pues la ley no distingue entre chilenos y extranjeros.

No obstante, esta conclusión preliminar debe ser matizada con otras disposiciones. El artículo 2 menciona como excepciones a los artículos 16 y 28; luego, el primero de ellos utiliza un concepto importante y que debe ser aclarado antes de continuar. El *Régimen de Prestaciones*¹³² corresponde al conjunto de acciones de salud previstas en la ley, una especie de catálogo¹³³ al que pueden acceder sus beneficiarios del modo que ella establece. Estas prestaciones deben ser otorgadas por FONASA, a través de los establecimientos correspondientes a la Red Asistencial de cada Servicio de Salud¹³⁴.

Hecha esta aclaración, podemos señalar que el artículo 16 se dirige a quienes no son beneficiarios del Régimen, permitiéndoles acceder a los recintos públicos mediante el pago del arancel reglamentario¹³⁵. De este modo, el reconocimiento amplio al que nos referimos a propósito del artículo 2 encuentra un primer límite en quienes no se benefician del Régimen de Prestaciones establecido por la ley 18.469. Respecto de estas personas, la atención en los establecimientos públicos estará condicionada al

¹³¹ *Ibíd*em, art. 2°.

¹³² *Ibíd*em, art. 4°.

¹³³ El listado de prestaciones médicas se encuentra en el art. 8° de la ley.

¹³⁴ *Ibíd*em, art. 11°.

¹³⁵ *Ibíd*em, artículo 16°: “Las personas que no sean beneficiarias del Régimen podrán requerir y obtener de los organismos creados por el decreto ley N° 2.763, de 1979, el otorgamiento de prestaciones de acuerdo con el reglamento, pagando su valor según el arancel a que se refiere el artículo 28” (el énfasis es propio).

pago previo de una tarifa o arancel legal. A continuación, el artículo refuerza el derecho de prelación que asiste a los beneficiarios legales, quienes preferirán a los no beneficiarios *“con la sola excepción de urgencias debidamente calificadas”*¹³⁶.

Junto a las personas que carecen de la calidad de beneficiarios del Régimen de Prestaciones, la segunda excepción corresponde al artículo 28. Éste se refiere a la obligación de *“contribuir al financiamiento del valor de las prestaciones y atenciones”*, que se extiende a todos los afiliados con excepción de los casos expresamente mencionados por la ley¹³⁷. La prohibición de negar o condicionar la atención *a todo quien la requiera*, prevista en el art. 2, encuentra aquí un nuevo matiz.

Es claro que las prestaciones de salud establecidas en la ley benefician a un sector y no a toda la población. De acuerdo a las normas revisadas, existe un grupo de beneficiarios a quienes la ley se dirige en forma preferente, que tendrán la obligación de pagar por las prestaciones recibidas a menos que la misma norma disponga lo contrario. De esta conclusión surgen dos preguntas: ¿quiénes son estos beneficiarios?, ¿en qué casos podrán acceder de manera gratuita a la red pública de salud?

Las respuestas surgen de una serie de artículos, que deben ser interpretados de manera conjunta. Para comenzar, es necesario distinguir entre afiliados y beneficiarios del Régimen de Prestaciones: los primeros están obligados a enterar mensualmente un porcentaje de sus ingresos en el Fondo Nacional de Salud (FONASA), con el propósito de contribuir al financiamiento del sistema, mientras que los segundos obtienen cobertura en salud gracias al vínculo que los liga de algún modo a un afiliado.

¹³⁶ *Ibidem*, artículo 16 inc. segundo: “[...] La atención de las personas a que se refiere este artículo no podrá significar postergación o menoscabo de la atención que los establecimientos deben prestar a los beneficiarios legales y, en consecuencia, con la sola excepción de urgencias debidamente calificadas, dichos beneficiarios legales preferirán a los no beneficiarios” (el énfasis es propio).

¹³⁷ *Ibidem*, art. 28.

Según el artículo 5 de la ley 18.469, tendrán la calidad de afiliados al Régimen:

- a) *“Los trabajadores dependientes de los sectores público y privado [...]”;*
- b) *Los trabajadores independientes que coticen en cualquier régimen legal de previsión;*
- c) *Las personas que coticen en cualquier régimen legal de previsión en calidad de imponentes voluntarios,*
- d) *Y las personas que gocen de pensión previsional de cualquier naturaleza o de subsidio por incapacidad laboral o por cesantía”.*

Como puede observarse, los afiliados serán fundamentalmente aquellos trabajadores que coticen mes a mes en FONASA, cotización que los habilita para recibir las prestaciones en el sistema público de salud bajo las condiciones que la misma ley establece.

De acuerdo al artículo siguiente, son considerados beneficiarios, en primer lugar, los propios afiliados. Junto a ellos, gozan de esta calidad sus cargas legales o familiares, *“la mujer embarazada aun cuando no sea afiliada ni beneficiaria, y el niño hasta los seis años de edad [...]”*¹³⁸, *“las personas carentes de recursos o indigentes”*¹³⁹ y los titulares de un subsidio de cesantía, junto a sus cargas familiares.

De esta manera, la ley establece un listado taxativo de personas a quienes podrá otorgarse una prestación determinada, sin la obligación correlativa de cotizar mensualmente. Ahora bien, esto no quiere decir que estas prestaciones se otorguen en forma gratuita. Sencillamente, lo que la ley ha hecho es regular quiénes podrán acceder a la red de salud pública, cumpliendo con los demás requisitos – fundamentalmente, el pago de la tarifa o arancel-.

¹³⁸ *Ibíd*em, artículo 6° letra d.

¹³⁹ *Ibíd*em, art. 6° letra f.

Una vez aclarados los conceptos de afiliado y beneficiario, es importante considerar que esta obligación de pagar por las prestaciones (art. 28) no pesa sobre todos por igual. El sistema introducido por la ley 18.469, promoviendo en alguna medida el libre e igualitario acceso a la salud al que se refiere la Constitución¹⁴⁰, considera un pago gradual de acuerdo a la capacidad económica de los cotizantes.

Para implementar esta gradualidad, el artículo 29 introduce cuatro grupos que organizan a los afiliados según tramos de ingreso. Así, quienes pertenezcan a los grupos A y B recibirán en forma gratuita las prestaciones reguladas en la ley. A estos grupos pertenecen personas indigentes o carentes de recursos, beneficiarias de pensiones básicas solidarias o del subsidio familiar para personas de escasos recursos y trabajadores cuyo ingreso mensual no exceda del mínimo legal. Tratándose de los grupos C y D¹⁴¹, el Estado contribuye al financiamiento de las prestaciones médicas bonificando al primero en un setenta y cinco por ciento y al segundo en un cincuenta por ciento del valor total¹⁴².

Finalmente, hay dos casos de gratuidad que merecen ser destacados. Por un lado, el Estado chileno asume un fuerte compromiso hacia la protección de la mujer embarazada. Tuvimos oportunidad de referirnos a ella a propósito de la enumeración de los beneficiarios del Régimen, donde el artículo 6 letra d) la considera parte de este

¹⁴⁰“El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo” (art. 19.9 inciso segundo de la Constitución Política).

¹⁴¹ De acuerdo al artículo 29°, forman parte del grupo C “aquellos afiliados cuyo ingreso mensual sea superior al ingreso mínimo mensual y no exceda de 1,46 veces dicho monto, salvo que los beneficiarios que de ellos dependan sean tres o más, caso en el cual serán considerados en el Grupo B”. Por último, el grupo D comprende a quienes perciban mensualmente “un ingreso superior en 1,46 veces al mínimo legal, siempre que los beneficiarios que de ellos dependan no sean más de dos. Si los beneficiarios que de ellos dependan son tres o más, serán considerados en el Grupo C” (ley 18.469, art. 29°).

¹⁴² Ibídem, art 30°: “El Estado, a través del Fondo Nacional de Salud, contribuirá al financiamiento de las prestaciones médicas a que se refiere esta ley [...]. Dicho porcentaje se determinará, cada vez que así se requiera, por los Ministerios de Salud y de Hacienda; cubrirá el valor total de las prestaciones respecto de los grupos A y B, y no podrá ser inferior al 75% respecto del grupo C, ni al 50% respecto del grupo D”.

listado *“aun cuando no sea afiliada ni beneficiaria”*. Es preciso mencionar que este numeral acota el ámbito de protección de la mujer embarazada y de niños hasta los seis años de edad, al *“otorgamiento de las prestaciones a que alude el artículo 9”*¹⁴³.

El mencionado artículo 9 reconoce en forma expresa el derecho de la mujer a la protección del Estado durante el embarazo y hasta el sexto mes del nacimiento del hijo, comprendiendo los controles previos y el puerperio que sigue al parto. Igual protección es reconocida al niño recién nacido y hasta los seis años de edad, incluidos los controles de salud necesarios para su adecuado desarrollo. En ninguno de estos casos la ley distingue entre nacionales y extranjeros.

Sin embargo, es a propósito de la cobertura financiera del parto que este artículo puede volverse problemático. De acuerdo a su inciso final, *“[l]a atención del parto estará incluida en la asistencia médica a que se refiere la letra b) del artículo 8”*, es decir, forma parte de las prestaciones que serán o no cofinanciadas dependiendo del grupo al que cada usuaria pertenezca. Sólo aquellas mujeres que formen parte de los grupos A y B cuentan con una atención garantizada; las demás podrán obtenerla sólo por medio del pago de la tarifa o arancel correspondientes.

El sistema de salud chileno se completa, en su dimensión pública, con la modalidad de libre elección (art. 12). Esta posibilidad permite a los beneficiarios y afiliados optar libremente por el profesional o establecimiento institucional de su preferencia, que otorgue la prestación requerida y, cuestión importante, brinde atención a pacientes que pertenezcan a FONASA. En caso contrario, la ley reconoce a los afiliados el derecho a optar, en cualquier momento, por el traslado a alguna Institución de Salud Previsional (ISAPRE).

¹⁴³ *Ibíd*em, art. 6° letra d.

Si aplicáramos la normativa revisada a la situación de mujeres migrantes irregulares, tendríamos que reconocer que, salvo los casos de urgencia vital a los que nos referiremos más adelante y la situación de las embarazadas –con exclusión del parto–, no existe una cobertura que prescindiera de la capacidad económica de la paciente. Con todo, el principal problema de mujeres en esta situación es que no les está permitido ingresar al sistema como afiliadas ni beneficiarias, incluso cumpliendo con los requisitos de alguno de los tramos fijados por la ley 18.469 –piénsese, por ejemplo, en mujeres carentes de recursos o indigentes–.

Admitir lo contrario exigiría modificar los requisitos de afiliación establecidos por FONASA, entre los que se cuentan una cédula de identidad y rol único tributario chilenos, por definición ausentes en todo migrante irregular. Por este motivo, y si nos atuviéramos únicamente a las disposiciones de esta ley, mujeres migrantes irregulares no cuentan en Chile con el derecho de acceder al Régimen de Prestaciones otorgado por la red pública de salud, salvo las excepciones a las que ya hicimos mención y que se limitan a los casos de urgencia vital y control del embarazo.

ii. Reformas a la atención de urgencia: Leyes 19.650 de 1999 y 20.394 de 2009

La atención médica de urgencia ha recibido en nuestro país un tratamiento normativo de carácter preferente, que sitúa la prestación de los cuidados necesarios por sobre consideraciones y requisitos de cualquier otra índole.

Por emergencia o urgencia debemos entender *“toda condición de salud o cuadro clínico que implique riesgo vital y/o secuela funcional grave para una persona de no mediar atención médica inmediata o impostergable”*¹⁴⁴, siempre que esta emergencia

¹⁴⁴ República de Chile. Ministerio de Salud. Decreto N° 896. D.O. 27 de enero de 2000. Art. 1°.

sea diagnosticada y debidamente certificada por un médico cirujano en la unidad de urgencia pública o privada en que la persona sea atendida.

Esta definición reglamentaria fue incorporada en el contexto de la dictación de la ley 19.650 de 1999¹⁴⁵, que perfeccionó normas del área de la salud y modificó aquellas vinculadas a la atención en casos de riesgo vital. La norma es relevante porque eliminó condiciones para el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud, reformando algunos artículos importantes de la ley 18.469 -actual DFL N°1 de 2006, disposición de gran importancia que refundió y sistematizó buena parte de la legislación sectorial relacionada con el derecho a la salud-.

De acuerdo a los cambios introducidos, la atención de urgencia no puede ser negada o condicionada en forma alguna. En estos casos, FONASA e ISAPRES se encuentran legalmente obligados a *“pagar directamente al prestador el valor por las prestaciones que hayan otorgado a sus beneficiarios [...]”*¹⁴⁶, quienes enterarán con posterioridad el valor de las atenciones recibidas, pudiendo incluso obtener un préstamo de parte de estos organismos para facilitar el pago. Los montos finales variarán de acuerdo a la cobertura del plan de salud de cada beneficiario: en el caso de FONASA, ello dependerá del tramo, garantizándose gratuidad para los dos primeros grupos; tratándose de ISAPRES, el costo estará determinado por el contrato suscrito entre éstas y el asegurado, existiendo la posibilidad de pagos adicionales cuando los costos de la atención excedan los márgenes del plan contratado.

Como podrá observarse, la ley 19.650 no introdujo un régimen de gratuidad para la atención de urgencia. No obstante, facilitó la prestación de estos servicios, liberando al beneficiario de la obligación de documentar el pago al momento de ingresar al recinto

¹⁴⁵ República de Chile. Ministerio de Salud. Ley 19.650, que perfecciona normas del área de la salud. D.O. 24 de diciembre de 1999.

¹⁴⁶ República de Chile. Ministerio de Salud. DFL N°1 de 2006. D.O. 24 de abril de 2006. Art. 141°.

asistencial. Para asegurar el cumplimiento de sus disposiciones, a contar de 1999 se prohíbe a los prestadores “*exigir a los beneficiarios de esta ley, dinero, cheques u otros instrumentos financieros para garantizar el pago o condicionar de cualquier otra forma dicha atención*”¹⁴⁷.

En cuanto a los titulares de estos derechos, la ley no distingue entre chilenos y extranjeros ni entre extranjeros regulares o irregulares, pero utiliza un concepto que excluye a éstos últimos. Como ya tuvimos oportunidad de señalar al referirnos a la ley 18.469, el concepto de beneficiario posee un contenido estrictamente delimitado, que no puede extenderse a personas ajenas a las señaladas taxativamente en dicha norma. La ley 19.650, por su parte, recurre a esta expresión en distintas oportunidades: tanto el pago directo de FONASA e ISAPRES a los prestadores de salud como la prohibición de exigir garantías financieras aplican a los beneficiarios de la ley.

Puesto que migrantes en una situación de irregularidad no forman parte de este concepto al no cumplir con los requisitos mínimos de ingreso al sistema, podríamos afirmar que tampoco se encuentra reconocido en nuestra legislación el derecho a contar con una atención de urgencia en los términos y con los beneficios reconocidos al resto de la población.

Sin embargo, algunas reformas posteriores han optado por un lenguaje distinto. El año 2009 entró en vigencia la ley 20.394¹⁴⁸, que modificó una vez más el DFL N° 1 extendiendo la prohibición de exigir cheques o dinero en garantía a todas las prestaciones y no sólo a los casos de urgencia vital. Al referirse a los destinatarios del derecho reconocido, la ley reemplazó la expresión beneficiarios por el término *pacientes*, bastante más amplio.

¹⁴⁷Idem.

¹⁴⁸ República de Chile. Ministerio de Salud. Ley 20.394, que prohíbe condicionar la atención de salud al otorgamiento de cheques o dinero en efectivo. D.O. 20 de noviembre de 2009.

¿Hay cabida para migrantes irregulares en esta expresión? Pareciera que el término cubre a quienes reciben alguna clase de prestación, ya sea en el sistema público o privado de salud. Podrá tratarse de afiliados al Fondo Nacional, a alguna de las Instituciones Previsionales o a quienes se encuentran fuera de ambos regímenes pero acceden igualmente a través del pago directo a un prestador. En esta última situación podría encontrarse, como resulta sencillo advertir, tanto un migrante regularizado no cotizante como un migrante irregular. No obstante, subsisten ciertas barreras adicionales para éste último que la norma no señala: aun contando con capacidad de pago, es posible que más de algún funcionario considere la falta de cédula de identidad y RUT como impedimentos para la prestación de los servicios de salud, que existan diferencias de criterio entre distintos funcionarios e incluso diferencias de idioma que dificulten el acceso a este grupo de la población.

iii. Incorporación de las garantías AUGE - GES: Ley 19.966 de 2004¹⁴⁹

La entrada en vigencia del plan AUGE (Acceso Universal a Garantías Explícitas en Salud) modificó de manera sustantiva el contenido del derecho constitucional a la protección de la salud. Bajo la forma de un Régimen General de Garantías, este instrumento de regulación sanitaria incorporó una serie de prestaciones preventivas, curativas y paliativas que FONASA se encuentra obligado a otorgar a sus beneficiarios, a través de la red pública de salud en su modalidad de atención institucional¹⁵⁰.

Dado que la ley emplea nuevamente la expresión beneficiarios para referirse a los titulares de los nuevos derechos reconocidos, en este aspecto el programa no se extiende hacia migrantes en una situación de irregularidad migratoria.

¹⁴⁹ República de Chile. Ministerio de Salud. Ley 19.966, que establece un Régimen de Garantías en Salud. D.O. 03 de septiembre de 2004.

¹⁵⁰ Ley 19.966, art. 1°.

Junto a este listado de prestaciones garantizadas a pacientes FONASA, esta reforma incorporó una serie de Garantías Explícitas en Salud (GES) asociadas a un conjunto priorizado de enfermedades, que operan en cuatro grandes áreas: acceso, calidad, protección financiera y oportunidad. Una de sus principales ventajas corresponde a la extensión de tales garantías a beneficiarios de ISAPRES, permitiéndoles exigir su cumplimiento ante la Superintendencia de Salud y las demás instancias pertinentes¹⁵¹.

Decíamos que el contenido del derecho a la protección de la salud previsto en la Constitución se reforzó tras la entrada en vigencia de la ley 19.966. De una parte, beneficiarios de FONASA cuentan con una serie de prestaciones que las instituciones públicas se encuentran obligadas a otorgar. De otra, la reforma amplió de manera importante los derechos que hasta entonces se reconocía a quienes cotizan en el sistema privado; la incorporación de garantías GES no distingue entre ambos sistemas, de ahí el carácter universal que da nombre al Plan.

Esta universalidad, quizás el gran aspecto a destacar de las Garantías Explícitas en Salud, no alcanza a migrantes en situación de irregularidad. Una vez más, la imposibilidad de incorporarse como afiliados o beneficiarios a cualquiera de las instituciones aseguradoras –FONASA e ISAPRES- determina que a este sector de la población no le sean reconocidos los derechos incorporados por esta importante reforma.

¹⁵¹ Ley 19.966, artículo 2º: “El Régimen General de Garantías contendrá, además, Garantías Explícitas en Salud relativas a acceso, calidad, protección financiera y oportunidad con que deben ser otorgadas las prestaciones asociadas a un conjunto priorizado de programas, enfermedades o condiciones de salud que señale el decreto correspondiente. El Fondo Nacional de Salud y las Instituciones de Salud Previsional deberán asegurar obligatoriamente dichas garantías a sus respectivos beneficiarios. Las Garantías Explícitas en Salud serán constitutivas de derechos para los beneficiarios y su cumplimiento podrá ser exigido por éstos ante el Fondo Nacional de Salud o las Instituciones de Salud Previsional, la Superintendencia de Salud y las demás instancias que correspondan” (el énfasis es propio).

iv. Últimas modificaciones legales

Hemos incluido en este apartado la ley de derechos y deberes del paciente (ley 20.584 de 2014¹⁵²), y el nuevo sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo (ley 20.850 de 2015¹⁵³). Ambas leyes corresponden a las últimas reformas introducidas al sistema de salud chileno, relevantes para este trabajo porque amplían el contenido de la garantía constitucional que hemos venido revisando.

La ley 20.584 reguló en forma sistemática y por primera vez un conjunto de derechos y deberes en materia de salud. Al señalar a sus destinatarios, esta norma emplea un lenguaje distinto, que merece ser destacado y que le otorga un carácter distintivo frente a otras reformas de similar ámbito de aplicación. De acuerdo al artículo 1, su objeto es *“regular los derechos y deberes **que las personas** tienen en relación con acciones vinculadas a su atención de salud”*¹⁵⁴. De esta forma, comienza utilizando una expresión de alcance universal, que recuerda la frase empleada por el constituyente al dar inicio a la enumeración de las garantías fundamentales contenida en el artículo 19 –la Constitución asegura, *“a todas las personas”*–.

No obstante, un encabezado tan amplio como este podría ceder terreno conforme avanza el articulado de la norma. Esto ha ocurrido otras veces tratándose de leyes en materia de salud; recuérdese, por ejemplo, la forma en que la ley 18.469 regulaba las atenciones que debían ser prestadas por la red pública: *“[l]os establecimientos asistenciales del Sistema Nacional de Servicios de Salud no podrán negar atención a **quienes la requieran**, ni condicionarla al pago previo de las tarifas, o aranceles fijados*

¹⁵² República de Chile. Ministerio de Salud. Ley 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. D.O. 24 de abril de 2012.

¹⁵³ República de Chile. Ministerio de Salud. Ley 20.850, que crea un sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo y rinde homenaje póstumo a don Luis Ricarte Soto Gallegos. D.O. 06 de junio de 2015.

¹⁵⁴ El énfasis es propio.

a este efecto [...]”¹⁵⁵, señalando inmediatamente después que tales atenciones serían otorgadas “sin perjuicio de lo prescrito en los artículos 16 y 28”¹⁵⁶, importantes excepciones al mandato contenido en la expresión inicial.

La reforma de 2014 resulta excepcional en este sentido, pues mantiene el alcance universal a medida que avanzamos en su contenido. Así lo confirman varias de sus disposiciones: el artículo segundo reconoce a “*toda persona*”,

*“El derecho, cualquiera que sea el prestador que ejecute las acciones de promoción, protección y recuperación de su salud y de su rehabilitación, a que ellas sean dadas oportunamente y sin discriminación arbitraria, en las formas y condiciones que determinan la Constitución y las leyes”*¹⁵⁷.

Un reconocimiento de iguales características es otorgado a propósito de la seguridad en la atención de salud (art. 4: “*toda persona tiene derecho [...]*”), que incluye el derecho de toda persona a ser informada acerca de la ocurrencia de un evento adverso (art. 4° inciso final); el derecho a un trato digno (art. 5: “*las personas tienen derecho a [...]*”); a tener compañía y asistencia espiritual (art. 6: “*toda persona tiene derecho [...]*”); a recibir información suficiente, veraz y oportuna (art. 8°: “*toda persona tiene derecho [...]*”); y, finalmente, a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento (art. 14°: “*toda persona tiene derecho [...]*”).

La ley no distingue entre afiliados, beneficiarios y el resto de la población, reconociendo a la totalidad de los habitantes como titulares de los derechos regulados. Además, sus disposiciones resultan aplicables a cualquier tipo de prestador de

¹⁵⁵ Ley 18.469, art. 2°. El énfasis es propio.

¹⁵⁶ Idem.

¹⁵⁷ Ley 20.580, art. 2°.

acciones de salud, sin importar su naturaleza pública o privada¹⁵⁸. Esta norma va incluso más allá: apartándose de la división tradicional que distingue entre ambas categorías, extiende su ámbito de aplicación a todos los trabajadores y profesionales que, *“por cualquier causa, deban atender público o se vinculen con el otorgamiento de las atenciones de salud”* (art. 1).

Una cobertura de esta naturaleza comprendería, en principio, a la población migrante en situación irregular. Puesto que la ley no ha introducido distinciones ni restricciones específicas, esta podría ser una conclusión preliminar perfectamente válida, cuya viabilidad debe, sin embargo, ser puesta a prueba al conjugarla con la legislación restante. La propia ley 20.584 reconoce que las prestaciones de salud deben ser otorgadas *“oportunamente y sin discriminación arbitraria, en las formas y condiciones que determinan la Constitución y las leyes”* (art. 2). Esta remisión incluye entre otras normas a la ley 18.469, que regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud sin reconocer a migrantes irregulares entre sus beneficiarios – ausencia que se traduce, en lo esencial, en la imposibilidad de contar con atención gratuita en la red pública de salud-.

De este modo, la población migrante irregular requerirá acceder al sistema de salud chileno –público o privado, pues la ley 20.584 no distingue-, como paso previo para reclamar los derechos y deberes a los que hemos hecho mención. Ahora bien, ¿en qué casos migrantes irregulares podrían obtener prestaciones de esta naturaleza?, ¿bajo qué condiciones podrían ingresar como pacientes a un recinto hospitalario?

Desechado el acceso gratuito en el sistema público, la única hipótesis restante corresponde a la atención por medio del pago de la tarifa o arancel correspondientes.

¹⁵⁸ Esta aplicación extensiva de su contenido es reforzada en forma expresa por la norma, art. 1° inciso final.

En este caso, el estatuto de derechos y deberes incorporado por la ley 20.584 les resultará aplicable sin importar si se trata del sistema público o privado de salud; como ya hemos señalado, sus disposiciones aplican a ambos por igual.

Finalmente, la última reforma importante a nuestro sistema de salud corresponde al sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo, incorporado por la ley 20.850 de 2015. Este sistema tiene como propósito contribuir al financiamiento de condiciones específicas de salud, tales como enfermedades oncológicas, inmunológicas y raras o poco frecuentes, determinadas en forma conjunta por los Ministerios de Salud y Hacienda y financiadas parcialmente con cargo a un fondo destinado a la cobertura de tratamientos excesivamente onerosos (art. 5).

El otorgamiento de las prestaciones y su protección financiera son constitutivos de derechos para los beneficiarios de la ley, de ahí la importancia de determinar quiénes integran este último grupo, y, por oposición, quiénes no se encuentran cubiertos por sus disposiciones. Tratándose del sistema público de salud, corresponde a FONASA asegurar esta protección financiera *“a todos los beneficiarios de los sistemas previsionales de salud de Chile”* (art. 1)¹⁵⁹. Nuevamente, de acuerdo a la ley 18.469 este concepto incluye a un listado específico de personas, que comprende a afiliados y sus cargas legales y excluye, entre otros, a migrantes con una situación no regularizada.

El apoyo económico previsto en la norma alcanza a cotizantes del sector privado, que hubieren suscrito un contrato de salud con alguna de las ISAPRES que forman parte del sistema. En este caso, los beneficiarios estarán obligados a impetrar de manera preferente –y siempre que se hubiere pactado con anterioridad– la cobertura adicional de enfermedades catastróficas, contemplada en los contratos de salud previsual.

¹⁵⁹ El énfasis es propio.

Como podrá observarse, la protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo se extiende únicamente a pacientes que forman parte de universo de beneficiarios del Fondo Nacional de Salud (FONASA), o han suscrito un contrato de salud que los vincula a una Institución de Salud Previsional (ISAPRES). Puesto que migrantes irregulares no cumplen con los requisitos legales para acceder a alguno de los dos sistemas, tampoco resultarán cubiertos por las ventajas de esta nueva ley, que representa un alivio financiero de proporciones considerables para un sector de los habitantes del país, afectado por enfermedades cuyo costo resulta muy difícil de soportar.

c. Legislación nacional sobre derechos de la mujer

Tras habernos referido a las disposiciones legales relacionadas con la migración y el derecho a la salud, finalizaremos esta sección con una breve referencia a la legislación nacional sobre derechos de la mujer. Ante la ausencia en el derecho interno chileno de normas que se refieran específicamente a mujeres migrantes, la tabla N° 7 reúne un conjunto de disposiciones vigentes que crean instituciones o reconocen derechos a favor de mujeres en general, sin distinciones de nacionalidad, y que pueden por tanto extenderse al grupo estudiado en este trabajo.

TABLA N° 7: MUJERES LEGISLACIÓN NACIONAL		
Normativa	Indicador	Contenido relevante
Ley 19.023 D.O. 03/01/1991	Mujeres	Creó el <u>Servicio Nacional de la Mujer</u> .
Ley 19.611 D.O. 16/06/1999	Mujeres	Modificó la Constitución Política de la República, estableciendo la <u>igualdad jurídica entre hombres y mujeres</u> .
Ley 19.824 D.O. 30/09/2002	Mujeres	Obligó a instalar salas cunas en establecimientos industriales y de servicios.

Ley 20.005 D.O. 18/03/2005	Mujeres	Modificó el Código del Trabajo, tipificando y sancionando el <u>acoso sexual</u> .
Ley 20.166 D.O. 12/02/2007	Mujeres	Estableció el derecho de las madres trabajadoras a amamantar a sus hijos, aun cuando no exista sala cuna.
Ley 20.348 D.O. 19/06/2009	Mujeres	Reforzó el derecho a la igualdad en las remuneraciones entre hombres y mujeres, modificando con este propósito el Código del Trabajo.
Ley 20.609 D.O. 24/07/2012	Mujeres	Estableció medidas contra la discriminación. El concepto de discriminación arbitraria incluye en forma expresa los conceptos de <u>sexo, orientación sexual e identidad de género</u> (art. 2° inc. primero).
Ley 20.607 D.O. 08/08/2012	Mujeres	Modificó el Código del Trabajo, sancionando las prácticas de <u>acoso laboral</u> .
Ley 20.786 D.O. 27/10/2014	Mujeres	Modificó la jornada, descanso y composición de la remuneración de <u>trabajadores de casa particular</u> . Prohibió, asimismo, la exigencia de uniforme en lugares públicos.
Ley 20.820 D.O. 20/03/2015	Mujeres	Creó el <u>Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género</u> .

Las reformas legislativas que aquí se presentan pueden agruparse en dos grandes áreas: aquellas que introdujeron modificaciones estructurales, y las que ampliaron derechos en ámbitos de mayor especificidad.

i. Modificaciones de carácter estructural

Corresponden a esta clase las modificaciones de la Constitución Política, las leyes que crearon nuevas instituciones públicas o que introdujeron estatutos de carácter amplio para sancionar la discriminación, sin distinguir entre nacionales y extranjeros.

A partir de 1999, la igualdad jurídica entre hombres y mujeres goza de rango constitucional. La ley 19.611¹⁶⁰ modificó la garantía de igualdad sumando la siguiente

¹⁶⁰ República de Chile. Ministerio de Justicia. Ley 19.611, que establece igualdad jurídica entre hombres y mujeres. D.O. 16 de junio de 1999.

frase al actual artículo 19 N° 2 del texto constitucional: “[h]ombres y mujeres son iguales ante la ley”. Adicionalmente, esta norma sustituyó la expresión que da inicio a la Constitución Política de 1980; el artículo primero dejó de referirse a “[l]os hombres”, y pasó a utilizar la expresión “personas”: son éstas, incluyendo a hombres y mujeres, quienes “nacen libres e iguales en dignidad y derechos”¹⁶¹.

Esta importante modificación del texto constitucional fue impulsada y defendida en el parlamento por el Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM), organismo creado ocho años antes por la ley 19.023 de 1991¹⁶², con el propósito de colaborar con el Ejecutivo “en el estudio y proposición de planes generales y medidas conducentes a que la mujer goce de igualdad de derechos y oportunidades respecto del hombre”. La importancia de este nuevo órgano se tradujo en la asignación de rango de Ministro de Estado a su Director¹⁶³.

Una figura administrativa híbrida como esta –un director de Servicio con atribuciones propias de un Ministro-, subsistió en nuestro país hasta la entrada en vigencia de la ley 20.820¹⁶⁴, que creó en 2015 el Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género¹⁶⁵. La reforma separó ambos organismos, ministerio y servicio, creando una Secretaría de

¹⁶¹ De acuerdo al mensaje presidencial que dio inicio a la tramitación legislativa del proyecto, el término hombres el término "hombres" empleado en el antiguo artículo 1º reforzaba estereotipos y prácticas discriminatorias, que destacaban el protagonismo de los hombres y ocultaban el de las mujeres. (historia de la ley, p.5.). El lenguaje, por su estrecha relación dialéctica con el pensamiento, puede cambiar gracias a la acción educativa y cultural, e influir positivamente en el comportamiento humano y en nuestra percepción de la realidad. (p.5, 6).

¹⁶² República de Chile. Ministerio del Interior. Ley 19.023, que crea el Servicio Nacional de la Mujer. D.O. 03 de enero de 1991.

¹⁶³ Ibídem, artículo 4º: “La dirección superior, técnica y administrativa del Servicio Nacional de la Mujer estará a cargo del Director del Servicio Nacional de la Mujer, quien tendrá rango de Ministro de Estado”.

¹⁶⁴ República de Chile. Ministerio de Desarrollo Social. Ley 20.820, que crea el Ministerio de la Mujer y la Igualdad de Género, y modifica normas legales que indica. D.O. 20 de marzo de 2015.

¹⁶⁵ Ibídem, art. 1º: “La equidad de género comprende el trato idéntico o diferenciado entre hombres y mujeres que resulta en una total ausencia de cualquier forma de discriminación arbitraria contra las mujeres por ser tales, en lo que respecta al goce y ejercicio de todos sus derechos humanos”.

Estado dedicada al “*diseño, coordinación y evaluación*” de políticas, planes y programas destinados a promover la equidad de género e igualdad de derechos, procurando la eliminación “*de toda forma de discriminación arbitraria en contra de las mujeres*” (art. 1). Esta tarea puede cumplirse a través de la identificación de aquellos ámbitos en los que existe un trato diferenciado hacia la mujer—incluido el acceso a la salud—, sin una justificación legal que lo respalde. Adicionalmente, por mandato expreso del legislador (art. 4, ley 20.820), el Ministerio cuenta con la posibilidad de proponer “*medidas, planes y programas de carácter temporal*” que impliquen ventajas concretas para las mujeres, siempre que resulten necesarias para alcanzar la mayor igualdad posible en los ámbitos público, político, laboral, social, económico o cultural.

Una última modificación de carácter estructural corresponde a la nueva legislación antidiscriminación, promulgada en 2012 a través de la ley 20.609¹⁶⁶. Al introducir un concepto amplio de discriminación tutelado por una nueva acción judicial, esta reforma enmienda la estructura del sistema jurídico; no se remite a un grupo o situación particulares sino más bien a criterios generales que pueden incluir distintas manifestaciones de un mismo problema. La definición de discriminación arbitraria incorpora los conceptos de raza, etnia, nacionalidad e idioma —todos vinculables a la población migrante—, junto a los de sexo, orientación sexual e identidad de género —que pueden estar presentes en casos de discriminación arbitraria ejercida en contra de la mujer—. Puesto que la titularidad de la acción judicial corresponde a “*cualquier persona lesionada en su derecho a no ser objeto de discriminación arbitraria*” (art. 4), mujeres migrantes irregulares cuentan con legitimación activa para reclamar ante los Tribunales de Justicia por aquellas situaciones en que se las discrimine arbitrariamente¹⁶⁷, incluyendo asuntos vinculados al derecho a la protección de la salud.

¹⁶⁶ Véase nota número 39.

¹⁶⁷ No obstante, la posibilidad de accionar en sede judicial requiere en primer lugar de acceso a la red de tribunales de justicia del país, cuestión que en la práctica no se encuentra exenta de

ii. Modificaciones de carácter específico

Junto a estas modificaciones, otros cambios legislativos han buscado la igualdad de oportunidades y condiciones entre hombres y mujeres en áreas específicas del ordenamiento jurídico, donde pueden entenderse incorporadas mujeres migrantes.

Nos referiremos en forma especial a las modificaciones introducidas en materia laboral. Al respecto, las leyes 20.005 de 2005¹⁶⁸ y 20.607 de 2012¹⁶⁹ sancionaron el acoso sexual¹⁷⁰ y laboral¹⁷¹ respectivamente. En cuanto a las remuneraciones percibidas, la

dificultades. En relación a este punto, las Magistradas de los más altos Órganos de Justicia de Iberoamérica se han mostrado preocupadas “porque la discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que la afectan, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, la discapacidad, el estatus social, la edad, la clase, la casta, el estatus migratorio, la orientación sexual y la identidad de género; y que esta discriminación afecta a las mujeres en diferente medida y forma que a los hombres”. Teniendo esto presente, es importante “garantizar la igualdad sustantiva de las mujeres en los órganos de justicia [...], tomando en especial consideración los diversos factores que se entrecruzan y las afectan”, reconociendo su “derecho de acceso a la justicia” y procurando “asistencia legal gratuita a todas las mujeres en condición de vulnerabilidad que sufren discriminación entrecruzada” (XV encuentro de Magistradas de los más altos Órganos de Justicia de Iberoamérica. Declaración de Santiago. Suscrita en Santiago de Chile, con fecha 26 de noviembre de 2014, pp. 3 – 4. El énfasis es propio). en línea] <<http://servicios.poderjudicial.cl/DAI/pdf/DECLARACION%20DE%20MAGISTRADAS.pdf>> [consulta: 25 mayo 2015].

¹⁶⁸ República de Chile. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Ley 20.005, que tipifica y sanciona el acoso sexual. D.O. 18 de marzo de 2005.

¹⁶⁹ República de Chile. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Ley 20.607, que modifica el Código del Trabajo, sancionando las prácticas de acoso laboral. D.O. 08 de agosto de 2012.

¹⁷⁰ Tras la reforma, el artículo 2° del Código del Trabajo señala que “[la]s relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona. Es contrario a ella, entre otras conductas, el acoso sexual, entendiéndose por tal el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”.

¹⁷¹ El mismo artículo continúa señalando que “[...] es contrario a la dignidad de la persona el acoso laboral, entendiéndose por tal toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo” (Idem.).

ley 20.348 de 2009¹⁷² modificó el Código del Trabajo e introdujo el principio de igualdad entre hombres y mujeres en la materia.

Por otro lado, como parte de las medidas dirigidas a la protección de la maternidad, la ley 19.824 de 2002¹⁷³ extendió la obligación de contar con salas cunas para hijos menores de dos años a centros comerciales e industriales administrados bajo una misma personalidad jurídica, cuyos establecimientos incluyan veinte o más trabajadoras. Cinco años más tarde, la ley 20.166¹⁷⁴ incorporó el derecho irrenunciable de toda trabajadora –sin distinciones de nacionalidad– de contar con una hora al día para alimentar a sus hijos menores de dos años.

Por último, la ley 20.786 de 2014¹⁷⁵ introdujo una serie de modificaciones al régimen laboral de trabajadoras de casa particular, relevante para todas aquellas mujeres migrantes que desempeñan esta función¹⁷⁶. Entre los cambios más importantes pueden destacarse el deber del empleador de registrar el contrato ante la Inspección del Trabajo respectiva, el derecho a un descanso semanal los días domingo y la prohibición de condicionar la permanencia de las trabajadoras al uso de uniformes o delantales en lugares públicos.

¹⁷² República de Chile. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Ley 20.348, que resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones. D.O. 19 de junio de 2009.

¹⁷³ República de Chile. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Ley 19.824, que modifica el artículo 203 del Código del Trabajo, disponiendo la obligatoriedad de instalar salas cunas en establecimientos industriales y de servicios que indica. D.O. 30 de septiembre de 2002.

¹⁷⁴ República de Chile. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Ley 20.166, que extiende el derecho de las madres trabajadoras a amamantar a sus hijos aun cuando no exista sala cuna. D.O. 12 de febrero de 2007.

¹⁷⁵ República de Chile. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Ley 20.786, que modifica la jornada, descanso y composición de la remuneración de los trabajadores de casa particular, y prohíbe la exigencia de uniforme en lugares públicos. D.O. 27 de octubre de 2014.

¹⁷⁶ Cf. Stefoni, Carolina. Mujeres inmigrantes peruanas en Chile, op. cit.

III. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO ANALIZADO EN EL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL

Luego de haber revisado el tratamiento del derecho a la salud de mujeres migrantes irregulares en distintas normas de origen interno, finalizaremos este segundo capítulo con el estudio de instrumentos internacionales que se incorporan al ordenamiento chileno por la vía del artículo 5° inciso segundo de la Constitución¹⁷⁷, distinguiendo con este propósito entre instrumentos principales y secundarios.

Los primeros han sido seleccionados atendiendo a su relevancia histórica o especial vinculación con alguno de los tres indicadores utilizados en este capítulo –salud, mujeres y migración-. Los segundos, por regular materias importantes para migrantes irregulares distintas del derecho a la salud, objetivo principal de nuestro análisis.

1. Instrumentos principales

Como ya señalábamos, la tabla N° 8 contiene un listado de instrumentos internacionales que pueden vincularse de distintas formas a la salud de mujeres migrantes irregulares. Algunos se refieren específicamente a este derecho; otros universalizan determinadas garantías, permitiendo la inclusión de extranjeros irregulares entre sus titulares; los demás, se refieren de un modo especial a mujeres o

¹⁷⁷ El valor jurídico de los instrumentos internacionales incorporados a través de este mecanismo constitucional ha sido fuente de intenso debate en nuestro medio. No es uno de los objetivos de este trabajo aportar a esta discusión, que excede con creces los límites de esta sección. Al respecto, una interesante revisión de los criterios empleados por el Tribunal Constitucional chileno en relación a la jerarquía de los tratados internacionales puede revisarse en Navarro Beltrán, Enrique. *Tratados y Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno*. Trabajo presentado en las XLII Jornadas de Derecho Público. Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 22 y 23 de noviembre de 2012. [en línea] <<http://www.jornadasdederechopublico2012.pucv.cl/recibidos/navarro.pdf>> [consulta: 14 mayo 2015]. Para la evolución del resto de la jurisprudencia sobre esta materia, véase Henríquez, Miriam. *Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos: Análisis jurisprudencial desde el método de casos*. *En: Estudios Constitucionales* 6(2):73 – 119, 2008. Por último, una explicación del origen de esta discusión puede ser revisada en Nash, Claudio. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*. Santiago, Centro de Derechos Humanos – Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2012, pp. 19 – 21.

niños, otorgándoles un conjunto de prerrogativas y derechos atinentes a nuestro análisis.

TABLA N° 8: INSTRUMENTOS PRINCIPALES¹⁷⁸ LEGISLACIÓN INTERNACIONAL			
Normativa	Indicador	Firma¹⁷⁹	Ratificación¹⁸⁰
Constitución Organización Mundial de la Salud (OMS, 1946)	Salud	1946	1948
Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH, 1948)	Todos	1948	1948
Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADH, 1948)	Todos	1948	1948
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, 1966)	Migración Mujeres	1969	1972
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1966)	Todos	1969	1972
Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, 1969)	Todos	1969	1991
Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979)	Mujeres	1980	1989
Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CIPTMF, 1990)	Migración Salud	1993	2005

¹⁷⁸ La información para la elaboración de las tablas presentadas en esta sección ha sido obtenida de la Colección de Tratados de Naciones Unidas (a la que puede accederse desde el sitio <https://treaties.un.org/>), y de la Organización de Estados Americanos (en línea en http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_acuerdos.asp).

¹⁷⁹ Indica el año en que el instrumento fue suscrito por el Estado de Chile.

¹⁸⁰ Indica el año en que el instrumento, ya suscrito, fue ratificado por el Estado de Chile.

a. Constitución de la Organización Mundial de la Salud¹⁸¹

Si buscamos identificar de qué manera el derecho a la salud ha sido reconocido por el *corpus iuris* internacional, nuestro análisis debe comenzar por la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS), organismo especializado del Sistema de Naciones Unidas¹⁸².

Su preámbulo reviste particular importancia, al definir qué debe entenderse por salud como parte de una serie de principios básicos compartidos por los Estados signatarios:

“La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”¹⁸³.

Esta concepción de la salud posee importantes consecuencias. La primera de ellas corresponde al lenguaje empleado para definir al derecho fundamental relacionado con las funciones de este organismo. En lugar de referirse sencillamente a un *derecho a la salud*, la Constitución de la OMS reconoce a todo ser humano, sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social, “[e]l goce del grado máximo de salud que se pueda lograr”¹⁸⁴.

¹⁸¹ La Constitución fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Off. Rec. World Health Organisation; Actes off. Org. mond. Santé, 2, 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948.

¹⁸² Su incorporación a este Sistema viene dada por el artículo 57 de la Carta de Naciones Unidas, que en lo pertinente señala: “Los distintos organismos especializados establecidos por acuerdos intergubernamentales, que tengan amplias atribuciones internacionales definidas en sus estatutos, y relativas a materias de carácter económico, social, cultural, educativo, sanitario, y otras conexas, serán vinculados con la Organización de acuerdo con las disposiciones del Artículo 63” (Sistema de Naciones Unidas. Carta de las Naciones Unidas. San Francisco, 24 de octubre de 1945, 1 UNTS XVI). [en línea] <<http://www.un.org/es/documents/charter/chapter1.shtml>> [consulta: 04 mayo 2015].

¹⁸³ Constitución de la Organización Mundial de la Salud (1946). Preámbulo, párr. segundo.

¹⁸⁴ *Ibidem*, párr. tercero.

En segundo lugar, este concepto amplio influye directamente sobre las obligaciones adquiridas por el Estados frente a la comunidad internacional. De acuerdo al mismo preámbulo, “[/]os gobiernos tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual sólo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas”¹⁸⁵. Puesto que la salud de tales pueblos ha sido previamente definida como un derecho cuyo goce es de grado máximo, más que como una mera ausencia de enfermedad, tanto el contenido de la obligación estatal como la evaluación de las medidas adoptadas para cumplirla responderán a este mayor estándar.

Finalmente, la forma en que los Estados signatarios entendieron el derecho fundamental a la salud se refleja en el mandato otorgado a la OMS. De acuerdo al artículo 1 de la Constitución,

*“La finalidad de la Organización Mundial de la Salud [...] será alcanzar para todos los pueblos el grado más alto posible de salud”*¹⁸⁶.

b. Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁸⁷ y Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁸⁸

Ahora bien, es necesario revisar de qué manera los restantes instrumentos internacionales han regulado el derecho a la salud para interpretar de un modo sistemático el concepto ya esbozado en 1946.

¹⁸⁵ *Ibíd*em, párr. noveno.

¹⁸⁶ *Ibíd*em, artículo 1°.

¹⁸⁷ Adoptada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. [en línea] < <http://www.un.org/es/documents/udhr/>> [consulta: 04 mayo 2015].

¹⁸⁸ Adoptada en la Novena Conferencia Internacional Americana de Bogotá, el 30 de abril de 1948. Serie: Novena Conferencia Americana, Bogotá, 1948. Acta y Documentos, p. 297. [en línea] < <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>> [consulta: 05 mayo 2015].

Respetando un orden cronológico, las siguientes en referirse a este derecho fundamental fueron la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que autores como O'Donnell han denominado *“las grandes declaraciones de 1948”*¹⁸⁹. Siguiendo a este autor, podríamos afirmar que dichos instrumentos comparten tres importantes características:

1. *“Reconocen una amplísima gama de los derechos fundamentales, incluidos los de carácter civil, político, social, económico y cultural.*
2. *No son tratados internacionales y en el momento de su elaboración carecían de carácter vinculante.*
3. *Hoy día son considerados por los órganos internacionales competentes manifestaciones del derecho internacional consuetudinario, vinculantes para todos los Estados Partes en las Naciones Unidas y la OEA, respectivamente”*¹⁹⁰.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) estableció por primera vez en la historia una serie de derechos fundamentales que merecen protección universal¹⁹¹. Desde entonces, este principio de universalidad ha sido reconocido en numerosos tratados, declaraciones y resoluciones internacionales¹⁹². Ello se explica porque la Declaración fue construida sobre una fuerte noción de igualdad entre *“todos los*

¹⁸⁹O'Donnell, Daniel. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal y americano. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Bogotá, OHCHR, 2004, p. 56.

¹⁹⁰Idem.

¹⁹¹ Los derechos humanos universales consagrados en esta Declaración fueron codificados en la forma de tratados, dando lugar a dos importantes instrumentos: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a los que nos referiremos más adelante. Los tres instrumentos, considerados en su conjunto, configuran la *Carta Internacional de Derechos Humanos* (Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 26, párr. 3, 1997).

¹⁹² Ibídem, p. 59.

*miembros de la familia humana*¹⁹³, quienes gozan, por tanto, de derechos *“iguales e inalienables”*¹⁹⁴. El reconocimiento de tales derechos, junto a la dignidad intrínseca de sus titulares, *“sirve de base a la libertad, justicia y paz en el mundo”*¹⁹⁵.

El carácter igualitario de todo ser humano es reafirmado a lo largo de toda la Declaración. De acuerdo a su artículo 1,

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Más adelante insiste en reconocer a toda persona los derechos y libertades proclamados, sin distinciones de ninguna especie, refiriéndose en forma expresa a las nociones de raza, color, idioma y origen nacional, vinculadas a la población migrante:

“Art. 2. Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

Por tanto, existe un derecho a obtener igual protección frente a actos discriminatorios, e incluso frente a provocaciones relacionadas con alguno de los criterios enumerados. Este derecho es regulado por la Declaración a propósito de la igualdad ante la ley, garantía de extensa cobertura¹⁹⁶:

¹⁹³ Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), preámbulo.

¹⁹⁴ Idem.

¹⁹⁵ Idem.

¹⁹⁶ La Corte Interamericana ha tocado este punto al pronunciarse sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados: *“este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se*

“Art. 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

Junto a la igual consideración de todo ser humano, existen a lo menos dos derechos especialmente relacionados con la población migrante. El libre tránsito es materia del artículo 13, que se refiere a esta garantía en los siguientes términos:

*“Artículo 13°. 1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.
2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país”¹⁹⁷.*

Por su parte, el artículo 15 menciona el derecho de toda persona a contar con una nacionalidad (art. 15 N° 1). A consecuencia de ello,

“Artículo 15.2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad”.

admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general” (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003. San José de Costa Rica, CIDH, 2003, párrafos 100-101). El énfasis es propio.

¹⁹⁷ Como ha sido reconocido por algún sector de la doctrina, este derecho asegura a toda persona la posibilidad de abandonar su Estado de origen, sin que ello implique necesariamente un deber incondicional de recepción para el Estado de destino. Véase al respecto la postura adoptada por el Tribunal Constitucional chileno, en la sentencia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 13 inc. primero del D.L. N° 1.094: “Que, frente a esta realidad, el punto de partida es sostener, junto a todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que toda persona tiene el derecho a emigrar de su país. Es así como el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que: “1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”. No obstante, “el derecho a emigrar de toda persona no supone el deber de los Estados de consagrar la inmigración como un derecho subjetivo de los extranjeros” (STC N° 2273-12-INA de 4 de julio de 2013, considerandos 10° y 11°). El énfasis es propio.

Los artículos 22 y 25 mencionan el derecho a la salud. El primero lo hace de manera indirecta: se refiere a la seguridad social y a los derechos económicos, sociales y culturales, dentro de los cuales entendemos comprendido el acceso a la salud:

“Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”¹⁹⁸.

Este artículo es importante porque menciona el *carácter progresivo* de derechos de esta naturaleza: de acuerdo a éste, el derecho podrá ejercerse únicamente dentro de las posibilidades brindadas por *“la organización y los recursos de cada Estado”*¹⁹⁹.

¿Quiere esto decir que los derechos económicos, sociales y culturales deben hacerse efectivos sólo una vez que el Estado ha alcanzado un determinado nivel de desarrollo económico? Las distintas respuestas a esta pregunta influyen de manera sustancial en el reconocimiento o denegación del derecho a la salud de la población migrante en general, y de migrantes indocumentados en particular.

De acuerdo al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, esta no es la intención detrás de un concepto como el de progresividad:

¹⁹⁸ El énfasis es propio.

¹⁹⁹ DUDH, art. 22°. Sobre la posibilidad de introducir modificaciones de carácter regresivo en época de crisis, véanse los trabajos de Christian Courtis (La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. En: Courtis, Christian (comp.). Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 2006, pp. 3 – 52) y Magdalena Sepúlveda (The nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Intersentia, Amsterdam, 2003). Para un análisis centrado en el derecho a la salud, véase Parra Vera, Oscar. El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad. En: Courtis, Christian (comp), op. cit, pp. 53 – 78.

“La interpretación de esta cláusula nunca debe conducir a pensar que permite a los Estados aplazar indefinidamente sus esfuerzos para asegurar el goce de los derechos proclamados [...].

Mientras que determinados derechos, por su propia naturaleza, pueden prestarse más a hacerse efectivos en función de la ‘obligación progresiva’, está claro que muchas de las obligaciones contraídas [...] han de cumplirse inmediatamente. Esto se aplicaría en particular a las disposiciones no discriminatorias y a la obligación de los Estados Partes de abstenerse de violar activamente derechos económicos, sociales y culturales o de anular las medidas protectoras legales o de otro tipo relacionadas con esos derechos”²⁰⁰.

Así interpretadas, las referencias al desarrollo progresivo buscan reconocer que la efectividad de estos derechos *“puede verse obstaculizada por la falta de recursos”²⁰¹*, y que *“puede lograrse únicamente a lo largo de cierto periodo de tiempo”²⁰²*. Junto con ello, indicarían que el cumplimiento de la obligación estatal de adoptar medidas apropiadas *“se evalúa teniendo en cuenta los recursos -económicos y de otra índole- de que dispone”²⁰³*. Volveremos sobre este punto al referirnos a las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Decíamos que la Declaración Universal se refiere a la salud en dos ocasiones. Junto al artículo 22, también es mencionada a propósito del derecho a contar con un nivel de vida adecuado, regulado por su artículo 25:

²⁰⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Folleto Informativo N° 16 (Rev. 1). Naciones Unidas, Ginebra, 1996, p. 6. [en línea] <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet16Rev.1sp.pdf>> [consulta: 18 abril 2015].

²⁰¹ Oficia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Preguntas frecuentes sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Folleto Informativo N° 33. Naciones Unidas, Ginebra, 2009, p. 16. [en línea] <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS33_sp.pdf> [consulta: 18 abril 2015].

²⁰² *Idem*.

²⁰³ *Ibidem*, p. 17.

“Artículo 25°. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; [...]”²⁰⁴.

Para finalizar con la revisión de este instrumento, señalaremos que el mismo artículo se refiere a la maternidad e infancia, reconociendo que ambos cuentan con un derecho a asistencia especial. Todos los niños tienen derecho a *“igual protección social”*²⁰⁵, sin distinguir entre aquellos nacidos dentro o fuera del matrimonio, a lo que podríamos agregar, ni entre aquellos nacidos dentro o fuera del territorio del Estado.

A su turno, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH) comienza por reconocer que los derechos esenciales no surgen de la relación entre éste último y un Estado determinado, sino de los atributos de la persona humana²⁰⁶. Luego, tal como en la DUDH, existe en esta Declaración una especial insistencia en torno a la igualdad entre todos los hombres. Su preámbulo repite con mínimas variaciones el artículo primero de la Declaración Universal –que, como cabe recordar, se inspiró en el instrumento americano, acordado ocho meses antes-²⁰⁷:

“Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros”.

²⁰⁴ El énfasis es nuestro.

²⁰⁵ DUDH, Art. 25.2.

²⁰⁶ DADH, preámbulo, párr. segundo.

²⁰⁷ La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada el 30 de abril de 1948 en la IX Conferencia Internacional Americana, realizada en Bogotá entre el 30 de marzo y el 02 de mayo del mismo año.

La igualdad ante la ley del artículo segundo refuerza esta intención, reconociendo a todas las personas los derechos y deberes consagrados en la Declaración, “*sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna*”²⁰⁸.

A diferencia de la Declaración Universal, el texto americano dedica un artículo completo al derecho a la salud:

“Artículo 9. 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”.

Dos cuestiones llaman la atención sobre esta norma. La primera tiene que ver con la importancia que la Declaración Americana asigna a la salud, ubicándola en un sitio destacado en comparación a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, a los que se otorga un carácter instrumental. En este punto la Declaración Americana se aparta de la posterior Declaración Universal, que optó por reconocer, en lugar de la salud, el derecho a un nivel de vida adecuado; éste debe incluir no sólo salud, sino bienestar, vestidos, alimentación y asistencia médica necesarios.

Un segundo aspecto llamativo sobre el artículo 9 es su referencia al principio de desarrollo progresivo, que ya mencionamos a propósito del artículo 22 de la Declaración Universal. Frente a la pregunta por la clase de medidas necesarias para la preservación de la salud, el artículo responde que serán las permitidas por “*los recursos públicos y los de la comunidad*”. Ello implica que el contenido de la obligación internacional frente a la preservación de este derecho variará de Estado en Estado, que su cumplimiento deberá evaluarse a lo largo del tiempo –con el propósito de

²⁰⁸ DADH, art. 2.

constatar avances y retrocesos- y que la falta de recursos económicos disponibles impactará de manera negativa en el nivel de preservación de la salud bajo la jurisdicción del Estado en cuestión.

Finalizaremos la revisión de las grandes declaraciones de 1948 señalando que la protección a la maternidad e infancia es común a ambos instrumentos. Al respecto, el artículo séptimo de la Declaración Americana resulta bastante similar al artículo 25 de la Declaración Universal; una diferencia sutil puede encontrarse en la extensión de los cuidados más allá del parto, incluyéndose el periodo de lactancia como uno de especial protección:

“Artículo 7. Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tiene derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”.

c. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)²⁰⁹ y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)²¹⁰

Continuando con la clasificación propuesta por Daniel O'Donnell, una segunda categoría de instrumentos internacionales -junto a las declaraciones de 1948- corresponde a los grandes tratados universales y regionales en materia de derechos

²⁰⁹ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Suscrito por Chile en esa misma fecha, y ratificado el 10 de febrero de 1972. Fue promulgado como ley de la República a través del Decreto N° 778, de 29 de abril de 1989.

²¹⁰ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Suscrito por Chile con fecha 16 de septiembre de 1969, y ratificado el 10 de febrero de 1972. Fue promulgado como ley de la República a través del Decreto N° 326, de 28 de abril de 1989. El Protocolo Adicional a este instrumento fue suscrito por el Estado de Chile con fecha 24 de septiembre de 2009, y permanece sin ser ratificado.

humanos; en particular el PIDCP y PIDESC en el sistema universal, y la Convención Americana junto a su Protocolo Adicional en el sistema interamericano²¹¹.

De acuerdo al autor, estos instrumentos consagran derechos similares a los reconocidos en las declaraciones de 1948. Sin embargo, *“definen el contenido, el alcance y los límites de estos derechos en forma más precisa y pormenorizada”*²¹², por tratarse de normas elaboradas con el propósito de hacerlas vinculantes para los Estados que las ratificaran.

Nos referiremos en primer lugar a los dos grandes Pactos del sistema universal de Derechos Humanos. La Asamblea General de Naciones Unidas celebrada en 1951 optó por separar los derechos civiles de los sociales en dos instrumentos distintos, dedicado cada uno a una categoría distinta de derechos. Esta distinción, de acuerdo a Cançado Trindade, se basaba en la idea de que *“los derechos civiles y políticos eran susceptibles de aplicación ‘inmediata’, requiriendo obligaciones de abstención por parte del Estado, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales eran implementados por reglas susceptibles de aplicación progresiva, requiriendo obligaciones positivas”*²¹³.

No obstante, esta diferencia inicial, que asociaba derechos políticos con el individuo y derechos sociales con la colectividad, ha sido paulatinamente superada. En la actualidad, la distinción es ante todo una cuestión de *“intensidad de las obligaciones generales que vinculan a los Estados Partes”*²¹⁴.

²¹¹ O’Donnell, op. cit., p. 56.

²¹² Idem.

²¹³ Cançado Trindade, Antonio. La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. En: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Estudios Básicos de Derechos Humanos. Tomo I. San José, IIDH, 1994, p.39.

²¹⁴ Idem.

A la superación de esta distinción contribuyó en gran medida la noción de indivisibilidad de los derechos humanos, proclamada en 1968 por la Conferencia de Teherán²¹⁵:

“Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible. La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social”²¹⁶.

Esta perspectiva unitaria, que mira como inseparables a los derechos civiles y sociales, fue reforzada en 1977 con la adopción por la Asamblea de Naciones Unidas de la Resolución 32/130, dedicada a los *“distintos criterios y medios posibles dentro del Sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales”*²¹⁷. En ella, la comunidad internacional reconoció de manera enfática, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos,

“[Q]ue el ideal de que los seres humanos se vean liberados del temor y la miseria sólo puede lograrse si se crean condiciones por las

²¹⁵ Proclamación adoptada por la primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos reunida en Teherán entre el 22 de abril y el 13 de mayo de 1968, con el propósito de examinar los progresos logrados en los veinte años transcurridos desde la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos (Naciones Unidas. Proclamación de Teherán. Conferencia Internacional de Derechos Humanos reunida en Teherán el 13 de mayo de 1968. ONU Doc. A/CONF.32/41, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por medio de la Resolución 2442 (XXIII) de 19 de diciembre de 1968). [en línea] <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1290>> [consulta: 10 mayo 2015].

²¹⁶ *Ibíd*em, punto decimotercero. El énfasis es propio.

²¹⁷ Naciones Unidas. Resolución 32/130, ONU Doc. A/32/423. Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su trigésimo segundo periodo de sesiones, con fecha 16 de diciembre de 1977. [en línea] < <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/32/130>> [consulta: 08 mayo 2015].

*cuales todos puedan gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, como también de sus derechos civiles y políticos*²¹⁸.

Manifestó, además, su profundo convencimiento sobre la interrelación e indivisibilidad de *“todos los derechos humanos y libertades fundamentales”*²¹⁹, cuestión que obliga a prestar la misma atención y urgente consideración *“a la aplicación, promoción y protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales”*²²⁰.

Aun cuando el debate sobre el rol del Estado frente a ambos derechos continúa abierto, es necesario considerar que tanto la Resolución 32/130 como instrumentos posteriores dan cuenta de las transformaciones fundamentales que la sociedad internacional atravesó desde la época de la Declaración Universal de 1948²²¹. El énfasis en los derechos del individuo se amplió para incluir no sólo el lugar de este último en la colectividad, sino también los derechos de la colectividad con respecto al individuo. Siguiendo a Cançado,

*“Entre las dos categorías de derechos -individuales y sociales o colectivos-, no puede haber más que complementariedad y no antinomia. Los llamados derechos de solidaridad, cronológicamente más recientes, interactúan con los precedentes, pero no los substituyen”*²²².

Habiéndonos referido a la relación entre ambos instrumentos, revisaremos a continuación aquellas disposiciones relevantes para los derechos de migrantes. Comenzaremos señalando que tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como aquél referido a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales,

²¹⁸Ídem, preámbulo.

²¹⁹Ídem.

²²⁰Ídem, art.1° letra a.

²²¹CançadoTrindade, op. cit., p.3.

²²²Ídem.

establecen un deber general de no discriminación que comprende motivos raciales y de origen nacional.

El primero regula esta prohibición en los siguientes términos:

“Art. 2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, [...] origen nacional o social, [...] o cualquier otra condición social”²²³.

Nótese la titularidad activa de los derechos reconocidos: el deber de respeto y garantía se extiende no a todos los nacionales de cada Estado, sino *“a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción”²²⁴.*

A su vez, el rechazo a la discriminación es recogido en el artículo 2.2 del PIDESC, que reza lo siguiente:

“Art 2.2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, [...] origen nacional o social, [...] o cualquier otra condición social”²²⁵.

Luego, el artículo 2.1. se refiere al deber de adoptar medidas, incluso de carácter legislativo, que aseguren progresivamente el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales:

“Art. 2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente

²²³PIDCP, art. 2.2.

²²⁴Idem.

²²⁵PIDESC, art. 2.2.

*económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos*²²⁶.

La progresividad en el pleno ejercicio de estos derechos se vincula entonces a los medios disponibles en cada Estado; junto a las herramientas de cooperación internacional, la obligación estatal se traduce en destinar hasta el máximo de recursos disponibles, disponibilidad que variará de país en país según sus particulares condiciones financieras y capacidades institucionales.

Esto quiere decir que no todos los países se encuentran en la misma posición a la hora de abordar las obligaciones asumidas con la suscripción y ratificación del PIDESC. Considerando esta realidad, acentuada en el caso de los países en desarrollo, ha sido el mismo Pacto el encargado de matizar este deber respecto de extranjeros.

En su artículo 2.3, este instrumento permite a los países en desarrollo, *“teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional”*,

*“[...] determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos”*²²⁷.

Esta afirmación es particularmente relevante para los objetivos de este trabajo. Si el derecho a la salud es considerado por el *corpus iuris* internacional como parte de los derechos económicos, sociales y culturales, y la obligación internacional adquirida por el Estado de Chile encuentra una ventana de discrecionalidad respecto de personas extranjeras, entonces es posible que el derecho a la salud de mujeres migrantes irregulares se reconozca en nuestro país de un modo diferenciado, sin que esta

²²⁶Ibídem, art. 2.1.

²²⁷Ibídem, art. 2.3.

diferenciación implique en sí misma una vulneración de los compromisos adquiridos por el Estado frente a la comunidad internacional.

Ahora bien, de acuerdo al mismo artículo, este reconocimiento diferenciado debe enmarcarse no sólo en las posibilidades brindadas por la economía nacional sino también en los derechos humanos de cada individuo –y, podríamos añadir, de la colectividad-. Por consiguiente, la diferencia introducida por el Estado respecto de extranjeros y sus derechos económicos y sociales sólo resultará legítima si ha considerado debidamente las garantías fundamentales que todo migrante posee por el solo hecho de ser persona, estándar que opera como límite frente a la progresividad en el reconocimiento de los derechos a los que el Pacto se refiere.

Esta idea es reforzada por la noción de igualdad presente tanto en el PIDECP como en el PIDESC. De acuerdo al primero, el goce igualitario de todos los derechos civiles y políticos debe ser garantizado por todo Estado parte (art. 3); el segundo Pacto contempla una obligación similar, por medio de la cual los Estados se comprometen a asegurar a hombres y mujeres *“igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados”* (art.3).

El PIDESC se refiere de manera específica a la salud en su artículo doce. Retomando el concepto ya enunciado en 1946 al constituirse la OMS, esta garantía es entendida como *“el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”*²²⁸.

Con el propósito de asegurar su plena efectividad, el Pacto contempla una serie de medidas que deben ser adoptadas por los Estados partes. Entre ellas,

“[]a reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; [..] []a prevención y el tratamiento de las

²²⁸Ibídem, art. 12.

enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; y [l]a creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”²²⁹.

Para aclarar el contenido de las distintas obligaciones asumidas por los Estados partes en relación a la salud, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos distingue tres categorías: respetar, proteger y realizar²³⁰. De este modo, la obligación de respetar se traduce en que el Estado *“no ha de denegar el acceso a los servicios de salud de manera discriminatoria”*; el deber de proteger, en el control de calidad de los medicamentos comercializados por los suministradores públicos y privados, entre otras tareas similares; y el de realizar, en la obligación de *“facilitar el disfrute del derecho a la salud, recurriendo, por ejemplo, a establecer campañas de vacunación universal para los niños”²³¹.*

Por último, ambos pactos regulan una serie de derechos relevantes para la población migrante, que mencionaremos sin entrar en un análisis detallado de su contenido: el derecho de circulación o libre tránsito, reconocido a *“toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado”* (PIDCP, art. 12.1); el derecho de toda persona a *“salir libremente de cualquier país, incluso del propio”* –nótese, en relación a la posible configuración de un derecho a migrar, que el Pacto no menciona la libertad de ingreso- (PIDCP, art. 12.2); el derecho de todo extranjero que se halle legalmente en un Estado de no ser expulsado sino a través de *“una decisión adoptada conforme a la ley”* (PIDCP, art. 13); el deber de permitir la vida cultural, religión e idiomas de minorías étnicas, religiosas o lingüísticas (PIDCP, art. 27); el reconocimiento del nombre y nacionalidad a los que todo niño tiene derecho (PIDCP, art. 24); y la especial

²²⁹ *Ibidem*, art. 12.

²³⁰ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, op. cit., pp. 14 – 15.

²³¹ *Idem*.

protección, incluidas prestaciones adecuadas de seguridad social, para todas las madres “*durante un periodo de tiempo razonable antes y después del parto*” (PIDESC, art. 10).

d. Convención Americana sobre Derechos Humanos²³²

La historia de este importante instrumento se remonta a 1959, año en que la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Santiago de Chile, recomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de un proyecto de Convención sobre Derechos Humanos, junto a un proyecto sobre la creación de una Corte Interamericana de Derechos Humanos, antigua idea latinoamericana²³³.

Diez años más tarde, fue celebrada una Conferencia Especializada Interamericana, reunida en San José de Costa Rica entre el 7 y el 22 de noviembre de 1969. La Conferencia elaboró un proyecto de Convención que fue firmado por doce Estados Americanos el día de su clausura²³⁴. Finalmente, la Convención Americana de Derechos Humanos -también conocida como Pacto de San José de Costa Rica- entró en vigor el 18 de julio de 1978, nueve años después de su adopción²³⁵.

²³² Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, celebrada en San José de Costa Rica entre el 7 y 22 de noviembre de 1969. Ratificada por Chile en 1991 y promulgada por el Decreto N° 873 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 05 de enero de 1991 (Organización de Estados Americanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos, de fecha 22 de noviembre de 1969. San José de Costa Rica, OEA, 1969).

²³³ De acuerdo a Héctor Gros, “[l]a iniciativa de crear una Corte Interamericana de Derechos Humanos como órgano jurisdiccional de protección, se remonta a 1948, cuando Brasil presentó a la IX Conferencia Internacional Americana (Bogotá) un proyecto al respecto, que fue objeto de la Resolución XXI. La cuestión fue materia de estudio por parte del Comité Jurídico Interamericano en 1949. De modo que la idea de un órgano jurisdiccional de protección no se originó en Europa sino en América Latina”. Gros Espiell, Héctor. La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo. Santiago, Editorial Jurídica, 1991, p. 54.

²³⁴ Para una reseña acabada de la elaboración, fuentes y textos inspiradores de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, véase Gros Espiell, op. cit., pp. 53 y ss.

²³⁵ *Ibidem*, p.59.

En cuanto a los derechos esenciales que en ella se reconocen, comenzaremos por señalar que estos se dirigen a nacionales y extranjeros. De acuerdo al preámbulo, tales derechos “*no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado*”, sino que se desprenden de los atributos de la persona humana. Esta noción es reforzada por el derecho a la igual protección de la ley, reconocida a “*toda persona*” por el artículo 24 del Pacto de San José.

No obstante, este reconocimiento amplio e igualitario debe entenderse en concordancia con el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, incluida la salud, que la Convención considera en su artículo 26:

“Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”²³⁶.

De acuerdo a Cançado, el Sistema Interamericano optó por una solución similar a la establecida en los modelos mundiales y europeo, incorporando una mención general a esta clase de derechos y reconociendo que el deber estatal cuenta con un carácter progresivo, “*a pesar de las propuestas de inserción de derechos económicos, sociales y culturales en el proyecto de Convención presentadas en 1959 por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos y en 1965 por Chile y Uruguay*”²³⁷. Apartándose de estas sugerencias regionales, la Convención Americana “*se contenta con remitir, en su*

²³⁶ CADH, art. 26. El énfasis es propio.

²³⁷CançadoTrindade, op. cit., p.2.

*artículo 26, a las normas económicas, sociales y culturales contenidas en los artículos 29 a 50 de la Carta enmendada de la Organización de los Estados Americanos*²³⁸.

La ausencia en la Convención Americana de un reconocimiento más enérgico a esta clase de derechos ha sido subsanada por el Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Este instrumento, adoptado el 17 de noviembre de 1988 y en vigencia desde el 16 de noviembre de 1999, fue suscrito por nuestro país en 2001 sin que hasta la fecha haya sido ratificado.

Ello implica, naturalmente, que sus disposiciones no representan para el Estado de Chile una fuente de obligación en el plano internacional, integrándose al grupo que completan Venezuela, República Dominicana y Haití como únicos países de la Organización de Estados Americanos donde el Protocolo Adicional permanece sin ratificar²³⁹.

Si el estatus jurídico de esta norma fuese distinto, sus disposiciones aportarían argumentos sustanciales a la discusión sobre el acceso de migrantes en situación irregular al sistema de salud chileno. De acuerdo a su artículo décimo, toda persona tiene derecho a la salud, entendiendo esta última *“como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”* (art. 10.1) y reconociéndola como un *“bien público”* (art. 10.2). Adicionalmente, los Estados Partes se comprometen a través de este Protocolo Adicional a garantizar la atención primaria de salud, considerada como asistencia sanitaria esencial, *“a todos los individuos y familiares de la comunidad”* (art. 10.a). Los beneficios de los servicios de salud deben extenderse a *“todos los individuos*

²³⁸Idem.

²³⁹ La información actualizada puede consultarse en el Departamento de Derecho Internacional de la OEA, disponible en <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-52.html>> [consulta: 15 mayo 2015].

sujetos a la jurisdicción del Estado” (art.10.b), entendiéndose incorporados migrantes y nacionales, sin que la amplitud del concepto permita distinguir entre migrantes regulares e irregulares. El artículo se refiere, además, a la *“total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas”* (art.10.c) como parte de las obligaciones adquiridas por el Estado, y finaliza con una referencia a la satisfacción de las necesidades de salud *“de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables”* (art.10.f), entre los que podríamos ubicar, una vez más, a migrantes sin una situación migratoria regular.

Para terminar con la revisión de disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos relacionadas a migrantes, resultan destacables las medidas de protección que deben ser brindadas a todo niño (art. 19), con independencia de la nacionalidad de los padres y su estatus migratorio; y el derecho de circulación y residencia (art. 22), que prohíbe en forma enfática la expulsión colectiva de extranjeros (art. 22.9).

e. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer²⁴⁰

Este instrumento de derecho internacional forma parte de la tercera categoría propuesta por O'Donnell, sumándose a las grandes declaraciones de 1948 y a los grandes tratados universales y regionales en materia de derechos humanos, a los que ya hemos hecho referencia. A esta categoría pertenecen todos aquellos instrumentos

²⁴⁰ Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entró en vigor a partir del 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27 (1) de la propia Convención (Naciones Unidas. Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer. Serie de Tratados, vol. 1249, p. 13. Naciones Unidas, Nueva York, 1979). El Protocolo Adicional a la CEDAW, adoptado el 6 de octubre de 1999 por la Asamblea General de Naciones Unidas (A/RES/54/4), fue suscrito por el Estado chileno con fecha 10 de diciembre de 1999 y permanece sin ser ratificado.

dedicados a principios o materias específicas, vinculados a *“los derechos de determinados sectores de la sociedad humana, como los niños, los indígenas, los trabajadores migrantes, las personas con discapacidad, los presos y tantos otros”*²⁴¹.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) fue precedida del trabajo desarrollado por la Comisión encargada de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, reunida por primera vez en 1947 e impulsora, entre otros documentos, de la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (1953), la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada (1957) y el primer convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) referido a la igualdad salarial entre hombres y mujeres²⁴².

La Asamblea General de Naciones Unidas encargó a esta Comisión elaborar un proyecto de declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, aprobado en 1967 y que representa un antecedente directo de la CEDAW, adoptada doce años más tarde por la misma Asamblea, reunida en Nueva York el 18 de diciembre de 1979.

Esta Convención reconoce la especial vulneración de derechos que afecta a mujeres en distintos ámbitos de su existencia, agravada en situaciones de pobreza. En estos casos, de acuerdo a lo señalado en su preámbulo y donde podríamos situar a mujeres migrantes en condición irregular,

²⁴¹O'Donnell, op. cit., p.56.

²⁴² Organización Internacional del Trabajo. Convenio N° 100, relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. Adoptado en Ginebra con ocasión de la 34ª reunión CIT, con fecha 29 de junio de 1951. Entró en vigor el 23 de mayo de 1953.

“[...] la mujer tiene un acceso mínimo a la alimentación, la salud, la enseñanza, la capacitación y las oportunidades de empleo, así como a la satisfacción de otras necesidades [...]”²⁴³.

A esta afirmación puede responderse con la constatación de similares dificultades respecto de hombres enfrentados a iguales condiciones. No obstante, la Convención reconoce la existencia de brechas que afectan a mujeres de manera especial, y que lo hacen de manera más intensa en contextos de mayor vulnerabilidad. Pese a que distintos Pactos Internacionales consagran el deber estatal de garantizar a hombres y mujeres un igual goce de todos los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos²⁴⁴, la Convención surge de la preocupación internacional por la persistencia en el tiempo de importantes discriminaciones hacia la mujer. De acuerdo a la CEDAW el concepto de discriminación reúne una diversidad de criterios, entendiéndose por tal,

“[...] toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”²⁴⁵.

Tratándose del derecho a la salud, el artículo 12 establece para todos los Estados Partes el deber de asegurar *“el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”²⁴⁶*, en condiciones de igualdad. Además, la Convención se refiere en forma específica a los servicios médicos relacionados con el embarazo, parto y periodo posterior al parto, que deben ser garantizados, junto a

²⁴³ CEDAW, preámbulo. El énfasis es propio.

²⁴⁴Idem.

²⁴⁵Ibidem, art.1.

²⁴⁶Ibidem, art.12.1.

una nutrición adecuada, de manera gratuita “*cuando fuere necesario*”²⁴⁷ –expresión ambigua que puede ser interpretada de distinta manera por cada Estado, y que debilita en este aspecto la protección de la maternidad-.

La Convención continúa refiriéndose a la salud, aunque de un modo indirecto, en otros artículos que vale la pena mencionar. A propósito de la igualdad de derechos en materia educacional, el artículo 10 contempla la obligación de brindar acceso “*al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia*”²⁴⁸, incluyendo información y asesoramiento sobre planificación familiar.

En relación al empleo, debe asegurarse a la mujer “[e]l derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción”²⁴⁹.

El nivel de cumplimiento de la CEDAW por el Estado chileno es monitoreado a través del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer (CDW), por medio de recomendaciones sugeridas sobre la base de un informe periódico que a cada Estado Parte le corresponde remitir a lo menos cada cuatro años. En su último análisis²⁵⁰, durante las sesiones 1071^a y 1072^a celebradas el 02 de octubre de 2012, el Comité examinó de manera combinada los informes quinto y sexto enviados por el Estado de Chile²⁵¹, mencionando de manera general a mujeres migrantes e incorporando algunas referencias específicas a su derecho a la salud.

²⁴⁷Ibídem, art.12.2.

²⁴⁸Ibídem, art.10 h).

²⁴⁹ Ibídem, art. 11.1 h).

²⁵⁰ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53º período de sesiones (1º a 19 de octubre de 2012), de fecha 12 de noviembre de 2012. ONU Doc. CEDAW/C/CHL/CO/5-6. [en línea] <<http://www.senda.gob.cl/media/Unidad%20de%20Genero/CEDAW-Chile-2012-ESP.pdf>>[consulta: 28 abril 2015].

²⁵¹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 18 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Informes periódicos quinto y

Entre las preocupaciones de carácter general, mencionó la excepción al principio de *ius solis* respecto de extranjeros transeúntes, aplicado sistemáticamente a mujeres migrantes en situación irregular²⁵². Esta interpretación extensiva y por vía administrativa del concepto de extranjero transeúnte impide a sus hijos adquirir la nacionalidad chilena por nacimiento, restándoles únicamente la posibilidad de optar a ella durante el año siguiente a aquél en que cumplen los veintiún años²⁵³.

Frente a esta constatación, el Comité sugirió al Estado chileno la revisión y modificación de la legislación vigente, con el objeto de permitir a los hijos de mujeres migrantes en situación irregular adquirir la nacionalidad chilena por nacimiento²⁵⁴. Adicionalmente, con la finalidad de reducir los casos de menores extranjeros que carecen de una nacionalidad determinada, solicitó al Estado considerar el ingreso a dos de los instrumentos internacionales más relevantes en la materia, a saber, la Convención para reducir los casos de Apatridia (1954) y la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1961)²⁵⁵.

Junto con referirse a los problemas generados por las restricciones en la aplicación del principio de *ius solis*, el Comité se manifestó preocupado por la *“precaria situación en que siguen encontrándose los trabajadores de casa particular, particularmente las mujeres, la falta de aplicación del marco jurídico y la insuficiente supervisión de sus condiciones de trabajo”*²⁵⁶. Entre las medidas sugeridas, tanto la realización de

sexto combinados de los Estados partes. Estado de Chile, 17 de marzo de 2011. ONU Doc. CEDAWC/CHL/5-6. [en línea] <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fCHL%2f5-6&Lang=en> [consulta: 28 abril 2015].

²⁵² CDW, Observaciones finales cit., párr. 26.

²⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁴ *Ibidem*, párr. 27 letra a).

²⁵⁵ *Ibidem*, párr. 27 letra b).

²⁵⁶ *Ibidem*, párr. 30.

actividades de sensibilización como el desarrollo de medidas de integración al mercado laboral consideraron específicamente a mujeres migrantes²⁵⁷.

Finalmente, el derecho a la salud de éstas últimas fue mencionado como parte del análisis dedicado a ciertos grupos desfavorecidos de mujeres:

“Al Comité le preocupan la exclusión social y la vulnerabilidad de las mujeres migrantes, así como los obstáculos que les impiden disfrutar de derechos fundamentales como el acceso a prestaciones sociales y servicios de atención de la salud, en particular en el caso de las mujeres embarazadas²⁵⁸.

Las soluciones propuestas incluyeron la adopción de medidas necesarias para mejorar *“la situación económica de las mujeres migrantes²⁵⁹”* y *“su acceso a prestaciones sociales y servicios de atención de la salud, con independencia de cuál sea su condición, en particular en el caso de las mujeres embarazadas²⁶⁰”*. Todos los avances en relación a estas propuestas debiesen, a sugerencia del Comité, vigilarse periódicamente²⁶¹ sobre la base de información oficial detallada, que considere antecedentes estadísticos completos sobre grupos desfavorecidos de mujeres, categoría compartida por migrantes, indígenas y mujeres del sector rural.

²⁵⁷ *Ibíd*em, párr. 30 b) y c).

²⁵⁸ *Ibíd*em, párr. 40.

²⁵⁹ *Ibíd*em párr. 41 a).

²⁶⁰ *Ibíd*em.

²⁶¹ *Ibíd*em, párr. 41 b).

f. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (CIPTMF, 1990)²⁶²

Este instrumento surge de la insuficiente protección de los trabajadores migrantes, sus familias y los derechos fundamentales de ambos, constatada por la comunidad internacional. Pese a su especialidad, es importante considerar que esta clase de cuerpos normativos, “relacionados con la salvaguarda de los derechos de ciertas categorías de personas”²⁶³, deben ser “abordados globalmente”²⁶⁴, considerándolos complementarios a los demás tratados generales de protección (los Pactos de Derechos Humanos de Naciones Unidas y las tres Convenciones regionales -Europea, Americana y la Carta Africana-).

El proceso de entrada en vigor de esta Convención arroja información relevante acerca de las controversias, en gran medida de orden político, generadas por el fenómeno de la movilidad humana. Pese a que el texto definitivo fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas con fecha 18 de diciembre de 1990, la Convención no entró en vigor sino hasta veintitrés años después, el 01 de julio de 2003, año en que fue depositado el vigésimo instrumento de ratificación. Nuestro país no escapa a este escenario: habiéndola firmado en 1993, la Convención sólo fue ratificada por el Estado de Chile el 21 de marzo de 2005.

Una explicación posible para esta excesiva tardanza en la entrada en vigencia de la Convención es la falta de interés estatal en la ratificación de un instrumento vinculado a

²⁶² Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. En vigor desde el 01 de julio de 2003. Promulgada como Ley de la República por medio del Decreto N° 84 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 08 de Junio de 2005 (Naciones Unidas. Convención Internacional sobre la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares. Serie de Tratados, vol. 2220, p. 3; Doc. A/RES/45/158. Naciones Unidas, Nueva York, 1990).

²⁶³CançadoTrindade, op. cit., p.3.

²⁶⁴Idem.

un fenómeno que en 1990 no aparecía como urgente, sino más bien apenas relevante. El contexto internacional cambió, y junto con ello la importancia de las migraciones regionales para amplios sectores del planeta. Ya en la época de su adopción, la Convención intentaba llamar la atención sobre *“la repercusión que las corrientes de trabajadores migratorios tienen sobre los Estados y los pueblos interesados”*²⁶⁵. Traslada a nuestros días, la frase no podría resultar más vigente²⁶⁶.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares surgió entonces como un primer esfuerzo por establecer ciertos principios fundamentales relacionados a este grupo de la población. Se esperaba que este desarrollo normativo contribuyera a *“armonizar las actitudes de los Estados”*²⁶⁷; su aceptación y adopción generalizada permitiría hacer frente a la situación de vulnerabilidad en que frecuentemente se encuentran los trabajadores migratorios y sus familiares, *“debido, entre otras cosas, a su ausencia del Estado de origen y a las dificultades con las que tropiezan en razón de su presencia en el Estado de empleo”*²⁶⁸.

Si esta vulnerabilidad acompaña por lo general a cualquier trabajador migratorio, lo hace de manera más intensa y significativa en el caso de aquellos en una situación irregular. La Convención se construyó a partir de un consenso sobre la necesidad de evitar y eliminar el tránsito clandestino de trabajadores migratorios, *“asegurándoles a la vez la protección de sus derechos humanos fundamentales”*²⁶⁹.

²⁶⁵ CIPTMF, preámbulo.

²⁶⁶ Piénsese, entre otras situaciones que ponen en riesgo los derechos de la población migrante, en la crisis migratoria experimentada por los desplazados a causa de la guerra civil Siria. Al respecto, véase International Rescue Committee.Europe’s Refugee Crisis, Policy Brief.Londres, IRC, 2015. [en línea] <<http://www.rescue.org/sites/default/files/resource-file/IRC%20refugee%20crisis.pdf>> [consulta: 12 mayo 2015].

²⁶⁷CIPTMF, preámbulo.

²⁶⁸Idem.

²⁶⁹Idem.

Para alcanzar ambos propósitos –protección de trabajadores migratorios en general e indocumentados en particular- la Convención consideró dos vías. Por un lado, el amplio reconocimiento de los derechos fundamentales de todos los trabajadores migratorios, que permitiría desalentar la contratación de extranjeros en situación migratoria irregular –este instrumento reconoció las ventajas ilegítimas obtenidas por aquellos empleadores interesados en migrantes irregulares, a través de la evasión de obligaciones de seguridad social, el pago de salarios inferiores al mínimo establecido y la ausencia de un régimen jurídico que formalice la relación laboral–.

Como segunda estrategia, relevante porque explica el trato diferenciado a migrantes en situación irregular, la Convención consideró necesario conceder a los trabajadores migratorios regulares una serie de derechos adicionales, que actuaran como incentivo para el respeto y cumplimiento de las leyes y procedimientos establecidos por los Estados interesados. De acuerdo al razonamiento empleado al momento su redacción, esto contribuiría a reducir el interés de los propios trabajadores por la migración irregular.

A efectos de regular las diferencias entre ambas clases de trabajadores, el texto comienza por definir en qué casos se les considerará documentados, y, por exclusión, cuáles serán las características de un trabajador migrante irregular. De acuerdo a su artículo 5,

a. *“Serán considerados documentados o en situación regular si han sido autorizados 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;*

b. *Serán considerados no documentados o en situación irregular si no cumplen las condiciones establecidas en el inciso a) de este artículo”²⁷⁰.*

²⁷⁰Ibídem, art. 5.

La Convención resulta aplicable a ambas clases de trabajadores,

“[S]in distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición”²⁷¹.

Sus disposiciones regulan la totalidad del proceso migratorio, que incluye la preparación, partida y tránsito, “*el periodo de estancia y de ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo*”²⁷² y el “*regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual*”²⁷³.

Señalábamos que la Convención reconoce a los trabajadores regulares una serie de derechos adicionales, con el evidente propósito de restar incentivos a la irregularidad migratoria. Al margen de tales diferencias, existe un principio de igualdad de trato aplicable a todos los trabajadores migrantes²⁷⁴ que impide a los Estados Partes otorgarles un trato inferior a aquel brindado a sus nacionales en materia de empleo:

“Art. 25.1. Los trabajadores migratorios gozarán de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo en lo tocante a remuneración y de:

*a) Otras condiciones de trabajo, es decir, horas extraordinarias, horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud, fin de la relación de empleo y cualesquiera otras condiciones de trabajo que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, estén comprendidas en este término [...]*²⁷⁵.

²⁷¹ *Ibíd*em, art. 1.

²⁷² *Ibíd*em.

²⁷³ *Ibíd*em.

²⁷⁴ En este punto, la Convención no introduce distinciones con respecto a trabajadores migratorios indocumentados.

²⁷⁵ CIPTMF, art. 25.2. El énfasis es propio.

El artículo asigna a este principio un carácter irrenunciable, prohibiendo su menoscabo por la vía de contratos privados de empleo²⁷⁶ o por causa de la irregularidad en la permanencia del trabajador. Esta prohibición se extiende a Estados Partes y empleadores, quienes *“no quedarán exentos de ninguna obligación jurídica ni contractual, ni sus obligaciones se verán limitadas en forma alguna a causa de cualquiera de esas irregularidades”*²⁷⁷.

Como podrá observarse, tratándose de las condiciones de empleo la Convención reconoce a ambos trabajadores iguales derechos, y prohíbe a los Estados Partes brindarles un trato inferior al de sus nacionales. ¿Cómo compatibilizar este reconocimiento igualitario con la expresa afirmación, incorporada en el Preámbulo, acerca de los derechos adicionales reconocidos a los trabajadores regulares? La respuesta viene dada por el articulado restante, que introduce importantes matices al principio de igualdad de trato en materias distintas al empleo.

La seguridad social es una de ellas. De acuerdo al artículo 27, los trabajadores migratorios y sus familias gozarán del mismo trato que los nacionales *“en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado o en los tratados bilaterales y multilaterales aplicables”*²⁷⁸. En Chile, este artículo permite a los trabajadores migrantes regulares obtener los beneficios de la seguridad social en los mismos términos que un trabajador chileno, y excluye a los migrantes irregulares, quienes no cuentan con un permiso de residencia que los habilite para trabajar legalmente.

A la salud se refieren los artículos 28 y 43. De acuerdo a este último, existirá igualdad de trato entre nacionales y trabajadores migratorios en relación a los servicios sociales

²⁷⁶Idem.

²⁷⁷Ibidem, art. 25.3.

²⁷⁸Ibidem, art. 27.

y de salud, “*siempre que se hayan satisfecho los requisitos establecidos para la participación en los planes correspondientes*”²⁷⁹. Esta distinción es coherente con la legislación chilena en materia de salud; tal como señaláramos al revisar normas de derecho interno, la afiliación de un extranjero a cualquiera de los sistemas vigentes – público o privado- exige contar con una residencia regular en el país.

El primer informe enviado por el Estado de Chile al Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares²⁸⁰, en mayo de 2010, asume este trato diferenciado. Al referirse a las medidas adoptadas por el Estado en relación al artículo 43, sostiene lo siguiente:

“En lo que se refiere al acceso a los servicios de salud, los extranjeros que tienen su situación regularizada en Chile, con sus documentos al día, tienen el mismo derecho a la salud que los nacionales”²⁸¹.

Por tanto, podemos concluir válidamente que respecto a extranjeros irregulares no existe igual derecho. Esta idea fue reafirmada por el Estado en otras secciones del informe enviado al Comité; tras reafirmar que la política de gobierno promueve la entrega de permisos de residencia necesarios para el desarrollo de actividades laborales –lo que tiene por propósito evitar la irregularidad-, el informe reconoce los

²⁷⁹ *Ibíd*em, art. 43.

²⁸⁰ De acuerdo al artículo 73 de la CIPTMF, “Los Estados Partes presentarán al Secretario General de las Naciones Unidas, para su examen por el Comité, un informe sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de otra índole que hayan adoptado para dar efecto a las disposiciones de la presente Convención: a) En el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Convención para el Estado Parte de que se trate; b) En lo sucesivo, cada cinco años y cada vez que el Comité lo solicite [...]”.

²⁸¹ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 73 de la Convención. República de Chile, informe inicial de fecha 27 de mayo de 2010, párr. 224. ONU Doc. CMW/C/CHL/1. [en línea] <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CMW%2fC%2fCHL%2f1&Lang=en> [consulta: 10 mayo 2015].

“efectos no deseados”²⁸² que situaciones de residencia irregular acarrearán “tanto para los extranjeros como para la comunidad en general”²⁸³.

A raíz de esta irregularidad, de acuerdo a lo señalado por Chile ante el Comité,

“tienden a producirse imperfecciones en el mercado laboral, que facilitan el incumplimiento de normas laborales e impiden el acceso a los sistemas de seguridad social y de salud a las personas que se encuentran en esta condición”²⁸⁴.

Llama la atención que esta clase de restricciones, incluidas en tratados internacionales especialmente adoptados para proteger a la población migrante, se encuentren ausentes en el texto constitucional chileno de 1980, adoptado con bastante antelación a los procesos migratorios más intensos de las últimas décadas. Éstos últimos podrían haber inspirado el desarrollo de leyes y tratados más audaces que los textos constitucionales que les precedieron, en lo que respecta a la extensión de los derechos reconocidos a migrantes irregulares. En el caso chileno, ello no ha ocurrido, fundamentalmente porque la legislación de Extranjería es de carácter preconstitucional, sumándose a instrumentos internacionales que introducen pérdidas sustanciales de derechos fundamentales en supuestos de irregularidad. El texto de 1980 es bastante menos restrictivo a este respecto. Como ha señalado entre nosotros Francisco Zúñiga, podemos reconocer en nuestra Constitución *“un solo estatus personal para definir la titularidad de derechos fundamentales, lo que es confirmado por la historia fidedigna del artículo 19 [...]”²⁸⁵*. No cabe entonces *“distingo relevante en cuanto al ejercicio y titularidad de derechos entre nacionales y extranjeros”²⁸⁶*, al menos en el texto constitucional.

²⁸² *Ibíd*em, párr. 3.

²⁸³ *Ibíd*em.

²⁸⁴ *Ibíd*em. El énfasis es propio.

²⁸⁵ El autor se refiere a la sesión 87° de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. Zúñiga Urbina, Francisco. El estatus constitucional de extranjeros, op. cit., p. 327.

²⁸⁶ *Ibíd*em.

Si volvemos sobre el encabezado del artículo 19, que regula las garantías fundamentales e incluye el derecho a la protección de salud, recordaremos que ellas son aseguradas *“a todas las personas”*²⁸⁷. De ahí que la Constitución no distinga, como bien señala Zúñiga, entre chilenos y extranjeros. Tampoco diferencia, podríamos agregar, a extranjeros regulares de irregulares. El derecho a la protección de la salud es asegurado constitucionalmente a toda persona por el solo hecho de ser tal; sin embargo, la legislación interna traduce esta disposición en normas de rango inferior, que introducen distinciones, requisitos y límites a su ejercicio. En el caso de migrantes irregulares, la intensidad de estos límites otorga a las posibilidades de ejercer el derecho a la protección de la salud un carácter excepcional²⁸⁸, reduciéndolo a atenciones médicas en casos de riesgo vital, prestaciones autofinanciadas por migrantes irregulares con capacidad de pago y el control durante el periodo de embarazo.

En línea con esta excepcionalidad, la Convención que venimos revisando reconoce en su artículo 28 el derecho de todo trabajador migratorio y sus familiares –sin distinciones- a obtener atención médica de urgencia, *“necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud, en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate”*²⁸⁹. Para despejar dudas respecto a la aplicación del precepto en casos de migración irregular, el artículo finaliza señalando que esta atención *“no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo”*²⁹⁰.

²⁸⁷ Constitución Política de la República, 1980, art. 19.9.

²⁸⁸ Esto es confirmado por el Estado de Chile en su Informe al Comité: “Entre las personas nacidas en el extranjero, la mayoría se encuentra cubierta por los sistemas de salud público (Fonasa) y en menor proporción por sistemas de salud privados (Isapres) u otros; una parte menor aunque significativa, carece de sistema de protección de la salud y debe atenderse en forma particular” (párr. 65).

²⁸⁹ CIPTMF, art. 28.

²⁹⁰ Idem.

El informe presentado ante el Comité se refiere a la aplicación de este precepto en el sistema chileno. De acuerdo a este documento,

“Los extranjeros que se encuentran en Chile residiendo en situación migratoria no regular, tienen acceso a la atención de urgencia gratis en los hospitales públicos. Con esto, el Estado de Chile cumple el compromiso de asegurar a todos los trabajadores migratorios, independientemente de la situación de residencia en la que se encuentren, el acceso a la atención de salud de urgencia²⁹¹”.

Pese a que esta posibilidad representa un avance, la vía escogida en Chile para dar cumplimiento al artículo 28 de la Convención puede resultar problemática. Esta regulación cuenta con una naturaleza administrativa, que se traduce *“en las instrucciones impartidas por la Ministra de Salud respecto de la atención de la población inmigrante [...]”²⁹²*; por tanto, y a falta de un reconocimiento expreso en la legislación sectorial vigente, la cobertura en casos de urgencia se encuentra sometida de manera inevitable a la discrecionalidad del gobierno de turno. La estrecha vinculación entre una protección de naturaleza administrativa y el ideario político del Ejecutivo pone en riesgo el acceso a la salud –aunque limitado a ciertas hipótesis específicas- de este grupo de la población. Urge, entonces, una nueva legislación que reemplace el texto de 1975, estableciendo a nivel legislativo el contenido y alcance de los derechos fundamentales que son reconocidos a trabajadores migrantes irregulares y sus familias en el país²⁹³.

²⁹¹CMW, Informe de Chile cit., párr. 185.

²⁹²Idem.

²⁹³ Una situación distinta experimentan en Chile las personas refugiadas o solicitantes de asilo. Como un contrapunto del acceso restringido al que hemos hecho referencia, este grupo cuenta con protección de la salud en igualdad de condiciones que los nacionales. De acuerdo al informe presentado por el Estado chileno ante el CMW, “se encuentra aprobado y vigente un convenio especial entre el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y el Fondo Nacional de Salud, para otorgar también salud a los solicitantes de refugio durante el tiempo que las autoridades migratorias definen su situación”. *Ibidem*, párr.188.

Chile sigue en este aspecto la estrategia liderada por la comunidad internacional, plasmada en la Convención sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares. Puesto que la irregularidad es considerada una fuente de desprotección y riesgo, reconocer iguales derechos a ambas clases de trabajadores supondría incentivar la permanencia en el tiempo de una situación anómala. Los defectos de esta estrategia, criticable en cuanto supone restringir derechos fundamentales a sectores de la comunidad que ya se encuentran suficientemente vulnerables y desprotegidos, son parcialmente subsanados por el deber que pesa en simultáneo sobre cada Estado de avanzar en los procesos de regularización²⁹⁴. De acuerdo a los antecedentes oficiales remitidos por Chile al Comité, el cumplimiento de esta obligación ha supuesto una reducción importante del porcentaje de irregularidad²⁹⁵.

2. Instrumentos complementarios

Finalizaremos este segundo capítulo con la revisión de instrumentos internacionales de carácter complementario (tabla N° 9), que pese a regular un objeto diverso o bastante más amplio, cuentan con una o más disposiciones aplicables a la salud de migrantes irregulares.

²⁹⁴De acuerdo al artículo 69 de la CIPTMF, “[l]os Estados Partes en cuyo territorio haya trabajadores migratorios y familiares suyos en situación irregular tomarán medidas apropiadas para asegurar que esa situación no persista”.

²⁹⁵ En relación a este punto, el Informe presentado ante el CMW señala: “De acuerdo con las estimaciones del Ministerio del Interior, antes del proceso de regularización de 1998, se estimaba que el total de residentes extranjeros en Chile era de alrededor de 150.000 personas, con una irregularidad estimada de 40.000 extranjeros; es decir una irregularidad del 27%. Luego de diez años de gestión en la materia, con un crecimiento del total de inmigrantes residentes en Chile de más del 70%, el porcentaje de inmigrantes irregulares sobre el total de la población extranjera residente, en el año 2007, era de alrededor del 10%. El total de ciudadanos extranjeros en condición irregular, a fines del año 2008, era de un 3%” (CMW, Informe de Chile cit., párr. 286).

TABLA N° 9: INSTRUMENTOS COMPLEMENTARIOS LEGISLACIÓN INTERNACIONAL			
Normativa	Indicador	Firma	Ratificación
Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951)	Migración	-	1972 ²⁹⁶
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD, 1966)	Migración	1966	1971
Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, 1989)	Migración Salud	1990	1990
Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (2000)	Migración	2002	2004
Protocolo para Prevenir, Suprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños (2000)	Migración Mujeres	2002	2004

a. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (CER, 1951)²⁹⁷

De manera similar a la Convención Internacional sobre la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, el sistema internacional de protección a refugiados –que completan el Protocolo de 1967 y la Organización Internacional para los Refugiados, actual ACNUR²⁹⁸– les reconoce igual derecho a la asistencia pública, donde entendemos comprendido el acceso a la salud, siempre que se hubieren

²⁹⁶ No se consigna la fecha de firma porque en el caso de este instrumento sólo existió adhesión, que resulta tan válida como una ratificación y se distingue de ésta por no ir precedida de la suscripción del tratado o convención.

²⁹⁷ Adoptada por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de Refugiados y Apátridas de Naciones Unidas, que fue celebrada en Ginebra entre el 2 y el 25 de julio de 1951. Entró en vigor el 22 de abril de 1954, en conformidad al artículo 43 de la Convención. Chile adhirió a este instrumento con fecha 28 de enero de 1972, materializado en la ley N° 20.430 que establece disposiciones sobre protección de refugiados, publicada con fecha 15 de abril de 2010.

²⁹⁸ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

cumplido los requisitos para la permanencia legal en el país de acogida. En su artículo 23, la Convención sobre el Estatuto de Refugiados señala que los Estados Contratantes deben conceder el mismo trato a nacionales y refugiados en lo que respecta a la asistencia y socorro públicos, siempre y cuando “*se encuentren legalmente en el territorio de tales Estados*”. Esta condición guarda coherencia con la obligación general que la misma Convención establece para todo refugiado, de acatar las leyes y reglamentos del país donde se encuentre, así como las medidas adoptadas para mantener el orden público²⁹⁹.

En relación a los derechos de quienes permanecen ilegalmente en el país de refugio³⁰⁰, se mencionan únicamente la prohibición de imponer sanciones penales por el hecho del ingreso y de restringir más allá de lo necesario la libertad de circulación. Con todo, la imposibilidad de sancionar penalmente se encuentra condicionada a la presentación sin demora del refugiado ante las autoridades pertinentes, con el propósito de justificar su entrada o permanencia ilegales en el país. Como ya señaláramos, el derecho a la salud sólo es mencionado en relación a la asistencia pública, donde la Convención condiciona la aplicación del principio de igualdad de trato al cumplimiento de la obligación general de cumplir con la legislación interna de cada Estado de acogida.

b. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD, 1966)³⁰¹

De acuerdo al tenor literal de su artículo 5, todo Estado Parte de esta Convención adquiere la obligación de prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus

²⁹⁹CER, art. 2.

³⁰⁰ *Ibidem*, art. 31.

³⁰¹ Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su 20º Período de Sesiones, a través de la Resolución 2106 (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entró en vigor el 04 de enero de 1969, en conformidad al artículo 19 de la Convención. Fue suscrita por Chile el 03 de octubre de 1966 y ratificada el 20 de octubre de 1971. Promulgada por el Decreto N° 789 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 09 de diciembre de 1989.

formas. Ello implica, entre otros deberes, el de garantizar “a toda persona”³⁰² el derecho de igualdad ante la ley, sin que resulten admisibles distinciones de raza, color y origen nacional o étnico –categorías que se relacionan estrechamente con la condición de migrante-. En relación a la salud, la Convención impide introducir distinciones que impliquen discriminación en razón de alguno de los criterios señalados. Los Estados deben permitir el goce de los derechos económicos, sociales y culturales, categoría general que incluye “la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales [...]”³⁰³.

Ahora bien, ¿es jurídicamente admisible fundar en las normas de esta Convención un derecho universal a la salud en favor de migrantes irregulares? La respuesta pareciera ser negativa, pues no debe olvidarse que la noción de discriminación se encuentra íntimamente ligada al concepto de arbitrariedad, de forma tal que no toda restricción en el ejercicio de derechos podrá incluirse en el concepto. El texto de la Convención así lo demuestra:

“Artículo 1.1. En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, 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 [...]”³⁰⁴.

De modo tal que la aplicación del concepto de discriminación racial a las restricciones en el acceso a la salud de la población migrante irregular tendría que sortear un doble filtro: tales restricciones debiesen fundarse exclusivamente en motivos de raza u origen

³⁰²CERD, art. 5.

³⁰³Ibídem, art. 5 letra e númeroiv.

³⁰⁴CERD, art. 1.1.

nacional, es decir, en el hecho de contar con una nacionalidad distinta. Además, tendrían que dirigirse a impedir el acceso a la salud en condiciones de igualdad³⁰⁵.

Otra razón que impide construir esta clase de acceso universal a partir de la Convención puede encontrarse en su artículo 1.2. Éste excluye del ámbito de aplicación de la CERD todas “*las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado parte [...] entre ciudadanos y no ciudadanos*”³⁰⁶. Por lo tanto, que los nacionales de un Estado cuenten con un campo más extenso de derechos reconocidos no constituye, a efectos de este instrumento, un acto de discriminación racial.

El contenido de la CERD debe ser interpretado de manera que no interfiera con las disposiciones legales de cada Estado Parte sobre nacionalidad, ciudadanía o naturalización³⁰⁷, siempre y cuando no hayan sido establecidas con el propósito de discriminar a una Nación en particular.

El reconocimiento del derecho soberano que permite a cada Estado introducir diferenciaciones en razón de nacionalidad, junto a la inherente arbitrariedad del concepto de discriminación, hacen difícil sostener a partir de las disposiciones de este texto en particular la existencia de una obligación estatal en relación a la salud de migrantes en situación irregular.

Esto no quiere decir que un derecho de esta naturaleza no exista en el ordenamiento jurídico internacional, ni que sea imposible de identificar a partir de sus principales

³⁰⁵El caso chileno no cumple con ninguno de estos criterios: las limitaciones en el acceso vienen dadas por el incumplimiento de ciertos requisitos establecidos por vía legal y administrativa, que no han sido incorporados con el propósito expreso de restringir el goce derechos –pese a que, en los hechos, el resultado sea precisamente éste-. Los requisitos establecidos por el legislador para la afiliación a un determinado régimen de salud no surgen con un propósito discriminatorio, ni incorporan explícitamente distinciones por motivos de raza o nacionalidad.

³⁰⁶ CERD, art. 1.2.

³⁰⁷Idem.

instrumentos, sino únicamente que no puede extraerse a partir de las disposiciones de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Con todo, su configuración como un derecho autónomo no se encuentra exenta de dificultades, entre las que pueden mencionarse el carácter progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales y las distinciones explícitas incorporadas en los instrumentos específicamente dedicados a los derechos de la población migrante.

c. Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, 1989)³⁰⁸

La Convención se refiere al derecho a la salud en su artículo 24. En él, recogiendo el carácter progresivo que instrumentos precedentes han asignado a los derechos económicos, sociales y culturales³⁰⁹, regula la obligación internacional adquirida por los Estados Partes de promover la cooperación internacional con el objetivo de *“lograr progresivamente la plena realización”*³¹⁰ de este derecho. Esta progresividad mira fundamentalmente a las naciones con menores recursos disponibles, cuyo modo de responder a las obligaciones internacionales adquiridas mediante este instrumento podrán variar de manera sustancial en comparación a países de mayores ingresos.

Ahora bien, ¿cuál es el parámetro que debe utilizarse para evaluar el nivel de fidelidad de cada Estado con respecto al contenido de la CDN? ¿Cuál es el contenido de la obligación adquirida en relación a la salud? Su cumplimiento, incluso progresivo en algunos casos, exige garantizar al niño *“el derecho a disfrutar del más alto nivel posible*

³⁰⁸ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su 44º Período de Sesiones, a través de la Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 02 de septiembre de 1990, en conformidad al artículo 49(1) de la Convención. Fue ratificada por Chile el 13 de agosto de 1990 y promulgada por el Decreto N° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 27 de septiembre del mismo año.

³⁰⁹ Véanse al respecto los artículos 9 y 22 de la DUDH; 2.1 del PIDESC y 26 de la CADH.

³¹⁰ CDN, art. 24.

de salud³¹¹, que considera el acceso a servicios “para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud”³¹².

En cuanto a la legitimación activa, el artículo 24 no introduce categorías ni establece distinciones de ninguna especie: corresponde a los Estados Partes esforzarse “por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”³¹³. La expresión “ningún niño” despeja cualquier duda sobre la posibilidad de extender el contenido de la Convención a niños migrantes, quienes cuentan con un derecho de acceso a la salud garantizado por este instrumento.

La debida protección jurídica de la infancia migrante supone para un Estado tomar partido frente a una serie de interrogantes: ¿existe una comunicación del estatus migratorio irregular entre padres e hijos?, ¿cuentan los hijos e hijas de un migrante irregular, nacidos en el territorio del Estado de destino, con el derecho a la nacionalidad de éste último?, ¿cuentan o no con la posibilidad de acceder a la salud, más allá de situaciones de urgencia vital?

Tratándose de aquellos Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño, la respuesta –al menos en lo relacionado al derecho a la salud– debiese resultar inequívocamente afirmativa. Al referirse a los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció la necesidad de adoptar medidas de protección integral, brindadas por el Estado receptor, “incluyendo aquellas que propendan al acceso a la atención en salud, tanto física como psicosocial, que sea culturalmente adecuada y con consideración de las cuestiones de género”³¹⁴. Las medidas de protección a las que la Corte hace referencia

³¹¹Idem.

³¹²Idem.

³¹³Idem.El énfasis es propio.

³¹⁴ CIDH, Opinión Consultiva OC-21/14 cit., párr. 104.

encuentran un fundamento normativo en diversos instrumentos de derecho internacional; la propia Convención establece en su preámbulo que el niño requiere “*cuidados especiales*”, a los que también se refieren los artículos 19 y VII de la Convención y Declaración Americanas³¹⁵. En opinión de la Corte, estas medidas deben dirigirse al pleno disfrute de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y en otros instrumentos aplicables, catálogo que incluye de manera explícita el derecho a la salud³¹⁶.

Finalmente, podemos señalar que el reconocimiento del derecho a la salud a todo niño permite extender igual derecho a otros individuos, con absoluta independencia de su estatus migratorio. Nos referimos al deber adquirido por los Estados Partes de asegurar la plena aplicación del derecho a la salud de niñas y niños, cuestión que implica, como la Convención se encarga de señalar en su artículo 24.2, “[a]segurar *atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres*”. De ese modo, cumplir con las obligaciones adquiridas al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño implica para cada uno de los Estados asegurar una debida protección al niño durante el periodo de gestación, lo que se traduce en la necesidad de brindar acceso y atención obstétrica a toda madre, cuente o no con una situación migratoria regular. El capítulo siguiente recogerá los avances que en esta materia exhibe nuestro país, facilitando la determinación del nivel de cumplimiento de la Convención por el Estado chileno.

³¹⁵ Los artículos 19 de la CADH y VII de la DADH señalan, respectivamente, que el niño debe recibir “medidas especiales de protección” y “protección, cuidados y ayuda especiales”.

³¹⁶ CIDH, Opinión Consultiva OC-21/14, loc. cit.

**d. Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire
(2000)³¹⁷**

Tanto este instrumento como el Protocolo para Prevenir, Suprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, se vinculan a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional³¹⁸. Ambos cuentan con el carácter de Protocolos Facultativos, lo que quiere decir que establecen una serie de derechos y obligaciones adicionales con respecto a la Convención principal a la que acceden, cuentan con un carácter independiente y se encuentran sujetos a ratificación por separado. Estos protocolos permiten a algunas de las partes crear un marco de obligaciones que excede de aquellas contenidas en la Convención original, que puede ser rechazado por algunas sin que ello les reste vinculación jurídica al documento principal.

Se crea de esta forma un sistema de dos niveles: uno integrado por la Convención, y otro completado por un conjunto de Protocolos Facultativos al que sólo ciertas partes han decidido incorporarse.

El Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire surge de la necesidad de brindar un trato humano a los migrantes, protegiendo plenamente sus derechos. De acuerdo a su preámbulo, el tráfico ilícito atenta contra la vida y la seguridad de los migrantes involucrados, por lo que se consideró necesario contar con

³¹⁷ Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas durante su 55° Período de Sesiones, a través de la Resolución A/RES/55/25, de fecha 15 de noviembre de 2000. Entró en vigor el 28 de enero de 2004. Chile lo suscribió con fecha 08 de agosto de 2002, y lo ratificó el 29 de noviembre del año 2004. Fue promulgado por el Decreto N° 342 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 16 de febrero de 2005.

³¹⁸ La Convención fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas durante su 55° Período de Sesiones, a través de la Resolución A/RES/55/25, de fecha 15 de noviembre de 2000. Fue abierta a la firma entre el 12 y 15 de noviembre del mismo año, en el Palazzo di Gustizzia ubicado en Palermo, Italia. Entró en vigor el 29 de septiembre de 2003. Chile la suscribió con fecha 13 de diciembre de 2000, y la ratificó el 29 de noviembre del año 2004. Fue promulgada por el Decreto N° 342 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 16 de febrero de 2005.

un instrumento internacional que actuara como medio útil para prevenir y combatir esta forma de delincuencia³¹⁹.

De acuerdo a su art. 3 letra a), para los fines del Protocolo,

“Por "tráfico ilícito de migrantes" se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material [...]”.

El resto del articulado menciona al menos dos deberes adquiridos por el Estado que pueden relacionarse a la salud de migrantes víctimas de este delito. En primer lugar, respecto de aquellas personas cuya vida o seguridad hubieren sido vulneradas o puestas en peligro como consecuencia del tráfico ilícito, existe la obligación estatal de prestar asistencia adecuada y brindar medidas de protección³²⁰. Tales medidas deben considerar las necesidades especiales de ciertos grupos particularmente vulnerables, entre los que el Protocolo incluye a mujeres y niños.

En segundo lugar, como una forma de evitar que tales vulneraciones de derechos lleguen a producirse, este instrumento considera la obligación para cada uno de los Estados Partes de adoptar todas las *medidas apropiadas*, incluidas modificaciones legislativas, que preserven y protejan los derechos de las víctimas³²¹. Entre estos derechos, se refiere nuevamente a la vida, mencionando además el derecho a no ser sometido a tortura o a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

El Protocolo no menciona de manera expresa la existencia de un deber internacional relativo a la salud de migrantes irregulares. No obstante, siempre que éstos últimos

³¹⁹ Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, preámbulo.

³²⁰ *Ibidem*, art. 16.

³²¹ *Idem*.

hayan sido víctimas de tráfico ilícito, es posible concebir dentro de las “*medidas apropiadas*”³²² a las que su texto se refiere la prestación de aquellos servicios de salud necesarios para preservar otros derechos, como la vida y la integridad física. De este modo, existe una obligación relacionada con el acceso a la salud de extranjeros irregulares, cuando la irregularidad en el ingreso al país receptor se vincule a casos de tráfico ilícito de migrantes.

e. Protocolo para Prevenir, Suprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños (2000)³²³

En palabras de Kofi Annan, séptimo Secretario General de Naciones Unidas,

*“[...] la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, para someterlos a trabajos forzosos y a la explotación, incluida la explotación sexual, es una de las violaciones más atroces de los derechos humanos a que hacen frente las Naciones Unidas en la actualidad”*³²⁴.

Con el propósito de hacer frente a esta amenaza, la comunidad internacional adoptó un Protocolo especialmente dirigido a la salvaguardia de quienes experimentan las complejas consecuencias derivadas de este delito, vinculándolo a la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Este instrumento surgió de la necesidad de contar con un enfoque amplio e internacional en los países de origen, tránsito y destino

³²²Idem.

³²³ El Protocolo fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas durante su 55° Período de Sesiones, a través de la Resolución A/RES/55/25, de fecha 15 de noviembre de 2000. Fue abierto a la firma entre el 12 y 15 de diciembre del mismo año, en el Palazzo di Giustizia ubicado en Palermo, Italia. Entró en vigor el 25 de diciembre de 2003. Chile lo suscribió con fecha 08 de agosto de 2002, y lo ratificó el 29 de noviembre del año 2004. Fue promulgado por el Decreto N° 342 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 16 de febrero de 2005.

³²⁴ Naciones Unidas. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. ONU, Nueva York, 2004, p.4. [en línea] <<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>> [consulta:30 mayo 2015].

de migrantes, que incluyera medidas para prevenir la trata de personas, sancionar a los traficantes y proteger a las víctimas, resguardando sus derechos humanos internacionalmente reconocidos³²⁵.

Entre la serie de medidas a las que el Protocolo hace referencia, su artículo 6 considera la posibilidad de implementar mecanismos destinados “a *prever la recuperación física, psicológica y social de las víctimas de la trata de personas, [...] en particular mediante el suministro de [a]sistencia médica, psicológica y material*”³²⁶.

Tales mecanismos, en cuya aplicación los Estados deben considerar la edad, el sexo y las necesidades especiales de las víctimas³²⁷, permiten extender el reconocimiento del derecho a la salud a migrantes irregulares. Esta extensión resulta de particular relevancia tratándose de mujeres migrantes, a quienes beneficiaría directamente la puesta en práctica de este apartado del Protocolo. Así, pese a que otra clase de instrumentos internacionales excluyen del acceso a la salud –con la salvedad de atenciones de urgencia y el control del embarazo– a migrantes en condición irregular, en casos de trata de personas resultará ineludible prestar una atención médica adecuada a toda clase de víctimas, con absoluta prescindencia de su condición migratoria. En este punto, la adopción por la comunidad internacional de este Protocolo y el reconocimiento expreso de la asistencia médica como parte de las medidas a implementar, permiten afirmar que el resguardo a las víctimas del delito de trata de personas prevalece por sobre la disuasión de la migración irregular, argumento utilizado para fundar el tratamiento diferenciado en relación a derechos fundamentales entre migrantes regulares e irregulares.

³²⁵Protocolo para Prevenir, Suprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, preámbulo.

³²⁶ *Ibidem*, art. 6. El énfasis es propio.

³²⁷ *Ibidem*, art. 6.4.

IV. RESULTADOS

Para finalizar, presentaremos los resultados obtenidos tras la revisión del marco normativo que rige en Chile el derecho a la salud de mujeres migrantes irregulares.

1. Resultados favorables

a. La Constitución Política no excluye a migrantes irregulares del acceso a la salud

Como se desprende del análisis realizado a lo largo del capítulo, la Constitución Política de la República regula en términos amplios la titularidad de los derechos fundamentales reconocidos en su artículo 19. La expresión “*a todas las personas*” impide, en principio, introducir diferencias arbitrarias basadas en la nacionalidad o el estatus migratorio del individuo.

A diferencia de la regulación internacional en materia de derechos económicos, sociales y culturales, el texto constitucional no asigna un carácter progresivo al derecho a la protección de la salud. No obstante, esta ventaja puede verse fuertemente matizada por las restricciones a su justiciabilidad. Como podrá recordarse, la acción constitucional de protección resguarda únicamente el inciso final del artículo 19.9; es decir, la posibilidad de elegir entre los regímenes público y privado de salud.

De cualquier forma, la redacción elegida por el constituyente no puede ser obviada, resultando vinculante para los órganos de la Administración del Estado encargados de materializarla. Los planes y programas impulsados por éstos últimos en relación a la salud deben adecuarse al contenido de las garantías fundamentales establecidas en la Constitución, por mandato expreso de sus artículos 6º y 7º.

b. Incipiente reconocimiento jurisprudencial de este derecho a mujeres migrantes irregulares

El caso de Daina Jaldin Apaico y su hijo por nacer, resuelto por la Itma. Corte de Apelaciones de Antofagasta con fecha 29 abril de 2015³²⁸, representa un hito importante en esta materia. Se trata de la primera resolución judicial pronunciada en el país a favor del derecho a la salud de una mujer migrante irregular y su hijo por nacer. Al respecto, vale la pena recordar que la vinculación entre la protección de la salud y el derecho a la vida ha permitido a los tribunales de justicia resguardar el primero de estos derechos por la vía del recurso de protección, en aquellos casos donde la provisión de atenciones médicas resulta indispensable para garantizar la vida de uno o más recurrentes.

Pese a que nuestro sistema jurídico escapa del modelo anglosajón, que asigna al precedente judicial un carácter vinculante, la sentencia ofrece una serie de argumentos a considerar por el resto de la comunidad jurídica. En primer lugar, la Corte incluye a una mujer migrante irregular y su hijo por nacer entre los titulares de las garantías fundamentales reconocidas por la Constitución.

Se refiere, además, a derechos reconocidos en instrumentos internacionales ratificados y vigentes, que refuerzan la existencia de una obligación estatal cuando se trata de proteger la vida de un niño, niña o adolescente. Por último, el fallo reconoce en forma enfática que la falta de un RUT chileno no constituye una excusa válida para negar el

³²⁸ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 1212-2015. Graciela Paiva y Bianca Arpe Velásquez en nombre de Daina Jaldin Apaico con Hospital Regional de Antofagasta. Sentencia de 29 de abril de 2015.

acceso a la salud, cuando este acceso se requiera para resguardar la vida e integridad física y síquica de una mujer embarazada y su futuro hijo³²⁹.

c. Chile ha ratificado instrumentos internacionales relevantes en la materia

Por tratarse de instrumentos que reconocen derechos a favor de la población migrante, incluso de un modo indirecto, merece una especial mención la ratificación por el Estado de Chile de los siguientes instrumentos internacionales: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención sobre los Derechos del Niño; Convención Internacional sobre la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; y los Protocolos Adicionales a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, relacionados al tráfico de migrantes y la trata de personas, en especial mujeres y niños.

En todos estos casos existe un reconocimiento del derecho a la salud, que debe ser asegurado, a lo menos, a mujeres migrantes embarazadas³³⁰, menores de edad³³¹, víctimas del delito de tráfico de migrantes³³² o de trata de personas³³³, y extranjeros en riesgo vital³³⁴.

³²⁹ De acuerdo al considerando décimo de la sentencia, *“el actuar del Hospital Regional de Antofagasta, al no dar atención gratuita a la embarazo de alto riesgo doña Daina Jaldin Apaico, resulta ilegal [...], sin que la circunstancia de carecer de un número de RUT, justifique el impedimento de su ingreso a los registros administrativos y/o afiliación al Fondo Nacional de Salud”* (idem).

³³⁰ Artículo 12, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; art. 24, Convención sobre los Derechos del Niño y art. 10, Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

³³¹ Art. 24, Convención sobre los Derechos del Niño.

³³² Art. 16, Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire.

³³³ Art. 6, Protocolo para Prevenir, Suprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños.

³³⁴ Art. 28, Convención Internacional sobre la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares.

d. La legislación chilena reconoce bajo ciertas circunstancias un derecho de acceso indiscutido

Como señalábamos, existe en algunos instrumentos internacionales un reconocimiento incondicional del derecho a la salud tratándose de ciertas categorías de personas. El análisis realizado en este capítulo permite concluir que el derecho interno chileno guarda coherencia, al menos en este aspecto, con el derecho internacional de los derechos humanos. Así lo confirma el acceso a la salud de migrantes irregulares en casos de urgencia vital; la prestación de cuidados durante el embarazo, sin distinciones entre mujeres chilenas y extranjeras, ni entre migrantes regulares e irregulares, y el cuidado en materia de salud asegurado a todos los niños hasta los seis años de edad.

Junto a estos casos, donde la protección de la salud debe prestarse sin atender a la condición migratoria del paciente, la legislación nacional permite el acceso a migrantes irregulares por medio del pago de la tarifa o aranceles correspondientes.

2. Resultados desfavorables

a. Restricción del acceso a la salud derivada de los instrumentos internacionales especializados

El estudio de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares arrojó una distinción, en relación al derecho a la salud, entre migrantes regulares e irregulares. De acuerdo a su artículo 43, los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato con respecto al acceso a la salud de trabajadores nacionales, *“siempre que se hayan satisfecho los requisitos establecidos para la participación en los planes correspondientes”*. Como tuvimos oportunidad de señalar al analizar este instrumento, la frase condiciona la igualdad

entre nacionales y extranjeros al cumplimiento de ciertos requisitos, definidos por cada Estado parte de acuerdo a su regulación interna. En el caso chileno, la aplicación de este precepto implica que el derecho a la protección de la salud sólo se encuentra garantizado a quienes cumplan con las exigencias administrativas de afiliación a los sistemas público o privado.

Con todo, el artículo no rechaza en forma expresa la provisión de salud a migrantes irregulares, sino más bien la convierte en una decisión estatal.

b. Restricción legal de la titularidad del derecho a la salud reconocida en la Constitución

Pese a que el encabezado del artículo 19 asegura las garantías fundamentales enumeradas a lo largo del artículo “a todas las personas”, la legislación incorpora distinciones ausentes en el mandato del constituyente. En el caso del derecho a la protección de la salud, existen distintas normas de rango legal que limitan el ejercicio de este derecho por medio de condiciones que, en el caso de migrantes en situación irregular, resultan difíciles de satisfacer.

El legislador ha optado por brindar acceso universal a la salud únicamente en ciertos casos. Pese a que este reconocimiento parcial permite a la población extranjera indocumentada obtener prestaciones de salud en determinadas ocasiones –lo que merece ser destacado–, subsisten importantes barreras para un pleno goce de este derecho. Desde una perspectiva exclusivamente normativa, es decir, sin considerar el desarrollo administrativo y de programas públicos, el ordenamiento jurídico chileno reconoce el derecho a la salud de mujeres migrantes irregulares sólo en casos de urgencia vital y durante el periodo de embarazo.

c. Ausencia de una regulación orgánica de los derechos fundamentales de la población migrante en el ordenamiento jurídico chileno

Ninguna de las normas de origen interno revisadas en este capítulo se refiere en forma explícita al derecho a la salud de migrantes irregulares. Este silencio podría justificarse en las disposiciones de carácter general, como aquellas referidas a la estructura del sistema de salud, al régimen de prestaciones, a los afiliados y beneficiarios del sistema público o a los derechos y deberes de todos los pacientes. No obstante lo anterior, la ausencia a esta clase de referencias en la legislación especializada carece de una explicación razonable. Ni el Decreto Ley N° 1.094 ni su Reglamento incorporan un tratamiento sistemático de los derechos fundamentales que son reconocidos a la población extranjera residente en el país. Tampoco se refieren a las consecuencias que la irregularidad migratoria acarrea con respecto a la titularidad de estas garantías.

Por tanto, resulta imprescindible y cada día más necesario, conforme aumenta el número de extranjeros residentes, la promulgación de una nueva Ley de Extranjería, que arroje claridad al respecto y fije un marco que delimite la discrecionalidad de los distintos operadores que integran nuestro sistema jurídico.

CAPÍTULO III. EJERCICIO DEL DERECHO A LA SALUD DE MUJERES MIGRANTES IRREGULARES EN CHILE

Este capítulo, con el que finaliza nuestro trabajo, revisará de qué forma los órganos de la Administración del Estado han interpretado el reconocimiento normativo expuesto en el capítulo precedente. Buscamos identificar si existe coherencia entre planes programas y políticas públicas, y los distintos cuerpos legales analizados.

I. SOLICITUDES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

1. Destinatarios y duración del proceso

La tabla N°10 presenta las solicitudes de acceso a la información pública ordenadas de acuerdo a sus respectivas fechas de envío y respuesta.

TABLA N° 10: SOLICITUDES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA ENVÍO Y RECEPCIÓN DE RESPUESTAS		
Organismo	Fecha de envío	Fecha de respuesta
Municipalidad de Quilicura	27.01.2015	28.01.2015
Municipalidad de Estación Central		06.02.2015
Municipalidad de Recoleta		06.03.2015
Municipalidad de Independencia		10.03.2015
Ministerio de Salud		12.03.2015
Municipalidad de Santiago	28.01.2015	20.02.2015
Municipalidad de Arica		20.02.2015
Municipalidad de Antofagasta		20.02.2015
Departamento de Extranjería y Migración		21.02.1015
Municipalidad de Iquique		26.02.2015
Fondo Nacional de Salud (FONASA)	29.01.2015	18.02.2015
Ministerio de Desarrollo Social		25.02.2015
Servicio de Salud Metropolitano Central	27.02.2015	10.03.2015

Como puede observarse, los destinatarios corresponden a organismos centralizados y Municipalidades. La selección de los primeros se basó en un criterio cualitativo bastante sencillo: su afinidad con el derecho analizado –Ministerio de Salud y Fondo Nacional de Salud (FONASA)-, o con la población migrante –Departamento de Extranjería y Migración, Ministerio de Desarrollo Social-; las segundas, en cambio, fueron seleccionadas a partir de un criterio cuantitativo, que permitió identificar aquellas comunas del país con mayor presencia de residentes extranjeros.

De acuerdo a datos proporcionados por la Encuesta de Caracterización Socioeconómica (CASEN)³³⁵ realizada en 2013, la población migrante representa un porcentaje significativo del total regional en tres regiones del país. Si consideramos que el promedio nacional es de un 2.1%, son relevantes para nuestro análisis las regiones de Atacama –donde la población migrante representa un 5.7% del total regional-, Antofagasta (4.7%) y Arica y Parinacota (4.7%). Al interior de estas regiones, nuestro análisis consideró las comunas de Arica, Iquique y Antofagasta.

También fue incluida la Región Metropolitana, que pese a exhibir una participación porcentual inferior (la población migrante sólo alcanza al 3.4% del total regional), concentra en términos absolutos la mayor cantidad de migrantes del país (un 66.4% del total nacional). Entre sus 52 comunas fueron seleccionadas Santiago, Recoleta, Independencia, Estación Central y Quilicura, identificadas por distintos trabajos desarrollados a la fecha (Schiappacasse³³⁶; Arias et al.³³⁷; Stefoni,³³⁸; Margarit y Bijit³³⁹) como aquellas con mayor presencia de extranjeros en la capital.

³³⁵Ministerio de Desarrollo Social. Encuesta de Caracterización Socioeconómica 2013, Inmigrantes, Síntesis de Resultados. Santiago, Ministerio de Desarrollo Social, 2015. [en línea] <http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/documentos/CASEN_2013_Inmigrantes_01_marzo.pdf > [consulta: 26 mayo 2015].

³³⁶Schiappacasse, Paulina. Segregación residencial y nichos étnicos de los inmigrantes internacionales en el Área Metropolitana de Santiago. En: Revista de Geografía Norte Grande (39):21- 38, 2008.

³³⁷ Arias, Gonzalo; Moreno, Rodrigo y Núñez, Dafne. Inmigración latinoamericana en Chile: analizando perfiles y patrones de localización de la comunidad peruana en el Área Metropolitana de Santiago (AMS). En: Tiempo y Espacio (25), 2010.

Por último, la incorporación del Servicio de Salud Metropolitano Central –que no formaba parte del grupo original de destinatarios- se explica por el reenvío de la solicitud de información de parte del Municipio de Estación Central, tras declararse incompetente para proveer la información solicitada.

II. ANÁLISIS DE LOS ANTECEDENTES RECIBIDOS

Para facilitar el análisis de la información obtenida, nos referiremos exclusivamente a los organismos que dieron respuesta a la solicitud de información pública aportando documentación adicional³⁴⁰.

1. Respuestas que incluyeron antecedentes adicionales

a. Fondo Nacional de Salud (FONASA)³⁴¹

El Fondo Nacional de Salud destaca la creación de dos grupos de trabajo. El Equipo Asesor Sectorial de Salud de Inmigrantes y Refugiados, creado en septiembre de 2014, que tiene por propósito implementar *“distintas actividades para el mejoramiento de la atención a los extranjeros y su acceso a la salud”*³⁴². Un segundo grupo, denominado Consejo Técnico de Política Migratoria, fue convocado en enero de 2015 por el Ministerio del Interior para *“desarrollar diversos temas de interés para los extranjeros, conformándose grupos de trabajo, siendo uno de ellos el encargado de Salud”*³⁴³.

³³⁸Stefoni, Carolina. Perfil Migratorio de Chile, op. cit.

³³⁹Margarit, Daisy y Karina Bijit. Barrios y población inmigrantes: el caso de la comuna de Santiago. En: Revista Instituto de la Vivienda 29 (81): 19 – 77, 2014.

³⁴⁰ Los siguientes organismos no adjuntaron documentación adicional a sus respuestas: Departamento de Extranjería y Migración, Ministerio de Desarrollo Social, y los Municipios de Antofagasta, Estación Central, Independencia y Santiago.

³⁴¹ Respuesta por medio del Oficio Ordinario N° 2843, firmado por el Jefe del Departamento de Gestión Territorial con fecha 18 de febrero de 2015.

³⁴²Ibídem, p. 1.

³⁴³Idem.

Se refiere, además, a una serie de documentos relevantes para mujeres migrantes irregulares.

i. Oficio Circular N° 1179 del Departamento de Extranjería y Migración³⁴⁴

Este documento originó dos de las iniciativas administrativas más importantes en el reconocimiento de los derechos sociales de la población extranjera.

La campaña “Por el Derecho a la Educación” fue desarrollada por el Ministerio del ramo y el de Interior con el propósito de facilitar la incorporación de todos los hijos de migrantes residentes a los establecimientos de educación general básica y media. Esta iniciativa, vigente hasta hoy, permite a menores en situación irregular acceder a un visado temporal durante el tiempo de permanencia en el sistema escolar chileno, y merece ser destacada por ocuparse del derecho a la educación incluso antes de la entrada en vigencia en Chile de instrumentos internacionales especializados en la materia. Debe recordarse que la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, que regula este derecho en su artículo 30, fue ratificada por nuestro país dos años más tarde de la entrada en vigencia de este Oficio³⁴⁵.

El segundo convenio interministerial permite a embarazadas migrantes irregulares recibir cuidados prenatales y acceder al control del embarazo en los centros de

³⁴⁴ República de Chile. Departamento de Extranjería y Migración. Oficio Ordinario N° 1179, del 28 de enero de 2003.

³⁴⁵ Junto con el derecho a la educación, existe un reconocimiento en el país al derecho a la salud de niños migrantes menores de 18 años, quienes cuentan con atención gratuita en la red de salud pública. Así lo estableció el Convenio de Colaboración suscrito entre los Ministerios de Salud e Interior, con fecha 10 de octubre de 2007. Respetando las obligaciones internacionales contraídas por Chile tras la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, ambos Ministerios acordaron promover las acciones necesarias para “[p]roporcionar a todos los niños, niñas y adolescentes menores de 18 años extranjeros, atención de salud en los establecimientos de la red pública [...] en igualdad de condiciones de sus pares chilenos”. República de Chile. Ministerios de Salud e Interior. Convenio de Colaboración de fecha 10 de octubre de 2007. [en línea] <<http://web.minsal.cl/portal/url/item/71821af88f8dfda7e04001011f0164f3.pdf>> [consulta: 06 junio 2015]

atención primaria que integran la red de salud pública³⁴⁶. Como una forma de incentivar la inscripción de las embarazadas de nacionalidad extranjera en los consultorios de sus respectivos domicilios, el convenio les permite solicitar al Departamento de Extranjería y Migración un permiso de residencia temporaria, previa presentación de un certificado de control del embarazo emitido por el consultorio respectivo.

ii. Oficio Ordinario A 14 N° 3229 del Ministerio de Salud³⁴⁷

El documento se refiere en primer lugar a las mujeres embarazadas en situación irregular, remitiéndose al Oficio Circular N° 1179 del Departamento de Extranjería y Migración. De acuerdo a éste, el Departamento puede “otorgar una visa de residencia temporaria a la mujer que se encuentra en estado de gravidez y que se controla en el Consultorio que corresponde a su domicilio”³⁴⁸.

En segundo lugar, menciona a los extranjeros que permanecen en Chile sin haber regularizado su situación migratoria. Este grupo cuenta sólo con el derecho a recibir atenciones de urgencia, sumado a la posibilidad de acceder al sistema previo pago del arancel correspondiente³⁴⁹.

³⁴⁶ Por medio del Oficio Circular N° 6232 de 26 de mayo de 2003, el Jefe del Departamento de Extranjería y Migración precisó que el beneficio también incluye a extranjeras que no hubieren renovado su permiso de residencia dentro del plazo establecido por la ley. En estos casos, el permiso de residencia expirado no representa un impedimento para el control del embarazo de la paciente en el consultorio de su domicilio (República de Chile. Departamento de Extranjería y Migración. Oficio Circular N° 6232, del 26 de mayo de 2003).

³⁴⁷ República de Chile. Ministerio de Salud. Oficio Ordinario A 14 N° 3229, del 11 de junio de 2008.

³⁴⁸ Este beneficio fue reiterado a todos los Servicios de Salud del país a propósito del sismo en Perú del año 2007. Véase al respecto el Oficio Ordinario N° 2284 de la Subsecretaría de Redes Asistenciales, de fecha 20 de agosto de 2007.

³⁴⁹ En este punto la regulación administrativa es del todo coherente con la legislación interna. Como se desprende del análisis que realizáramos en el Capítulo II, el derecho interno chileno traduce la garantía constitucional del artículo 19 N°9 –que reconoce a todas las personas el derecho a la protección de la salud– en un reconocimiento restringido para migrantes irregulares. Lo que debe ser destacado, desde la perspectiva del modelo teórico que hemos elegido para este trabajo, es el avance desarrollado por la regulación administrativa aún en

Por último, , el Oficio se refiere a las acciones de promoción y protección de la salud, que buscan prevenir riesgos biomédicos y que por tal razón son garantizadas por el Ministerio “a toda la población que habita el territorio nacional”³⁵⁰. Ellas comprenden, entre otras medidas, la educación para la salud, las inmunizaciones y el control nutricional.

iii. Instructivo Presidencial N° 09³⁵¹

Por medio de este documento el Estado se propone asumir un rol activo, a fin de regular, cuantificar y conducir el fenómeno migratorio “*hacia la integración del colectivo migrante*”³⁵². Esta tarea se traduce en una Política Nacional Migratoria, instruida a los Órganos de la Administración por medio de este documento a fin de que sus principios e indicaciones sean incluidos en sus tareas de gestión.

La Política Nacional está orientada por una serie de principios, donde la integración y protección social de los inmigrantes consideran en forma expresa el deber estatal de garantizar el derecho a la salud. No obstante, el documento recoge la distinción presente en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, que autoriza distinciones entre trabajadores regulares e irregulares tratándose de este derecho.

El Instructivo Presidencial prohíbe “*denegar prestaciones de salud a los extranjeros que lo requieran, de acuerdo con su situación previsional*”, que en los hechos se traduce en un acceso restringido para migrantes en situación irregular –quienes, como

ausencia de normas específicas al respecto. Pese a que la legislación sanitaria no lo señala en forma expresa, los Órganos de la Administración del Estado aseguran la protección de la salud garantizada por la Constitución a extranjeros menores de 18 años y mujeres embarazadas, con absoluta prescindencia de su estatus migratorio.

³⁵⁰ Oficio Ordinario A 14 N° 3229, p. 2.

³⁵¹ República de Chile. Instructivo Presidencial N° 09, que imparte instrucciones sobre la Política Nacional Migratoria, de fecha 02 de septiembre de 2008. [en línea] <<http://transparenciaactiva.presidencia.cl/Otros%20Antecedentes/16.%20Inst.%20N%C2%BA%209.pdf> [consulta: 10 junio 2015]

³⁵² *Ibidem*, párr. 5.

cabe recordar, no cumplen con los requisitos legales y administrativos exigidos para afiliarse a una institución previsional-.

iv. Oficio Ordinario A 14 N° 2551 del Ministerio de Salud³⁵³

A través de este documento, el Ministerio de Salud ordenó mantener los beneficios a migrantes registrados como usuarios o beneficiarios de FONASA, que se encuentren en proceso de renovación de sus respectivos permisos de residencia y exhiban cédulas de identidad cuyo plazo de vigencia hubiere expirado, bastando la presentación de la credencial de FONASA junto al documento de visa en trámite emitido por el Departamento de Extranjería. Como puede observarse, esta regulación va en directo beneficio de mujeres migrantes, que pueden encontrarse transitoriamente en situación irregular al portar una cédula de identidad expirada y no contar aún con un nuevo permiso de residencia totalmente tramitado.

b. Ministerio de Salud

Este organismo se limita a aportar dos documentos: la Resolución Exenta N° 1266 del 12 de diciembre de 2014, que aprueba el Programa de Acceso a la Atención de Migrantes, y un documento con información estadística sobre las atenciones a este grupo en la red pública de salud.

i. Resolución Exenta N° 1266 del Ministerio de Salud

A fines de 2014, el Ministerio de Salud aprobó el Programa de Acceso a la Atención de Salud a Personas Inmigrantes, desarrollado por la División de Atención Primaria y en

³⁵³ República de Chile. Ministerio de Salud. Oficio Ordinario A 14 N° 2551, del 16 de junio de 2009.

vigor desde el 1° de enero de 2015³⁵⁴ a partir del diagnóstico realizado por las autoridades administrativas sobre las dificultades que la población migrante, en especial la irregular, enfrenta al intentar acceder a prestaciones de salud³⁵⁵.

Existen barreras distintas y más complejas que la simple irregularidad migratoria, que afectan incluso a grupos especialmente protegidos por convenios vigentes. En el caso de migrantes embarazadas, *“en la práctica se observa que [...] sin documento de identidad no son atendidas en los consultorios, lo que las obliga a recurrir a prestadores privados de salud para obtener un certificado de embarazo”*³⁵⁶. Quienes no pueden costear esta atención en el sistema privado se encuentran impedidas de regularizar su situación migratoria³⁵⁷, ingresando a la red asistencial sólo al momento del parto. El Programa también está fundado en el deterioro de la salud mental entre mujeres migrantes irregulares, a causa del desarraigo y la ruptura con redes familiares y sociales.

Frente a este escenario, la División de Atención Primaria busca implementar estrategias *“que permitan superar las barreras de acceso [...], promoción, y prevención de la salud que afecta[n] a la población inmigrante, en especial la no regulada”*³⁵⁸. Este propósito considera el logro de tres objetivos: ampliar la información sobre derechos y deberes en salud de la población inmigrante en general; mejorar el acceso y calidad de

³⁵⁴ El Programa de Acceso a la Atención de Salud será implementado a nivel comunal, por medio de recursos transferidos desde los Servicios de Salud a los distintos Municipios, a quienes corresponderá la contratación de personal, adquisición de bienes o servicios y ejecución de proyectos comunitarios de acuerdo al plan de trabajo desarrollado en cada caso.

³⁵⁵ El Programa menciona algunas cifras que respaldan esta percepción: de acuerdo a la encuesta CASEN 2011, el 14% de la población extranjera se encuentra fuera de los sistemas previsionales, superando con creces al 2% nacional. De acuerdo a estudios encargados por el Ministerio, esta cifra aumenta al 30% entre la población migrante que no se encuentra regularizada.

³⁵⁶ *Ibidem*, p.5.

³⁵⁷ El certificado es uno de los requisitos exigidos por el Departamento de Extranjería y Migración para otorgar una visa temporaria durante el embarazo, que permite acceder a los establecimientos de salud primaria del domicilio de la madre y obtener cuidados prenatales en iguales condiciones a las embarazadas chilenas.

³⁵⁸ Ministerio de Salud. Programa de Acceso a la Atención de Salud a Personas Inmigrantes. Santiago, MINSAL, 2014, p.7.

la atención, con énfasis en los grupos de mayor vulnerabilidad y establecer, aplicar y evaluar modelos de atención adecuados a la condición migratoria³⁵⁹.

La iniciativa supone un avance en relación al acceso a la salud de la población migrante, que favorece a mujeres en situación irregular. Con ella se avanza a nivel político y administrativo en el ejercicio de un derecho que a nivel normativo sólo está reconocido de manera parcial. Existe una constatación de las dificultades que rodean la implementación de ciertos beneficios –como el acceso a la salud para embarazadas–, adaptando el funcionamiento del sistema público de modo que permita, no el acceso irrestricto a quienes carecen de una situación migratoria regular, pero al menos el goce efectivo de las prestaciones reconocidas por vía legal y administrativa.

ii. Estadísticas relevantes

Durante 2012, la atención del parto de mujeres chilenas explicó el 19.3% de los egresos en hospitales públicos³⁶⁰. Tratándose de mujeres migrantes embarazadas - regulares e irregulares-, las atenciones aumentaron hasta el 43.6% del total³⁶¹: cuatro de cada diez egresos hospitalarios de extranjeros se relacionan de algún modo con el embarazo, frente a dos de cada diez en el caso nacional.

El porcentaje es aún mayor al revisar las cifras regionales. Sólo en la Región Metropolitana, 2.298 de los 5.470 egresos hospitalarios de extranjeros correspondieron a mujeres migrantes embarazadas –un 42% del total–. En la región de Arica y Parinacota este valor es de 52.1%, aumentando en la región de Antofagasta a un 68.8% del total de atenciones hospitalarias a extranjeros.

³⁵⁹Idem.

³⁶⁰ De un total de 1.651.286 egresos hospitalarios de nacionales, 319.788 correspondieron a la atención del embarazo, parto y puerperio (Ministerio de Salud. Total de egresos hospitalarios de población nacional, según grupo de edad y grandes causas. Santiago, MINSAL, 2012).

³⁶¹ De un total de 8.368 egresos hospitalarios de extranjeros, 3.653 correspondieron a la atención del embarazo, parto y puerperio (Idem).

c. Servicio de Salud Metropolitano Central

Su respuesta incluyó dos antecedentes: un cuaderno de apoyo sobre atención de salud al migrante y un conjunto de estadísticas sobre el acceso de este grupo a los Centros de Salud Familiar de su dependencia, similares a las proporcionadas por el Ministerio de Salud.

i. Cuadernillo de Apoyo sobre Atención de Salud al Migrante³⁶²

Con el propósito de orientar a los equipos de trabajo sobre la atención a migrantes indocumentados, el Servicio de Salud Metropolitano Central elaboró una guía que resume la legislación y circulares administrativas vigentes. El documento, firmado por el Director del Servicio, se refiere de un modo inédito para el resto de la regulación “*al carácter inextinguible del derecho a la salud*”³⁶³, del que se desprende el derecho de la población migrante “*a recibir atención de salud sin importar su situación administrativa*”³⁶⁴.

La cartilla cumple una función práctica: ilustra a los funcionarios encargados de la atención primaria sobre “*las rutas de derivación y la legislación que cautela el derecho a la salud de las personas migrantes*”³⁶⁵, e indica protocolos de atención que ordenan la labor de los equipos y restan espacio a la arbitrariedad.

En relación a mujeres migrantes irregulares, se remite al Oficio Ordinario A 14 N° 3229, que permite a embarazadas indocumentadas controlar su embarazo en los consultorios de sus domicilios y acceder a un permiso temporario de residencia. El Servicio instruye

³⁶² Servicio de Salud Metropolitano Central. Cuadernillo de Apoyo a la Atención al Migrante. Santiago, SSMC, 2014. Este documento fue entre los recintos hospitalarios y de atención primaria que funcionan en las cinco comunas dependientes del servicio –Santiago, Maipú, Cerrillos, Pedro Aguirre Cerda y Estación Central-.

³⁶³Íbidem, p.3.

³⁶⁴Ídem.

³⁶⁵Ídem.

a sus equipos sobre la importancia de orientar a una embarazada migrante indocumentada desde su primera atención, proporcionándole el certificado de control del embarazo que le permitirá solicitar la visa temporaria³⁶⁶. En adelante, los equipos clínicos deben asegurar el acceso a todas las prestaciones que son otorgadas a mujeres chilenas, incluidas la “*atención del parto, eventuales cesáreas, atención al recién nacido y set de ajueres del programa Chile Crece Contigo*”³⁶⁷.

Junto con referirse a los cuidados de salud propios del embarazo, el cuadernillo menciona cuestiones importantes relativas a la atención de urgencia, salud dental y tratamiento de enfermedades transmisibles. De acuerdo al documento, toda la población migrante irregular cuenta con acceso a la salud en casos de urgencia vital, remitiéndose nuevamente al Ordinario N° 3229 del Ministerio de Salud. En casos de hospitalización prolongada o que requieran de un tratamiento médico posterior, el Servicio de Salud Metropolitano Central dispone la entrega de un certificado que así lo acredite y permita al paciente optar a una residencia temporal humanitaria o por razones de salud –que, vale la pena destacar, no menciona ninguno de los organismos consultados-.

La atención dental forma parte de las prestaciones que requieren de una condición migratoria regular, o del pago del arancel correspondiente. No ocurre lo mismo con las enfermedades transmisibles de notificación obligatoria³⁶⁸, cuyo tratamiento se encuentra garantizado a toda la población “*con independencia de la nacionalidad y*

³⁶⁶El protocolo de atención incluido en el cuadernillo es claro con respecto al acceso de mujeres migrantes embarazadas a la atención primaria. El trámite administrativo de regularización migratoria es siempre posterior a la atención de salud, que debe ser prestada sin atender al estatus administrativo de la paciente.

³⁶⁷ Servicio de Salud Metropolitano Central, op. cit., p. 6.

³⁶⁸ De acuerdo al Decreto Supremo N° 158/04 del Ministerio de Salud, de fecha 10 de mayo de 2005, las autoridades sanitarias deben notificar en forma obligatoria a este Ministerio, entre otras, “la sospecha de casos de Botulismo, Cólera, Dengue, Difteria, Fiebre Amarilla, Fiebre hemorrágica (causada por virus Ébola u otros agentes), Infecciones Respiratorias Agudas Graves (incluidas las neumonías que requieren hospitalización), Malaria, Síndrome Pulmonar por Hantavirus, Enfermedad de Chagas (Tripanosomiasis Americana), Lepra, Sífilis en todas sus formas y localizaciones, Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (VIH/SIDA), Tétanos y Tuberculosis” (art. 1°).

*situación migratoria de quien las padece*³⁶⁹, y debe ser proporcionado, en este caso, por todos los establecimientos que forman parte de la red del Servicio de Salud Metropolitano Central.

Finalmente, el cuadernillo aporta antecedentes importantes para mujeres migrantes irregulares que experimentan violencia intrafamiliar. Un convenio suscrito entre el Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM) y el Ministerio del Interior³⁷⁰ garantiza el acceso a prestaciones de salud como la constatación y el tratamiento de lesiones, siempre que hubieren denunciado el hecho ante las autoridades pertinentes. Esta denuncia les permite ingresar a la red de protección administrada por SERNAM y obtener un permiso de residencia temporario otorgado por el Departamento de Extranjería y Migración.

ii. Estadísticas relevantes

El documento informa sobre la cantidad de consultas médicas³⁷¹ de extranjeros entre los años 2012 y 2015, desglosadas para cada uno de los once Centros de Atención Primaria que integran la red del servicio³⁷². De acuerdo a la información aportada, los distintos Centros de Salud Familiar que forman parte de la red atendieron entre los años 2012 y 2015 a un total de 111.566 pacientes de nacionalidad extranjera, de los

³⁶⁹ Servicio de Salud Metropolitano Central, op. cit., p. 14.

³⁷⁰ República de Chile. Ministerio del Interior y Servicio Nacional de la Mujer. Convenio de Colaboración y Acción Conjunta, aprobado mediante Resolución Exenta N° 80388 del 16 de noviembre de 2009.

³⁷¹ El documento las define como “la atención profesional otorgada por el médico, a un paciente en un lugar destinado para esos fines en establecimientos de nivel primario de atención” (Servicio de Salud Metropolitano Central. Consultas Médicas Población Migrante 2015 DAP A7C-13. Santiago, SSMC, 2015).

³⁷² Forman parte de esta red los siguientes Centros de Salud Familiar: en la comuna de Cerrillos, los Centros Enfermera Sofía Pincheira y Dr. Norman Voullieme; en Maipú, los Centros José Eduardo Ahués, Maipú y Dra. Ana María Juricic; en Pedro Aguirre Cerda, el CESFAM de Lo Valledor Norte; en Santiago, los Centros N° 1 Ramón Corvalán Melgarejo y N° 5; por último, en la comuna de Estación Central, los Centros San José Chuchunco, Padre Vicente Irrázabal Ex Los Nogales y Las Mercedes.

cuales 89.461 fueron mujeres. De este modo, la población femenina y mayoritariamente peruana³⁷³ explica un 80.1% de las atenciones durante el periodo señalado.

d. Municipalidad de Iquique

Este Municipio acompañó documentación que no había sido mencionada por ninguno de los órganos consultados. El primero de estos documentos corresponde al Decreto Exento N° 6410 del Ministerio del Interior, que aprobó con fecha 01 de diciembre de 2014 un Convenio de Colaboración suscrito entre el Ministerio del Interior y FONASA el 24 de noviembre del mismo año. Este Convenio permite a los extranjeros que se encuentren tramitando por primera vez una solicitud de residencia, una prórroga o un cambio de categoría migratoria ante el Departamento de Extranjería y Migración, acceder al régimen de prestaciones de FONASA en igualdad de condiciones a cualquier extranjero que cuente con un permiso de residencia vigente.

En segundo lugar, la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Iquique (CORMUDES) envió un documento creado especialmente para responder a la solicitud de información pública. Bajo el título “Acceso de Mujeres Migrantes a la Atención Primaria de Iquique”, informa sobre la ausencia de convenios especiales establecidos con alguna entidad o servicio de la red asistencial para el acceso de usuarias migrantes en la región. No obstante, se refiere a una serie de estrategias locales desarrolladas por la Municipalidad para mejorar la atención a mujeres migrantes. Quienes se encuentren en situación irregular tienen acceso a una primera consulta, donde reciben orientación para regularizar su situación y son derivadas a las unidades gubernamentales correspondientes en caso necesario. En caso de contar con un permiso de residencia vigente son atendidas como cualquier beneficiaria, con

³⁷³Las atenciones médicas a mujeres de nacionalidad peruana (62.290) representan un 70.3% del total.

los mismos derechos y deberes de una paciente de nacionalidad chilena -el documento recuerda a este respecto la ley 20.584-.

En casos de urgencia vital ambas son atendidas de inmediato, con independencia de la condición migratoria en que se encuentren. De acuerdo a la información proporcionada, del total de ingresos de embarazos a nivel comunal, el 37% corresponde a extranjeras. Un 94% de estos ingresos son considerados de alta vulnerabilidad; requieren, por tanto, un plan de cuidado multidisciplinario y a lo menos dos visitas domiciliarias integrales. Este plan considera un acceso irrestricto a la red pública de salud: quienes se encuentren en situación irregular recibirán en el primer ingreso toda la información necesaria para obtener un permiso de residencia en el país, pues el objetivo es que haya sido completamente tramitado antes del parto³⁷⁴. Accederán, además, a controles prenatales y talleres, atención dental y nutricional, ecografías del primer trimestre y cualquier otra prestación considerada como necesaria por la Atención Primaria.

Por último, las usuarias que puedan ser portadoras de VIH u otras enfermedades transmisibles, cuentan con la posibilidad de acceder a una confirmación diagnóstica. Si el resultado es positivo, recibirán del nivel de atención primario una visita domiciliaria de contacto, consejería, atención médica y entrega de medicamentos; también podrán acceder a unidades especializadas del nivel secundario, integrado por los hospitales de la región, en casos donde así lo estimen conveniente los equipos especializados en la materia.

³⁷⁴ La estrategia implementada para mujeres migrantes responde al objetivo sanitario de controlar un 85% de los embarazos con menos de 14 semanas de gestación. Establecida por el Ministerio de Salud, esta meta forma parte del Índice de Actividad de la Atención Primaria, cuyo propósito es asegurar la detección precoz de patologías asociadas al embarazo.

e. Municipalidad de Quilicura

Entre las ocho Municipalidades consultadas, Quilicura fue la única en acompañar una política territorial especialmente formulada para el trabajo con la población extranjera³⁷⁵. El Plan de Acogida y Reconocimiento de Migrantes y Refugiados, desarrollado en 2014 por la Oficina comunal especializada en la materia³⁷⁶, busca materializar

el principio de no discriminación, considerado un eje transversal del trabajo comunal. ,

El desarrollo del principio de no discriminación contempla cinco líneas de intervención prioritarias: difusión de información y derechos, elaboración participativa de políticas locales, educación, convivencia y acceso igualitario a los derechos sociales³⁷⁷. Todas consideran como fundamento los derechos inherentes de la población migrante, que deben ser respetados con independencia de la mayor o menor contribución que éstos realizan a la economía, cultura y mercado laboral de la comuna.

El apartado dedicado a la salud es consistente con una aproximación basada en los derechos humanos de la población extranjera.

³⁷⁵ De acuerdo a datos del Censo 2012, el 48% de los migrantes haitianos de la zona Metropolitana viven en la comuna de Quilicura. Ésta reúne, además, a ocho familias palestinas refugiadas, quienes representan un importante desafío para los equipos de trabajo atendidas sus diferencias culturales con la población chilena (Municipalidad de Quilicura. Plan de Acogida y Reconocimiento de Migrantes y Refugiados. Santiago, Oficina de Migrantes y Refugiados – OIM, 2014, p.25).

³⁷⁶ La Oficina Municipal de Migrantes y Refugiados (OMMR) fue creada en 2010 para asegurar un espacio de encuentro e interlocución a ambos grupos. Más allá de las acciones y políticas específicas desarrolladas por la Oficina en su corta historia, se ha instalado entre la población migrante la impresión de que esta comuna ofrece un espacio abierto para plantear sus inquietudes, y a la vez instancias de interlocución con la autoridad local (Ibídem, p. 26).

³⁷⁷La selección de áreas prioritarias fue precedida de un proceso de consulta a la población, desarrollado por la Oficina Municipal de Migrantes y Refugiados para identificar “los nudos críticos del proceso de incorporación inicial y asentamiento posterior de las familias migrantes y refugiadas que forman parte de la vida de la comuna” (Ibídem, p. 14).

Las propuestas incluidas en el Plan Municipal consideran campañas de información y educación dirigidas a la población migrante, que refuercen la importancia de consultar preventivamente; programas de capacitación a funcionarios municipales, con un énfasis especial en procedimientos que faciliten la atención; atenciones personalizadas dirigidas a la reconstrucción del historial clínico, de modo que el diagnóstico sean consistente con la trayectoria de cada paciente; junto a sistemas de intermediación sanitaria, que reduzcan las barreras de acceso para quienes provienen de registros culturales diversos.

Atendido el carácter eminentemente propositivo del único documento acompañado por el Municipio –compuesto en su mayoría por líneas de trabajo que deben ser implementadas a futuro por el equipo comunal–, no resulta posible incorporar a este trabajo mayores antecedentes sobre las iniciativas efectivamente implementadas ni ahondar en su contenido; tampoco puede ser revisado el nivel de coherencia que éstas exhiben respecto de aquellas impulsadas por el nivel central.

III. RESULTADOS

Para finalizar, se presentan los resultados obtenidos tras la revisión de las respuestas y antecedentes acompañados.

1. Resultados favorables

a. Ampliación de las posibilidades de ejercicio a partir de normas constitucionales y de derecho internacional

Es posible constatar un avance en el acceso a la salud de mujeres migrantes irregulares, liderado por algunos órganos de la Administración del Estado.

Este proceso ha seguido dos trayectorias significativas. La primera ha supuesto el desarrollo de políticas sanitarias al alero del derecho fundamental a la protección de la salud, y de instrumentos internacionales sobre esta garantía. El avance representado por los Oficios N° 1179 del Departamento de Extranjería y Migración, y N° 3229 del Ministerio de Salud –ambos relacionados con la salud de migrantes embarazadas-, sigue la dirección trazada por instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Chile; el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es empleado en la mayoría de los casos como fundamento de las medidas adoptadas por vía administrativa.

Éstas últimas exhiben un alto nivel de coherencia con las disposiciones contenidas en los tratados. El acceso a la salud de todas las mujeres migrantes embarazadas, con independencia de su situación migratoria, materializa los artículos 10 y 12 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), junto al artículo 24.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño. La atención en casos de urgencia, por su parte, responde al artículo 28 de la Convención Internacional sobre la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares.

Con respecto a este último instrumento, destacan dos aspectos de interés. En primer lugar, la protección irrestricta a mujeres embarazadas y menores de edad, sean o no migrantes regulares, comenzó a implementarse en Chile antes de la entrada en vigencia del principal instrumento internacional relacionado con la población extranjera³⁷⁸. Existe, por tanto, un esfuerzo que merece ser destacado: la tarea interpretativa desarrollada por la Administración, en relación a la protección constitucional de la salud y al contenido de este derecho aun en ausencia de instrumentos que se refieran en forma explícita a migrantes irregulares.

Junto a la extensión del derecho a la salud por la vía de políticas coherentes con la legitimación amplia constitucional y tratados sobre la materia, vale la pena señalar que la ampliación del ejercicio de este derecho ha considerado las necesidades especiales de mujeres embarazadas, niños, niñas y adolescentes. La regulación pudo haberse limitado, en casos de migrantes indocumentados, a permitir el acceso sólo en casos de urgencia; es éste y no otro el contenido del derecho a la salud que la Convención Internacional sobre la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares reconoce en casos de irregularidad. Puesto que la solución adoptada es distinta y bastante más amplia, existe una integración de los distintos instrumentos vigentes, reconociéndose aquellos derechos que se vinculan a grupos especialmente vulnerables.

³⁷⁸ Mientras que la Convención Internacional sobre la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares fue ratificada por el Estado de Chile el año 2005, el primer Oficio sectorial en abordar el acceso a la salud de migrantes fue dictado en 2003 (Oficio Circular N° 1.179, Departamento de Extranjería y Migración) como resultado de un plan piloto implementado durante el año 2002.

b. Ampliación de las posibilidades de ejercicio a partir de iniciativas locales

Acompañando las políticas impulsadas por el nivel central, las respuestas recibidas dan cuenta del trabajo desarrollado por algunos Municipios donde la población migrante se concentra en mayor número, y por ciertos Servicios de Salud actuando como órganos descentralizados.

Entre las iniciativas de origen municipal, destacan los casos de Iquique y Quilicura. El primero fue el único Municipio que acompañó a su respuesta una síntesis de las acciones de salud dirigidas específicamente a mujeres migrantes irregulares. Esto demuestra un alto nivel de conocimiento de la regulación vigente en el equipo comunal, plasmado en distintos protocolos para cada una de las áreas cubiertas: el control del embarazo y el diagnóstico de posibles patologías asociadas, la salud dental, el tratamiento de enfermedades transmisibles y situaciones de urgencia vital.

La comuna de Quilicura destaca por contar desde el año 2014 con un Plan de Acogida y Reconocimiento de Migrantes y Refugiados. Pese a que no provee información sobre iniciativas en curso, se refiere a la salud como uno de los derechos humanos reconocidos a la población extranjera. Otro aspecto destacable es la comprensión exhibida por el Municipio de la legitimación activa de este derecho. El acceso y la protección de la salud vienen dados por la naturaleza humana de cada individuo, y no por su nivel de contribución a los flujos económicos, culturales o laborales del país.

Por último, cabe mencionar el trabajo desarrollado por el Servicio de Salud Metropolitano Central. Como órgano descentralizado, ha desarrollado iniciativas que consideran el importante componente femenino en las atenciones de salud prestadas a la población extranjera, fundándolas explícitamente en el contenido del artículo 19 N° 9 de la Constitución Política y en los Tratados Internacionales vigentes. Con un énfasis especial en migrantes indocumentados, estas iniciativas buscan facilitar el acceso a la salud por medio de la formación de los equipos de atención primaria, sumada al

desarrollo de protocolos que reduzcan la arbitrariedad y garanticen la prestación de los servicios disponibles en ausencia de una situación migratoria regular.

2. Resultados desfavorables

a. Deficiencias en la entrega de información pública

Las diferencias en el contenido de las respuestas representan el aspecto más débil del proceso de recolección de antecedentes. Pese a que todos los organismos respondieron a la solicitud de información, algunos se declararon incompetentes para aportar la documentación solicitada –Municipalidad de Santiago–; derivaron la respuesta a otros organismos –Municipalidades de Estación Central y Antofagasta– o informaron de un modo escueto e insuficiente –son buenos ejemplos de ello la Municipalidad de Independencia y el Departamento de Extranjería y Migración–.

Estas diferencias demuestran una comprensión desigual entre los organismos públicos sobre sus tareas en torno a la salud de la población extranjera. En algunos casos hacen evidente el desconocimiento de la normativa vigente; en otros, o la ausencia de iniciativas relacionadas con la materia o la percepción de que este asunto debe resuelto en forma exclusiva por autoridades del nivel central.

b. Asimetrías de información entre los distintos organismos consultados

Junto al pobre desempeño de algunos organismos al momento de responder, un último resultado desfavorable corresponde a ciertas contradicciones en la información aportada por unos y otros.

Nos referimos en particular al visado humanitario o por motivos de salud, de un año de duración, mencionado por el Servicio de Salud Metropolitano Central en el documento de apoyo dirigido a los centros de atención primaria de su dependencia. La existencia

de este permiso no es reconocida por ningún otro organismo, ni siquiera por el Departamento de Extranjería y Migración, eventual encargado de su tramitación y otorgamiento.

Esta aparente contradicción podría explicarse por dos razones. Una posibilidad es que este permiso de residencia exista, y no sea informado públicamente a la comunidad migrante residente en el país por medio de los distintos canales disponibles – recuérdese que han sido revisados en forma exhaustiva todos los antecedentes disponibles en los sitios web del Ministerio de Salud, Fondo Nacional de Salud y el propio DEM–. Si así fuera, la asimetría en la información resultaría grave, pues a la luz de las respuestas de los Municipios esta opción no ha sido difundida como una alternativa viable.

Que este permiso sea inexistente es la segunda alternativa posible. Este escenario resulta incluso más problemático que el anterior; el desarrollo de protocolos de atención sobre la base de información errónea distorsionaría el flujo de información entre los equipos de trabajo y el resto de la población. Ello supondría un doble perjuicio, al generarse expectativas irreales entre migrantes indocumentados y dañarse seriamente la credibilidad del personal sanitario, actor fundamental en la difusión de sus posibilidades efectivas de acceso a la salud.

c. Distancias entre el reconocimiento y el ejercicio del derecho estudiado, que operan en más de un nivel a la vez

Debemos recordar que la identificación de posibles brechas entre reconocimiento y ejercicio representa uno de los objetivos de nuestro trabajo. Al respecto, reconocemos que el caso chileno ofrece un panorama más complejo que el proyectado al inicio esta investigación, pues hemos podido constatar que estas brechas existen y operan en dos niveles normativos distintos.

El primero corresponde a la distancia entre las normas de rango legal y los planes, políticas y programas vigentes –reconocimiento y ejercicio del derecho analizado, respectivamente-. En este punto la hipótesis inicial aparece refutada por los resultados obtenidos. Suponíamos que un análisis de la documentación aportada por los órganos administrativos podría reflejar una implementación inadecuada del reconocimiento normativo. Sin embargo, para el caso chileno el escenario es precisamente el inverso. Mientras las normas de rango legal guardan silencio sobre el derecho a la salud de la población migrante irregular, el desarrollo de iniciativas gubernamentales y locales ha contribuido a la expansión de sus posibilidades de ejercicio.

Un segundo nivel, donde la distancia es menor, surge del contraste entre las disposiciones constitucionales e internacionales, por un lado, y las mencionadas iniciativas públicas. El fundamento jurídico de éstas últimas, como ya sostuvimos al referirnos a los resultados favorables, viene dado por la garantía constitucional del artículo 19 N° 9 y por los principales instrumentos internacionales que integran el marco normativo nacional. Si bien es cierto que la distancia entre ambos se mantiene, pues el acceso sólo se permite bajo ciertas condiciones, las iniciativas públicas existentes se encuentran más distantes del reconocimiento normativo legal, y bastante más cercanas a la regulación constitucional y de derecho internacional.

d. Ausencia de una regulación legislativa de carácter orgánico

Como ya tuvimos ocasión de señalar al analizar los resultados del Capítulo II, no existe en Chile una regulación orgánica de los derechos económicos, sociales y culturales de la población extranjera, ni del derecho a la salud en particular.

Es posible que esta ausencia explique por qué razón las políticas públicas en la materia hayan debido fundarse directamente en disposiciones constitucionales y de derecho internacional. Esta clase de normas ha brindado un fundamento jurídico sólido

a las iniciativas vigentes, que identificáramos como uno de los resultados positivos del análisis realizado en este capítulo.

Existe, no obstante, un aspecto negativo que no puede ser obviado. El carácter obsoleto del DL N° 1.094 y su silencio con respecto al derecho a la salud impide a las normas administrativas que originan políticas sanitarias contar con un marco jurídico inmediato que las respalde. Este marco existe, pero se traduce en una relación mediata con disposiciones constitucionales y tratados internacionales, tras la interpretación de su contenido por los Órganos del Estado.

No ha existido en Chile un debate parlamentario sobre los límites y alcance del derecho a la salud de la población extranjera irregular, lo que determina que los avances se encuentren intrínsecamente vinculados a la postura sostenida por el gobierno de turno.

Este carácter contingente representa una fuente de vulnerabilidad para mujeres migrantes irregulares en el país. La falta de un estatuto normativo explícito favorece un margen discrecional que puede dar pie, en el peor de los casos, a decisiones administrativas de orden regresivo.

e. Coherencia entre las restricciones en el ejercicio del derecho a la salud y una perspectiva multidimensional de la pobreza

A partir de los resultados obtenidos es posible sostener que el derecho a la salud de mujeres migrantes irregulares se encuentra en Chile sujeto a importantes limitaciones. Estos límites las sitúan en una posición de mayor precariedad con respecto al resto de las mujeres residentes en el país, cuyo derecho a la salud se encuentra mejor garantizado.

Pese a que esta dimensión normativa no da cuenta por sí sola de la complejidad del problema, enriquece los criterios tradicionalmente empleados para aproximarsele.

El análisis de los fenómenos de exclusión no se reduce a una cuestión de mayor o menor disponibilidad de recursos; existe una faceta jurídica entre las distintas manifestaciones de la pobreza que no puede ser obviada sin perjudicar con ello un adecuado análisis del tema.

Prestar atención a esta dimensión normativa permite visibilizar la contribución que puede ser brindada por herramientas jurídicas, entre nosotros insuficientemente estudiada.

Permite, en último término, comprender por qué razón es deseable, o más bien imprescindible, dotar a quienes experimentan pobreza de nuevos, más amplios y efectivos derechos.

CONCLUSIONES

1. El ordenamiento jurídico chileno trata a la población extranjera que ha infringido la legislación vigente de un modo diverso a los nacionales. Una de las manifestaciones de este trato diferenciado puede observarse en las distancias entre el reconocimiento y ejercicio del derecho a la salud.
2. El texto constitucional no se refiere a las garantías fundamentales de los extranjeros, ni tampoco a eventuales restricciones en su titularidad por causa de una situación migratoria irregular. Las garantías de igualdad ante la ley (art. 19 N°2), igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (art. 19 N°3), derecho a la vida (art. 19 N°1), integridad física y psíquica (art. 19 N°1) y protección de la salud (art. 19 N° 9) son aseguradas por el constituyente “*a todas las personas*” (art. 19, Constitución Política de la República).
3. Por su parte, la legislación nacional regula de un modo insuficiente el derecho a la salud de la población migrante, sin referirse en forma explícita a las consecuencias en su titularidad por causa de una situación irregular. El Decreto ley N° 1.094 y su Reglamento guardan silencio sobre el tema, mientras que la Ley 18.469, encargada del desarrollo legislativo de la garantía constitucional sobre protección de la salud, no menciona a la población extranjera. Sin embargo, una interpretación del cuerpo legislativo relacionado con este derecho permite concluir que su reconocimiento se encuentra garantizado de un modo universal a embarazadas y a niños menores de seis años, junto con las atenciones médicas en casos de urgencia vital.

4. Sin embargo, los límites de este reconocimiento restringido pueden ampliarse en aquellos casos donde el derecho a la salud se vincula con garantías constitucionales como el derecho a la vida, resguardado por la acción de protección, cuyas interferencias ilegítimas son sancionadas de un modo bastante más severo por la judicatura. El caso de Daina Jaldin Apaico, resuelto por la ltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta con fecha 29 de abril de 2015, es una buena muestra de ello. La Corte estimó que los cuidados médicos requeridos por la embarazada, de nacionalidad boliviana, debían ser prestados sin atender al estatus migratorio de la paciente, al estimarlos imprescindibles para garantizar la vida de su hijo por nacer.

5. En derecho internacional, gran parte de los instrumentos asigna al derecho a la salud un carácter progresivo (art. 22 DUDH, art. 9 DADH, art. 26 CADH, art. 2.1 PIDESC). Para algunos, esto quiere decir que su contenido es meramente programático, que su ejercicio no puede ser exigido por vía judicial y que su reconocimiento se encuentra condicionado a la disponibilidad de recursos de cada Estado. Para otros, entre ellos el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la progresividad viene a significar que el pleno goce de estas garantías requiere necesariamente del transcurso del tiempo, sin que ello habilite a los Estados a posponer indefinidamente sus esfuerzos por asegurarlo. Al igual que en la legislación nacional, el tratamiento de la maternidad e infancia supone en todos los instrumentos revisados el deber de brindar cobertura universal (art. 25 DUDH, 7 DADH, 12 CEDAW, 19 CADH). Algo similar ocurre con la asistencia médica necesaria para resguardar la vida del individuo (art. 28 CIPTMF).

6. Llama la atención que la Convención especializada en la protección de la población extranjera (Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares), condicione el acceso a la salud al cumplimiento de los requisitos fijados por cada Estado parte (art. 43). En el caso de migrantes indocumentados, esta disposición facilita y justifica la introducción de restricciones por vía legislativa. Como posibles explicaciones, puede señalarse la intención de disuadir la permanencia en el tiempo de la irregularidad migratoria, por la vía de reconocer derechos adicionales a quienes gozan de un estatus regular. Con todo, esta solución resulta compleja y criticable, al desconocer el carácter universal de los derechos fundamentales y fundar límites a su ejercicio en objetivos de política local.
7. En cuanto al ejercicio de este derecho en el medio jurídico nacional, los resultados obtenidos permitieron constatar la extensión del acceso a la salud para mujeres migrantes irregulares, a través de la labor administrativa desarrollada por los órganos del Estado. Existe una serie de iniciativas vigentes dirigidas a garantizar el control del embarazo, la atención del parto –no así su cobertura financiera-, el tratamiento de enfermedades transmisibles, las prestaciones de inmunización, la atención durante el periodo de puerperio y la constatación y tratamiento de lesiones en casos de violencia intrafamiliar.
8. Como resultados negativos, es posible sostener que existen brechas entre el reconocimiento y ejercicio de este derecho y que éstas operan en más de un nivel a la vez. A diferencia de nuestra hipótesis inicial, que asumía que estas distancias serían provocadas por una inadecuada interpretación del reconocimiento normativo, los resultados indican que este reconocimiento es sólo parcial e insuficiente. Luego, más que entorpecer una adecuada ejecución

de derechos, el trabajo de los órganos del Estado ha avanzado en su goce efectivo por la vía de interpretar la garantía constitucional de protección de la salud y el contenido de algunos tratados internacionales sobre la materia.

9. Para finalizar, cabe señalar que los resultados obtenidos son consistentes con una perspectiva multidimensional de la pobreza. Existen diferencias entre el derecho a la salud de mujeres migrantes irregulares y el del resto de las mujeres que residen en el país. Estas diferencias suponen un ejercicio parcial de esta garantía constitucional, que empobrece su permanencia en el país desde una perspectiva jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

1. Alkire, Sabine y James Foster. Counting and multidimensional poverty measurement. En: Journal of public economics 95(7): 476-487, 2011.
2. Anand, Sudhir y Amartya Sen. Concepts of human development and poverty: a multidimensional perspective. En: Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Poverty and Human Development: Human Development Papers. PNUD, New York, 1997.
3. Arias, Gonzalo; Moreno, Rodrigo y Núñez, Dafne. Inmigración latinoamericana en Chile: analizando perfiles y patrones de localización de la comunidad peruana en el Área Metropolitana de Santiago (AMS). En: Tiempo y Espacio (25), 2010. [en línea]<<http://www.ubiobio.cl/miweb/Webfile/media/222/Espacio/2010/INMIGRACION%20LATINOAMERICANA%20EN%20CHILE.pdf>> [consulta: 04 junio 2015].
4. Becerra, Margarita y Laura Altimir. El derecho a la salud de los niños y niñas migrantes y refugiados, contextos y especificidad en salud mental, pp. 194 – 195. En: ACNUR, OIM y UNICEF (Eds.). Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas de trata internacional en Chile: Avances y desafíos. Santiago, Andros, pp. 191 – 216.
5. Borowski, Martin. La estructura de los derechos fundamentales. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
6. Borrell, Carme, et al. Desigualdades en salud según la clase social en las mujeres: ¿Cómo influye el tipo de medida de la clase social? En: Gaceta Sanitaria 18: 75-82, 2004.
7. Bravo, Ana. Desigualdades en la salud reproductiva de las mujeres inmigrantes en Madrid. En: Migraciones. Publicación del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones 13: 137-183, 2003.
8. Caamaño, Eduardo. El reconocimiento de la libertad sindical y el problema de la representación de los trabajadores en la negociación colectiva. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (30)1:265 – 291, 2008.
9. Cançado Trindade, Antonio. La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. En: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Estudios Básicos de Derechos Humanos. Tomo I. San José, IIDH, 1994.
10. Carbonell, Miguel. Derecho a migrar. En: Estado constitucional y globalización, 2ª edición, México, IJ-UNAM, Porrúa, 2003, pp. 59 – 68.

11. Cea Egaña, José Luis. 2002. Derecho Constitucional chileno. Tomo I. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.
12. Cejudo Córdoba, Rafael. Capacidades y libertad: una aproximación a la teoría de Amartya Sen. En: Revista Internacional de Sociología 65(47):10, mayo – agosto, 2007.
13. Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Examen de los informes presentados por los Estados partes (Chile). Sistema de Naciones Unidas, Nueva York, 2011. Párrafos 44 y 45). [en línea] < <http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2011/09/Informe-Comit%C3%A9-de-Trabajadores-Migratorios-Chile-sept-2011.pdf>> [consulta: 28 mayo 2015].
14. Coates, Anna. Mediciones y conceptos de la pobreza multidimensional en México y América Central. México D.F., Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2009.
15. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Folleto Informativo N° 16 (Rev. 1). Naciones Unidas, Ginebra, 1996. [en línea] <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS33_sp.pdf> [consulta: 18 abril 2015].
16. Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Observaciones finales al Estado de Chile. CMW/C/CHL/CO/1. Sistema de Naciones Unidas, Nueva York, 2011. Párrafos 44 y 45). [en línea]<http://www.minrel.gov.cl/minrel/site/artic/20080902/asocfile/20080902204316/observaciones_finales_cmw_c_chl_co_1.pdf> [consulta: 28 mayo 2015].
17. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Informes periódicos quinto y sexto combinados de los Estados partes. Estado de Chile, 17 de marzo de 2011. ONU Doc. CEDAWC/CHL/5-6. [en línea] <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fCHL%2f5-6&Lang=en> [consulta: 28 abril 2015].
18. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53º período de sesiones (1º a 19 de octubre de 2012), de fecha 12 de noviembre de 2012. ONU Doc. CEDAW/C/CHL/CO/5-6. [en línea] <<http://www.senda.gob.cl/media/Unidad%20de%20Genero/CEDAW-Chile-2012-ESP.pdf>> [consulta: 28 abril 2015].
19. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General N° 26 (CEDAW/C/2009/WP.1/R), párrafo 8. Adoptada durante el 42º período de sesiones. Sistema de Naciones Unidas, 2008.

20. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General N° 28 (CEDAW/C/GC/28), adoptada durante el 47° periodo de sesiones. Sistema de Naciones Unidas, 2010.
21. Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos (ICHRP). Migración Irregular, tráfico ilícito de migrantes y derechos humanos: hacia la coherencia. Informe de Política. Ginebra, ICGHP, p.1. [en línea] <www.ichrp.org/files/summaries/40/122_pb_es.pdf> [consulta: 15 abril 2015].
22. Contreras, G., Tetelboin, C. y López, Luis. La opinión de los participantes sobre la reforma de la política de salud: un estudio en los servicios locales. En: Revista Gerencia y Políticas de Salud (Bogotá) 12(24): 143 – 162, 2013.
23. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD). Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Serie de Tratados de Naciones Unidas, vol. 660, p. 195.
24. Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Ratificada por Chile el 13 de agosto de 1990 y promulgada por el Decreto N° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, con fecha 27 de septiembre del mismo año.
25. Cordero Vega, Luis. Comentario a la sentencia de inconstitucionalidad de la tabla de factores de ISAPRES: un aparente triunfo de los derechos sociales. En: Anuario de Derechos Humanos (7):151 – 159, 2011.
26. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-18/03. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. San José de Costa Rica, CIDH, 2003.
27. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. San José de Costa Rica, CIDH, 2014.
28. Courtis, Christian. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. En: Courtis, Christian (comp.). Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 2006, pp. 3 – 52.
29. Crenshaw Williams, Kimberlé. Mapping the margins: Intersectionality, identity politics, and violence against women of color. En Crenshaw et al. (eds.), Critical race theory. New York, New Press, 1995, pp. 357–383. [en línea] <www.wcsap.org/Events/Workshop07/mapping-margins.pdf> [consulta: 16 mayo 2015].

30. Cuadrado, S. Pérez, et al. Características de las mujeres inmigrantes y de sus hijos recién nacidos. En: Anales de pediatría 60(1):3-8, 2004.
31. Denis, Angela, Francisca Gallegos, y Claudia Sanhueza. Pobreza multidimensional en Chile: 1990-2009. Documento de Trabajo, ILADES/Universidad Alberto Hurtado. Santiago, Universidad Alberto Hurtado, 2010.
32. Evans, David B., Justine Hsu, y Ties Boerma. Universal health coverage and universal access. Bulletin of the World Health Organization 91(8): 546-546A, 2013.
33. European Parliamentary Research Service. Irregular Immigration In The EU: Facts And Figures. [en línea] < <http://epthinktank.eu/2015/04/27/irregular-immigration-in-the-eu-facts-and-figures/>> [consulta: 12 mayo 2015].
34. Fanjul Suárez, Gonzalo. Migraciones internacionales: las consecuencias de gobernar el siglo XXI con políticas del XIX. En: Análisis del Real Instituto Elcano (ARI) 56:4, 2010.
35. Fanjul, Gonzalo y Rafael Vilasanjuan. Instituto de Salud Global de Barcelona. *Notas del Laboratorio de Ideas de ISGlobal sobre inequidad y salud global*, documento N° 18, Barcelona, ISGlobal, 2014. [en línea] < https://www.isglobal.org/documents/10179/25254/18_la_brecha2_indiv.pdf/3704420e-7c98-40dc-89b1-7ebaf52bedab> [consulta: 14 mayo 2015].
36. García-Pino, Gonzalo y Pablo Contreras. Derecho de Acceso a la Información en Chile: nueva regulación e implicancias para el sector de la defensa nacional. En: Estudios Constitucionales (7)1:137 – 175, 2009.
37. Gattini, César y Johan Álvarez Leiva. La Salud en Chile 2010. Panorama de la situación de salud y del sistema de salud en Chile. Serie Técnica de Análisis de Situación. Santiago, Organización Panamericana de la Salud, 2011.
38. Geronimus, Arline. Understanding and eliminating racial inequalities in women's health in the United States: the role of the weathering conceptual framework. En: Journal of the American Medical Women's Association 56(4): 133- 136, 2001
39. Godoy Araya, Rodrigo y Marcel Didier von der Hundt. Comentarios de jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional sobre derechos humanos de las personas migrantes durante el año 2013. En: Anuario de Derechos Humanos10: 139 – 150, 2014.
40. Gómez, Fanny. La interseccionalidad en la discriminación. Red de Educación Popular entre Mujeres de América Latina y el Caribe, 2003, p. 1. [en línea] < http://www.inmujeres.gub.uy/innovaportal/file/21589/1/15_la_interseccionalidad_en_la_discriminacion.pdf> [consulta: 18 mayo 2015].
41. Gros Espiell, Héctor. La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo. Santiago, Editorial Jurídica, 1991.

42. Hardy, Clarisa. Retos de Cohesión Social en América Latina. Presentación en el panel “Cooperando con Países de Renta Media: Desigualdad y Nuevas Brechas Sociales” en el Encuentro Euro Social: Diálogo Euro – Latinoamericano de Políticas Públicas para la Cohesión Social. Comisión Europea, Bruselas, 24 y 25 de Marzo, 2014.
43. Hathaway, Oona A. ¿Do Human Rights Treaties make a difference? Faculty Scholarship Series, paper 839. New Haven, Yale Law School, 2002. [en línea] <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/839/> [consulta: 06 abril 2015].
44. Iglesias, Edgar, et al. Women, international migration and self-reported health. A population-based study of women of reproductive age. En: Social Science & Medicine 56(1): 111-124, 2003.
45. Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos MERCOSUR (IPPDH). La implementación de los acuerdos del MERCOSUR relativos a la protección de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes. Diagnóstico y Lineamientos para la Acción. Sarmiento, IPPDH, 2012.
46. Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH). Informe complementario a la presentación del Estado de Chile ante el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus familiares. Santiago, INDH, 2011. [en línea] < <http://www.indh.cl/pdf/Informe%20Trabajadores%20Migratoriosweb.pdf>> [consulta: 28 abril 2015].
47. International Rescue Committee. Europe’s Refugee Crisis, Policy Brief. Londres, IRC, 2015. [en línea] <<http://www.rescue.org/sites/default/files/resource-file/IRC%20refugee%20crisis.pdf>> [consulta: 12 mayo 2015].
48. Jensen, María Florencia. Inmigrantes en Chile: La exclusión vista desde la política migratoria chilena. En:Bologna, Eduardo (ed.). Temáticas migratorias actuales en América Latina: remesas, políticas y emigración. Río de Janeiro, Asociación Latinoamericana de Población, 2009, pp. 105 – 130.
49. Lyon Puelma, Alberto. La persona natural. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006.
50. Macran, Susan, Lynda Clarke, y Heather Joshi. Women's health: dimensions and differentials. En: Social Science & Medicine 42(9): 1203-1216, 1996.
51. Margarit, Daisy y Karina Bijit. Barrios y población inmigrantes: el caso de la comuna de Santiago. En: Revista Instituto de la Vivienda 29 (81): 19 – 77, 2014.
52. Martínez Pizarro, Jorge (ed.). América Latina y el Caribe: Migración Internacional, derechos humanos y desarrollo. Santiago, CEPAL, 2008.

53. Martínez Pizarro, Jorge. El mapa migratorio de América Latina y el Caribe, las mujeres y el género. Serie Población y Desarrollo 44. Proyecto Regional de Población CELADE - UNFPA (Fondo de Población de las Naciones Unidas). Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2003.
54. Meza-Lopehandía, Matías. Reconocimiento Constitucional y Derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas. Santiago, Observatorio Parlamentario, 2010
55. Miller, David. Is there a right to immigrate? Working Papers Series SJ033, Center for the Study of Social Justice, Department of Politics and International Relations, Oxford University, 2013. [en línea] <<http://www.politics.ox.ac.uk/materials/publications/13732/sj033is-there-a-human-right-to-immigrate-final-draft.pdf>> [consulta: 20 mayo 2015].
56. Ministerio de Desarrollo Social. Encuesta de Caracterización Socioeconómica 2013, Inmigrantes, Síntesis de Resultados. Santiago, Ministerio de Desarrollo Social, 2015. [en línea] <http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/documentos/CASEN_2013_Inmigrantes_01_marzo.pdf> [consulta: 26 mayo 2015].
57. Ministerio de Salud. Departamento de Estadísticas e Información de Salud, 2010. [en línea] <http://deis.minsal.cl/Atlas/AtlasMMaterna_2000_2010/atlas.html> [consulta: 07 junio 2015].
58. Ministerio de Salud. Programa de Acceso a la Atención de Salud a Personas Inmigrantes. Santiago, MINSAL, 2014.
59. Mosquera Vivar, Ximena. Evaluación de la satisfacción con el sistema de atención de salud de hombres y mujeres migrantes provenientes de Perú, Ecuador, Colombia, Bolivia y Brasil que habitan en la región Metropolitana. Tesis de Grado para obtener el Título de Magíster en Salud Pública y Sistemas de Salud. Santiago, Universidad Mayor, 2011.
60. Municipalidad de Quilicura. Plan de Acogida y Reconocimiento de Migrantes y Refugiados. Santiago, Oficina de Migrantes y Refugiados – OIM, 2014.
61. Muñoz Cabrera, Patricia. Violencias Interseccionales: Debates feministas y marcos teóricos en el tema de pobreza y violencia contra las mujeres en Latinoamérica. Tegucigalpa, Central American Women's Network, 2011.
62. Naciones Unidas. Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Serie de Tratados, vol. 2225, p. 209. Naciones Unidas, Nueva York, 2000.
63. Naciones Unidas. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Serie de Tratados, vol. 660, p. 195. Naciones Unidas, Nueva York, 1966.

64. Naciones Unidas. Convención Internacional sobre la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares. Serie de Tratados, vol. 2220, p. 3; Doc. A/RES/45/158. Naciones Unidas, Nueva York, 1990.
65. Naciones Unidas. Convención sobre el Estatuto de Refugiados. Serie de Tratados, vol. 189, p. 137. Naciones Unidas, Ginebra, 1951.
66. Naciones Unidas. Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer. Serie de Tratados, vol. 1249, p. 13. Naciones Unidas, Nueva York, 1979.
67. Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño. Serie de Tratados, vol. 1577, p. 3. Naciones Unidas, Nueva York, 1989.
68. Naciones Unidas. Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. [en línea] < <http://www.un.org/es/documents/udhr/> > [consulta: 04 mayo 2015].
69. Naciones Unidas. Proclamación de Teherán. Conferencia Internacional de Derechos Humanos reunida en Teherán el 13 de mayo de 1968. ONU Doc. A/CONF.32/41, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por medio de la Resolución 2442 (XXIII) de 19 de diciembre de 1968. [en línea] <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1290>> [consulta: 10 mayo 2015].
70. Naciones Unidas. Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, adicional a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Serie de Tratados, vol. 2241, p. 507; Doc. A/55/383. Naciones Unidas, Nueva York, 2000.
71. Naciones Unidas. Protocolo para Prevenir, Suprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, adicional a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Serie de Tratados vol. 2237, p. 319; Doc. A/55/383. Naciones Unidas, Nueva York, 2000.
72. Naciones Unidas. Resolución 32/130, ONU Doc. A/32/423. Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su trigésimo segundo periodo de sesiones, con fecha 16 de diciembre de 1977. [en línea] < <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/32/130> > [consulta: 08 mayo 2015].
73. Navarro Beltrán, Enrique. Tratados y Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno. Trabajo presentado en las XLII Jornadas de Derecho Público. Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 22 y 23 de noviembre de 2012. [en línea]

<<http://www.jornadasdederechopublico2012.pucv.cl/recibidos/navarro.pdf>>
[consulta: 14 mayo 2015].

74. Nussbaum, Martha. 1997. Capabilities and Human Rights, Fordham Law Review 66(2).
75. Nussbaum, Martha y Amartya Sen. The quality of life. Oxford, Oxford University Press, 1993.
76. Nussbaum, Martha. Capabilities as Fundamental Entitlements: Sen and Social Justice. En: Feminist Economics 9(2-3): 33-59, 2003.
77. Nussbaum, Martha y Amartya Sen (comp.). La calidad de vida. México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1998.
78. Oberman, Kieran. Immigration as a Human Right. Just World Institute (JWI), working paper series n° 013/03. Edinburgh, Edinburgh University - JWI, 2013. [en línea]<http://www.sps.ed.ac.uk/jwi/research/working_papers/kieran_oberman,_immigration_as_a_human_right> [consulta: 26 mayo 2015].
79. O'Donnell, Daniel. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal y americano. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Bogotá, OHCHR, 2004, p. 56.
80. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Preguntas frecuentes sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Folleto Informativo N° 33. Naciones Unidas, Ginebra, 2009, p. 16. [en línea] <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS33_sp.pdf> [consulta: 18 abril 2015]
81. Organización de Estados Americanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos, de fecha 22 de noviembre de 1969. San José de Costa Rica, OEA, 1969.
82. Organización de Estados Americanos. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Adoptada en la Novena Conferencia Internacional Americana de Bogotá, el 30 de abril de 1948. Serie: Novena Conferencia Americana, Bogotá, 1948. Acta y Documentos, p. 297. [en línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>> [consulta: 05 mayo 2015].
83. Organización Internacional del Trabajo. Convenio N° 100 relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, en vigor desde el 23 de mayo de 1953.

84. Organización Internacional del Trabajo. Convenio N° 143 sobre las Migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los Trabajadores Migrantes, en vigor desde el 09 de diciembre de 1978.
85. Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Fundamentos de Gestión para la Migración, vol. III, sección 3.12, p.6. [en línea] <http://www.crmsv.org/documentos/iom_emm_es/v3/v3s12_cm.pdf> [consulta: 15 abril 2015].
86. Organización Mundial de la Salud (OMS). Argumentando sobre la Cobertura Sanitaria Universal. Suiza, OMS, 2013.
87. Parra Vera, Oscar. El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad. En: Courtis, Christian. Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 2006, pp. 53 – 78.
88. Peces-Barba, Gregorio. Derechos Fundamentales. En: Revista Jurídica de Castilla – La Mancha (2): 7 – 34, 1987.
89. Pinto, Mónica. El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En Abregu, Martín (coord.). La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Buenos Aires, Ed. CELS- Editores del Puerto, 1997. [en línea] <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf>> [consulta: 22 abril 2015].
90. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Informe sobre desarrollo humano. Nueva York, PNUD, 1997.
91. Programa de las Naciones Unidas Para El Desarrollo. Informe de Desarrollo Humano en Chile. Género: los desafíos de la Igualdad. Santiago, PNUD, 2010.
92. Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Nueva York, 15 de noviembre de 2000, Serie de Tratados de Naciones Unidas, vol. 2241, p. 507; Doc. A/55/383.
93. Red sobre la Salud de Migrantes Indocumentados y Solicitantes de Asilo (HUMA). Are Undocumented Migrants and Asylum Seekers entitled to Access Health Care in the EU? HUMA, 2010. [en línea] < <http://www.epim.info/wp-content/uploads/2011/02/HUMA-Publication-Comparative-Overview-16-Countries-2010.pdf>> [consulta: 08 abril 2015].
94. República de España. 2012. Real Decreto-ley 16/2012. 20 de abril de 2012. “Medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones”. [en línea] <

- http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rdl16-2012.html> [consulta: 04 mayo 2015].
95. Salazar Pizarro, Sebastián. Fundamentación y estructura de los derechos sociales. En: Revista de Derecho (Valdivia) 26(1):69 – 93, 2013.
 96. Salinas, Carlos. El reconocimiento del matrimonio religioso en el derecho positivo del Estado de Chile: un viejo tema aún pendiente. En: Revista de Derecho (Valdivia) 23(1):59 – 78, 2010.
 97. Salles, Vania y Rodolfo Tuirán. ¿Cargan las mujeres con el peso de la pobreza?: Puntos de vista de un debate. Cuadernos de Desarrollo Humano, 2002-7. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Guatemala, Sistema de Naciones Unidas, 2003.
 98. Schiappacasse, Paulina. Segregación residencial y nichos étnicos de los inmigrantes internacionales en el Área Metropolitana de Santiago. En: Revista de Geografía Norte Grande (39): 21- 38, 2008.
 99. Sen, Amartya. Equality of What? The Tanner Lecture on Human Values. Stanford University, 1979.
 100. Sen, Amartya. Inequality Reexamined. Oxford, Clarendon Press, 1992.
 101. Sen, Amartya. Development as freedom. New York, Knopf, 1999.
 102. Sen, Amartya. The idea of justice. Cambridge, Harvard University Press, 2011.
 103. Sepúlveda, Magdalena. The nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Intersentia, Amsterdam, 2003.
 104. Sistema de Naciones Unidas. Carta de las Naciones Unidas. San Francisco, 24 de octubre de 1945, 1 UNTS XVI). [en línea] <<http://www.un.org/es/documents/charter/chapter1.shtml>> [consulta: 04 mayo 2015].
 105. Stanciole, Anderson y Manfred Huber. Access to Health Care for Migrants, Ethnic Minorities, and Asylum Seekers in Europe. Policy Brief May 2009. Viena, European Center for Social Welfare Policy and Research, 2009. [en línea] <http://www.euro.centre.org/data/1254748286_82982.pdf> [consulta: 16 mayo 2015].
 106. Stefoni, Carolina. Perfil Migratorio de Chile. Santiago, OIM, 2011.

107. Stefoni, Carolina. Mujeres inmigrantes peruanas en Chile. En: Papeles de Población 8(33):117-145, julio-septiembre, 2002.
108. Villa, Miguel y Jorge Martínez. Rasgos sociodemográficos y económicos de la migración internacional en América Latina y el Caribe. En: Capítulos del SELA (Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe) 65: 26-67, mayo-agosto, 2002.
109. Zamora Valdés, Patricia. Salud sexual y reproductiva de las Mujeres Migrantes Internacionales Latinoamericanas en Santiago. Memoria para optar al Título Profesional de Socióloga, Universidad de Chile, 2009.
110. Zelada Galdámez, Liliana. Algunos criterios del Tribunal Constitucional sobre el estatuto jurídico de las personas extranjeras en Chile. En: Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política 5 (3): 120, 2014.
111. Zlotnik, Hania. The Global Dimensions of Female Migration. MigrationPolicyInstitute, 2003. [en línea] <<http://www.migrationpolicy.org/article/global-dimensions-female-migration>> [consulta: 08 mayo 2015].
112. Zúñiga Fajuri, Alejandra. El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la constitución: una relación necesaria. En: Estudios constitucionales 9(1): 37-64, 2011.
113. Zúñiga Urbina, Francisco. Derechos económicos, sociales y culturales: apuntes acerca de la naturaleza y justiciabilidad de los derechos fundamentales. En: Pensamiento Constitucional 13(13):329-356, 2012.
114. Zúñiga Urbina, Francisco. El estatus constitucional de extranjeros. Notas acerca de derechos fundamentales y expulsión de extranjeros. En: Revista de Derecho Universidad de Concepción (203):301 - 330, enero-junio, 1998.