

DERECHO A LA SALUD DE LOS MIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR EN CHILE

María Ignacia Sandoval Gallardo¹

INTRODUCCIÓN

El derecho a salud, como derecho fundamental, constituye un derecho complejo en que existen varios elementos que se relaciona entre sí, como el derecho que tiene las personas de no sufrir daño en su salud, ya sean provocados por terceros, sean de personas naturales o jurídicas, públicas o privadas; derecho a que el Estado promueva una serie de medidas y políticas de protección y promoción de la salud pública, medio ambiente y seguridad social y la creación de condiciones para que la salud no sea amenazada y el derecho de asistencia sanitaria². Lo anterior implica la existencia de políticas públicas que tomen en consideración factores determinantes como lo son los políticos, económicos y sociales³. Ahora bien, también, queda claro que el derecho a la salud para su consumación requiere de otros derechos fundamentales, sin los cuales difícilmente puede concretarse y permitir a la persona humana el pleno goce de sus derechos humanos.

Al afirmar que los derechos sociales, no son derechos subjetivos, y que por ende no serían justiciables, significa desconocer la interdependencia e indivisibilidad de los derechos, generando un quiebre en la protección de la dignidad humana⁴. Cabe agregar lo sostenido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su Observación General N°9, estableció que el entender a los derechos económicos, sociales y culturales desde una perspectiva rígida que los dejara fuera de la justiciabilidad en el ámbito de los tribunales sería contrario a los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos⁵.

Este derecho humano representa ciertas dificultades en su ejercicio para la población migrante, especialmente, la que se encuentra en una situación irregular debido a ciertos requisitos que les impiden el acceso, lo cual conllevan una denegación de este derecho, y consecuentemente una vulneración del mismo.

Este trabajo tiene por objetivo analizar la normativa vigente migratoria y la propuesta por el gobierno en el Proyecto de ley de Migración y Extranjería, y determinar si se cumplen con los estándares mínimos de la Corte Interamericana en materia de derecho a la salud.

¹ Abogada, Magister en Derecho Constitucional, Universidad de Talca.

² BARBOSA (2015) p. 223.

³ SOUZAD'ÁVILA (2017), p. 17.

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

⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación General N°9 "La aplicación interna del Pacto", 1998, párrafo 10.

1. ACCESO A LA SALUD DE LOS MIGRANTES IRREGULARES EN CHILE

En cuanto al ejercicio de este derecho es necesario referirse a la vulnerabilidad del migrante, que es lo que los sitúa en una situación eventual de afectación de derechos. Los migrantes constituyen un grupo vulnerable debido a su fragilidad nacional y social que los coloca en un estado de falta de poder en comparación con la población no migrante, esta situación específica de vulnerabilidad aumenta tratándose de migrantes irregulares, ya que se encuentran en un contexto de mayor fragilidad jurídica, lo que conlleva un deber de protección reforzado por parte del Estado⁶.

Si bien en general la población migrante está en una situación de vulnerabilidad, son los migrantes en situación irregular los que ven sus derechos fundamentales en mayor medida afectados. Lo anterior se debe a las deficiencias de la legislación vigente en materia de migración, donde al migrante no se le trata como un sujeto de derechos, existiendo una evidente distancia entre nuestro ordenamiento interno y los estándares internacionales⁷.

Entenderemos por derecho a la salud *“como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades”*⁸.

Doctrinariamente se ha entendido por salud *“como el mero estado de normalidad orgánica y funcional”*, para otros no solamente consiste en la falta de enfermedad sino que es un concepto más amplio, que comprende un completo bienestar físico, psicológico y social⁹. La salud, por lo tanto, no se limitaría a la recuperación y rehabilitación de la enfermedad, sino que conlleva también acciones encaminadas a mejorar la calidad de vida¹⁰. Agreguemos que el derecho a la salud *“exige un protocolo público de especificación de las condiciones de necesidad médica que dan acceso a las prestaciones de salud, de modo que todos tengan el mismo acceso a las prestaciones según sus necesidades”*¹¹. También puede definirse *“como las garantías que entrega la autoridad pública para el acceso a sus ciudadanos de manera universal a los bienes y servicios que tienen por finalidad la promoción, prevención, curación, rehabilitación o cuidados paliativos en salud en condiciones oportunas, de calidad, con protección financiera y con satisfacción de los usuarios”*¹².

⁶ESTUPIÑAN-SILVA (2014), pp. 212, 217 y 218. También REYES (2014), p. 63.

⁷BASSA y MERCADO (2015), p. 108.

⁸WorldHealthOrganization, 1948, disponible en: <http://www.who.int/about/mission/en/> El derecho a la salud se encuentra consagrado en diversas normas internacionales como en la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 12; Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 24, entre otras.

⁹SQUELLA (2005), p. 125.

¹⁰FIGUEROA (2013), p. 290.

¹¹SALGADO (2015), p. 415.

¹²URRIOLA (2016), p. 3. Disponible en: <http://www.chile21.cl/wp-content/uploads/2014/05/CI-septiembre.pdf>

Desde la perspectiva constitucional del derecho a la salud se encuentra consagrado en el artículo 19 N°9, tiene las siguientes características: primero que todo de su redacción se desprende que la protección a la salud puede ser apreciada desde dos dimensiones, como el derecho de acceso a la salud y por otra parte como una garantía de que la persona no sufrirá enfermedades evitables¹³. Es esta doble dimensión la que indica su carácter de derecho social, el Tribunal Constitucional ha aludido a esa calidad en dos ocasiones, indicando que se trata de un derecho que forma parte de la dignidad humana y que el Estado está obligado a respetarlo, quedando a lo sumo suspendido hasta que el Estado pueda cumplirlo¹⁴. Agrega el Tribunal Constitucional que “el deber público es una conducta impuesta en interés general o de la colectividad” además ha afirmado el rol subsidiario del sector privado¹⁵. Otra característica del derecho a la salud consagrado en la Carta Fundamental es que las personas tendrán la facultad de elegir el sistema de salud al que deseen acogerse sea estatal o privado, garantizando el derecho a elegir y no la existencia de varios sistemas¹⁶. La existencia de un sistema público (Fonasa) y privado (Isapres) genera una segmentación de la demanda y falta de solidaridad entre el sistema privado y público y finalmente se puede señalar la limitada exigibilidad judicial directa del derecho a la salud, ya que debido a su conexión con otros derechos civiles y políticos, como el derecho a la vida, ha primado la exigibilidad indirecta del derecho a la salud en sus inicios, ahora en razón de las Garantías Explícitas de Salud se han generado avances en la exigibilidad directa¹⁷.

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

¹³ALLARD (2016), p. 108.

¹⁴NANCUANTE, ROMERO y SOTOMAYOR (2012), pp. 19 y 20.

¹⁵Tribunal Constitucional, Rol N° 1710, de 6 de agosto de 2010, c. 120 y 121. Ver ALLARD (2016), p. 109.

¹⁶NANCUANTE, ROMERO y SOTOMAYOR (2012), pp. 24 y 25.

¹⁷ALLARD (2016), pp. 110 a 114.

En cuanto a las políticas migratorias chilenas, el año 2008 se inició una política de integración emanada de Instructivo presidencial N° 9¹⁸. Dicho instructivo tiene como base cuatro ejes para enfocar la acción gubernamental frente a la migración: 1) Chile es un país de acogida, entiendo por lo tanto, una apertura a las migraciones con intención de establecerse de manera indefinida o temporal, incluyendo a las personas desplazadas y refugiados; 2) integración de los migrantes, aceptación del migrante dentro de la sociedad especialmente respetando su cultura; 3) procesos de integración regional, a través de acuerdos bilaterales o multilaterales, en razón de que la migración es una responsabilidad compartida; 4) capacidad de regulación y administración, implica el establecimiento de marcos jurídicos de migración que protejan a las personas¹⁹. Los principios que informan la política migratoria son: a) Residencia y libertad de circulación; b) libertad de pensamiento y de conciencia; c) acceso a la residencia en condiciones igualitarias y debidamente informadas; d) acceso a la justicia; e) integración y protección social de los inmigrantes, en especial en temas de educación, salud y trabajo; f) respeto de los derechos laborales de los trabajadores extranjeros; g) no discriminación; h) regularidad de los flujos migratorios; i) reunificación familiar; j) participación ciudadana en la gestión migratoria²⁰.

Esto fue el primer paso para lograr la integración e inclusión de la población migrante, es del caso indicar que para lograr esto existen ciertas resoluciones del Ministerio de Salud que especifican los derechos a ciertos grupos de migrantes como el Ordinario N° 2251 del año 2009 referidos a la atención en la red pública de inmigrantes con credencial Fonasa, con permiso de residencia en trámite²¹. En año 2014 se retomaron las iniciativas administrativas en materia de salud.

El Ministerio de Salud a través de la Circular A 15 N°6 del 9 de junio de 2015, establece que la atención de salud se proveerá independientemente de si existe o no tramitación de algún permiso de residencia. Es decir, los establecimientos públicos de salud prestarán atención a los migrantes irregulares en los siguientes casos: mujeres embarazadas, durante este, el parto y post parto, hasta los 12 meses después de éste y los menores de 18 años. Con posterioridad en el año 2016 se dictó una nueva circular por parte del Ministerio de Salud, que establece instrucciones para la aplicación de la circunstancia N° 4 del Decreto Supremo N° 110 de 2005 que dice: 4° *“Tratarse de una persona inmigrante que carece de documentos o permisos de residencia, que suscribe un documento declarando su carencia de recursos”*²².

¹⁸ Departamento de Extranjería y Migración, disponible en: <http://www.extranjeria.gob.cl/acciones-de-integracion/> . Véase también en este sentido Ministerio de Salud, disponible en: <http://web.minsal.cl/sites/default/files/files/ATENCION%20DE%20SALUD%20A%20POBLACION%20INMIGRANTE%20NO%20REGULADA%20APS.pdf>

¹⁹ Instructivo presidencial que imparte instrucciones sobre la “Política Nacional Migratoria”, N°09 de 2 de septiembre de 2008, disponible en: <http://transparenciaactiva.presidencia.cl/Otros%20Antecedentes/16.-%20Inst.%20N%20%209.pdf>

²⁰DÍAZ (2015), pp. 54 y 55.

²¹ Biblioteca del Congreso nacional (2012), Informe sobre Salud e inmigración. Derecho comparado, de 18 de octubre de 2012.

La circular N° A 15/04, de 13 de junio de 2016 señala como ámbito de aplicación a los migrantes que carezcan de algún permiso de residencia y que no hayan regularizado su situación migratoria, por lo tanto quedan fuera de la aplicación de esta norma los migrantes en situación regular. Con respecto a los migrantes irregulares, en el caso de niños, niñas y adolescentes hijos de padres en situación irregular pueden acceder por sí mismos al sistema. Hay que precisar que en relación a las mujeres embarazadas hasta 12 meses después del parto y niños menores de 6 años, no necesitan ampararse directamente en esta circunstancia, ya que tienen acceso universal al sistema²³. En torno a los beneficios que comprende indica, entre otros, vacunas, prestaciones de salud sexual y reproductiva, alimentación complementaria, prestaciones en materia de enfermedades transmisibles y educación sanitaria. Además, consagra que en ningún caso se puede denegar ni condicionar la atención de salud de urgencia a migrantes irregulares, ya sea en centros de atención primaria u hospitales, siendo igualmente aplicable dicha instrucción para la primera atención en centros de atención primaria y secundarias no urgentes. Agrega que en caso de urgencia vital siempre deberá prestarse el servicio de salud.

Lo descrito es la situación actual en materia de acceso a la salud de la población migrante en situación irregular. En necesario hacer mención el actual proyecto de ley que se encuentra en discusión en el Congreso, el cual dentro de su articulado contempla el derecho a la salud.

En este sentido primero haremos mención del artículo propuesto por el ejecutivo: *“Acceso a la salud.-Los residentes, ya sea en su calidad de titular o dependientes tendrán acceso a la salud en igualdad de condiciones que los nacionales, sin perjuicio de los requisitos especiales que el ordenamiento jurídico establezca para determinados casos y de lo dispuesto en el inciso siguiente. En relación con las prestaciones de salud financiadas en su totalidad con recursos fiscales, respecto de las cuales no se establezcan, en forma directa o indirecta, requisitos de acceso que involucren una cierta permanencia mínima en el país, se entenderá que sólo tendrán derecho a ellas aquellos Residentes titulares o dependientes que hayan permanecido en éste, de manera continua, por un período mínimo de 2 años, Sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior, el Estado garantizará a todo extranjero, incluyendo aquellos que se encuentren en Condición Migratoria Irregular, la atención de salud a menores; de embarazo, parto y puerperio; y de urgencia, todo ello, en establecimientos de su dependencia.*

Asimismo, estarán afectos a todas las acciones de salud establecidas en el Código Sanitario, en resguardo de la salud pública, al igual que los nacionales”²⁴.

²² Fue agregada por medio del Decreto Supremo N°67, Ministerio de Salud, del año 2105, lo que permite que los migrantes sean beneficiarios del sistema de prestaciones de salud, según lo dispuesto en el art. 136, letra e), del D.F.L. N° 1 del año 2005, del Ministerio de Salud.

²³ Cabe señalar que este grupo tiene acceso a una visa especial para regularizar su situación migratoria, en el caso de los menores de edad es válida hasta que cumplan 18 años.

²⁴Proyecto de ley de Migración y Extranjería, Boletín N° 8970-06, artículo 11, 4 junio 2013 https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9377&prmBoletin=8970-06

En cuanto al artículo propuesto por el ejecutivo cabe decir; a) Establece una clara distinción ente migrante en situación regular e irregular, ya que señala que los primeros podrán ejercer el derecho a la salud en igualdad de condiciones que los nacionales. Claramente esta distinción está basada en la sola circunstancia de tener un permiso de residencia vigente; b) En caso de los migrantes en situación irregular restringe los servicios de salud a los cuales pueden acceder, restringiendo su acceso solo a servicios de salud público; c) El artículo propuesto contraviene las normas infra constitucionales establecidas en la materia que constituyen un avance en materia de protección del derecho a la salud.

La comisión de Gobierno interior, finalmente aprobó el artículo de esta manera: *“Derecho al acceso a la salud. Los extranjeros residentes o en condición migratoria irregular, ya sea en su calidad de titular o dependientes, tendrán acceso a la salud conforme a los requisitos que la autoridad de salud establezca, en igualdad de condiciones que los nacionales.*

Todos los extranjeros estarán afectos a las acciones de salud establecidas en conformidad al Código Sanitario, en resguardo de la salud pública, al igual que los nacionales”²⁵.

Los comentarios que se generan a partir de la norma aprobada son los siguientes: a) En primer lugar, la regulación de un derecho quedará en manos de una autoridad administrativa, la que podría incurrir en un alto nivel de discrecionalidad, llevando inclusive a establecer requisitos de acceso para la población migrante no regulada; b) Esta norma no contempla la vulnerabilidad del migrante al momento de ejercer este derecho, parte de la base que los nacionales y extranjeros se encuentran en una situación de igualdad, que desde la perspectiva material no sería así; c) Respecto de la población migrante en situación irregular podría eventualmente existir una discriminación estructural, entendiendo por tal aquellaque *“incorpora datos históricos y sociales que explican desigualdades de derecho (de jure) o de hecho (de facto), como resultado de una situación de exclusión social o de sometimiento de grupos vulnerables por otros, en forma sistemática y debido a complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias”²⁶.*

Por lo que cabe señalar que existen estándares de discriminación estructural: a) Existencia de un mismo grupo afectado con características comunes, pudiendo ser una minoría; b) que el grupo sea vulnerable, marginalizado, excluido o se encuentre en una desventaja irrazonable; c) que la discriminación tenga como causa un contexto histórico, socioeconómico y cultural; d) que existan patrones sistemáticos, masivos o colectivos de discriminación en una zona geográfica determinada, en el Estado o en la región; e) que la política, medida o norma de jure o de facto sea discriminatoria o cree una situación de desventaja irrazonable

²⁵ Cámara de Diputados, Comisión de Gobierno Interior, Nacionalidad, Ciudadanía y Regionalización, sesión N° 22, 11 julio 2018 <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=54976&prmTIPO=ACTACOMISION>

²⁶PELLETIER (2014), p. 207.

al grupo, sin importar el elemento intencional²⁷. Constituyendo el concepto de discriminación una noción destinada a proteger a aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

2. ESTANDARES INTERAMERICANOS EN MATERIA DEL DERECHO A LA SALUD.

Para la concretización del derecho a la salud debe existir un acceso equitativo e igualitario a la información, a la educación, servicios de salud y otros derechos fundamentales como la vivienda. Se requiere como presupuesto de la realización de la salud que todas las personas, de manera igualitaria, pueden tener acceso a medicina recuperativa, paliativa y preventiva en igualdad de condiciones. Es en esta presupuesta igualdad inicial, al momento de acceder, es donde encontramos el primer problema, ya que, en el proceso de concretar el derecho a la salud, y dada su complejidad, encontramos la existencia de desigualdades²⁸.

En torno a las desigualdades de acceso podemos decir que existen diversos factores que restringen el acceso a salud, lo que en definitiva significa una negación de este derecho fundamental²⁹. Cuando se habla de desigualdades se hace alusión al impacto que tiene en la distribución de salud y enfermedad factores tales como riqueza, educación, ocupación, grupo racial o étnico, residencia rural o urbana y las condiciones sociales en el lugar que se vive o trabaja³⁰. Dentro de los factores determinantes de desigualdad en materia de salud tenemos: a) acceso a los servicios de salud; b) organización del sistema, en el sentido de la existencia de segmentación que establece condiciones de acceso, la utilización poco eficiente de los recursos; c) calidad del servicio, especialmente en lo que dice relación con el trato médico y el paciente y adiestramiento y disponibilidad del equipo profesional; d) discriminación en el sistema de salud, exclusión de grupos específicos de personas; e) forma de organizar las intervenciones y asignar los recursos para su realización; f) oportunidad del acceso al servicio, contar con la información necesaria para una adecuada comprensión del proceso salud y enfermedad; g) sensibilidad cultural, tener presente el idioma y valores culturales³¹.

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

El principio de no discriminación, respecto del derecho de salud, constituye la matriz de esta facultad inherente a la persona que conlleva la obligación estatal de

²⁷PELLETIER (2014), p. 215.

²⁸SOUZAD'ÁVILA (2017), p. 18.

²⁹FLORES (2012), p. 183.

³⁰FLORES (2012), p. 182.

³¹FLORES (2012), p. 184.

garantizar de manera equitativa el cuidado a la salud a toda persona, independientemente de su nacionalidad, situación migratoria o residencia. Es decir, la no discriminación implica que todos tengan derecho en igualdad de condiciones y con las mismas libertades, teniendo el Estado el deber de abstenerse de denegar o limitar el acceso a todas las personas, incluidos los migrantes en situación irregular, a servicios de salud curativos, preventivos y paliativos³². El Estado no puede establecer políticas públicas de salud que signifiquen una vulneración a la no discriminación e igualdad, ya sea jurídicamente o de facto, que permitan la existencia de circunstancias que implique que cualquier persona se encuentre en una desventaja para obtener el máximo potencial en su salud³³. Además, respecto de este derecho social es pertinente tener presente los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad que nos dan a entender que los derechos son dinámicos³⁴.

La Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, fija cuatro dimensiones en términos de accesibilidad: acceso sin discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica y accesibilidad a la información. La accesibilidad sin discriminación y los niveles esenciales de la salud generan obligaciones de efecto inmediato, las cuales comprenden: a) garantizar el acceso basado en la no discriminación, en especial a los grupos vulnerables o marginados; b) obligaciones de prioridad comparable en materia de accesibilidad la educación en materia de salud e información en torno a los problemas de salud que pueden afectar a la comunidad, como a su vez, de los métodos para combatir y prevenir dichas enfermedades; c) en cuanto a obligaciones de respeto en materia de accesibilidad tenemos la abstención de denegar o limitar el acceso igualitario de todas las personas a los servicios de salud preventivo, curativos y paliativos, abstención de establecimiento de políticas estatales discriminatorias, abstención de establecer prácticas discriminatorias contra la mujer y salud, lo anterior también se relaciona con la limitación al acceso a anticonceptivos y otros medios de mantención de la salud sexual y genésica, abstención de censurar, ocultar o desvirtuar información relacionada con la salud y abstenerse de limitar el acceso a los servicios de salud como medida punitiva; d) obligaciones de protección, velar por que las prácticas sociales nocivas no afecten el acceso anterior y posterior al parto como a la planificación familiar, velar porque terceros no limiten el acceso a las personas en cuanto a la información y a los servicios de salud; e) obligaciones de cumplir, velar por el acceso igual de todos a los factores determinantes básicos de la salud, organización de campañas de información y difusión en materia de salud³⁵.

De la jurisprudencia de la Corte Interamericana emanan los siguientes estándares en torno al derecho a la salud, en su contenido podemos distinguir tres aspectos: *“a) el deber de los Estados de establecer un marco normativo adecuado, y que*

³²CERIANI, LEVOY y KEITH (2015), p.24.

³³LAVADOS y GAJARDO (2008), p. 209. Con respecto a la cláusula de no discriminación ver FERRER (2012), p. 171.

³⁴SERRANO (2013), p. 131.

³⁵PARRA (2003), pp. 232 a 234.

*asegure un mínimo de garantías; b) la necesidad de dotar a los servicios de un estándar de disponibilidad y calidad, conformes con la tutela de la salud de los sujetos; y c) la obligación de efectuar una inspección, vigilancia y control en la prestación de servicios de salud, sean públicos como privados*³⁶. En este sentido las prestaciones mínimas de salud deben contener: a) En lo que concierne a los servicios: debe tratarse de prestaciones de salud de calidad, cuya accesibilidad sea universal; b) los servicios de salud deben ser prestados por profesionales capacitados y cualificados; c) en relación a las instituciones de salud, éstas deben tener una infraestructura apta y condiciones higiénico-sanitarias adecuadas; d) existencia de mecanismos de fiscalización e inspección a los prestadores de salud, sean públicos o privados; e) establecimiento de procedimientos para investigar cualquier irregularidad o vulneración al derecho, resolver quejas, e imponer sanciones disciplinarias, como asimismo la existencia de procedimientos jurisdiccionales, como a su vez la tipificación penal de mala praxis médica³⁷.

La Corte ha utilizado diferentes interpretaciones del derecho a la salud desde la perspectiva internacional, entre ellas la Observación General N° 14 del Comité de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, cuando señala que el derecho a la salud *“comprende un sistema de protección de la salud que brinde a todos iguales oportunidades para disfrutar del más alto nivel posible de salud; el derecho a la prevención y el tratamiento de las enfermedades y la lucha contra ellas; el acceso a medicamentos esenciales; la salud materna, infantil y reproductiva; el acceso igual y oportuno a los servicios básicos de salud; el acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud; la participación de la población en el proceso de adopción de decisiones en cuestiones relacionadas con la salud a nivel comunitario y nacional*³⁸.

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

CONCLUSIONES

Como primera conclusión sostendremos que tanto la normativa vigente como la propuesta en el Proyecto de Ley de Migración y Extranjería son deficientes en el cumplimiento de estándares interamericanos. Esto lo sostenemos a partir de los requerimientos de concretización del derecho a la salud, que exigen un acceso universal, tanto en medicina preventiva, curativa, paliativa y mental. Otro aspecto deficiente es la falta de justiciabilidad que existe para proteger el derecho a la

³⁶GARAT (2015), p. 71.

³⁷GARAT (2015), p. 72.

³⁸ROBLES (2016), p. 206.

salud, ya que no existe en la normativa vigente ni en la propuesta recurso efectivo que garantice su protección.

Otro punto que es la norma propuesta nada dice en torno a la situación de vulnerabilidad del migrante, en especial respecto del migrante en situación irregular, ya que esta prescindencia podría afectar la igualdad material en el ejercicio del derecho a la salud, que afectaría finalmente su derecho a vivir una vida digna.

Especial mención merece ser realizada en torno a la regulación de un derecho por parte de la autoridad sanitaria, ya que podrían darse situaciones de discriminación estructural al verse facultados a establecer requisitos para acceder a la salud.

Finalmente, cabe recordar que el Estado chileno tiene obligaciones internacionales que debe cumplir, en especial con el deber reforzado de protección que tiene respecto de las personas en situación de vulnerabilidad para asegurar la igualdad material.

BIBLIOGRAFIA

ARTÍCULOS

- Allard Soto, Raúl; Hennig Leal, Mônia Clarissa; Galdámez Zelada, Liliana (2016): "El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario", en *Estudios Constitucionales* (año 14, N°1), pp. 95-138.

- Barbosa Ramos, Edith María; Barbosa Ramos, Paulo (2015): "Direito á saúde, teorias negadoras, loteria e mínimo decente", en *III Encontro de Internacionalização do CONPEDI*, Madrid, pp. 201-225.

- Bassa Mercado, Jaime y Torres Villarrubia, Fernanda (2015): "Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios", en *Estudios Constitucionales*, (año 13, N°2), pp. 103-124.

- Castillo, Fernando (2011): "Conferencia derecho a la salud", en *XV Jornadas de Derecho Constitucional Centros de Estudios y Formación Constitucional de Centro América y Caribe*, [fecha de consulta: 30 de septiembre 2018]. [Disponible en: <https://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/images/cefcca/Documentos/Derechoalasalud/CONFERENCIADERECHOALASALUD.pdf>]

- Díaz Tolosa, Regina (2015): "La política migratoria chilena en contraste con las recomendaciones de las relatorías especiales de las Naciones Unidas", en *Revista de Estudios Políticos y Estratégicos* (Vol.3, N°1), pp. 42-62.

- Estupiñan-Silva, Rosmerlin (2014): "La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología", [fecha de

consulta: 30 de septiembre de 2018]. [Disponible en: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhpp_pdf/DHPP_Manual_v3.193-232.pdf]

- Ferrer Mac-gregor, Eduardo- Pelayo Möller, Carlos María (2012): “La obligación de respetar y garantizar los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana Análisis del artículo 1° del Pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano”, en *Estudios Constitucionales* (año 10, N°2), pp. 141- 192.

- Figueroa García- Huidobro, Rodolfo (2013): “El derecho a la salud”, en *Estudios Constitucionales* (año 11, N°2), pp. 283-332.

- Flores- Sandí, Gretchen (2012): “Gestión de la accesibilidad y derecho a la salud”, en *Acta Médica Costarricense* (vol. 54, N°3), pp. 181-188.

-Garat, María Paula (2015): “El tratamiento del derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista de Derechos Segunda Época* (año 10, N°11), pp. 59-79.

- Lavados Montes, Claudio y Gajardo Ugás, Alejandra (2008): “El principio de justicia y la salud en Chile”, en *Acta Bioethica* (Vol. 14, N°2), pp. 206-211.

- Nogueira Alcalá, Humberto (2009): “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, en *Estudios Constitucionales* (Año 7, N°2), pp. 143-205.

- Pelletier Quiñones, Paola (2014): “La discriminación estructural en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista IIDH* (vol. 60), pp. 205-215.

- Salgado, Consuelo (2015): “Derechos Sociales, protección de la salud e interpretación constitucional”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (año 22, N°1), pp. 401-432.

- Serrano, Sandra (2013) “Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos”, *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fundación Konrad Adenauer, pp. 90-132.

- Souza d’Ávila, Luciana; Rafisa Saliba, Graciane (2016): “A efetivação do direito à saúde e sua interface com a justiça social”, en *Revista de Direito Sanitário Sao Paulo* (Vol. 17, N°3), pp. 15-38.

- Reyes Valenzuela, Carlos (2014): “Migrantes en permanencia irregular: hacia una constitucionalidad en derechos humanos”, en *Bajo Palabra Revista de Filosofía*, (época II, N°9), pp. 63-71.

- Robles Garza, Magda Yadira (2016): “El derecho a la salud en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Cuestiones Constitucionales* (N°35), pp. 199-246.
- Squella, Agustín (2005): “El derecho a la salud como uno de los derechos fundamentales de las personas”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (N°23), pp. 103-133.
- Urriola Urbina, Rafael (2016): “La salud como derecho: alcances conceptuales y operativos”, en *Colección de Ideas*, [fecha de consulta: 3 de octubre 2018]. [Disponible en: <http://www.chile21.cl/wp-content/uploads/2014/05/Cl-septiembre.pdf>]

LIBROS

- CerianiCernadas, Pablo; LeVoy, Michele; Keith, Lilana (2015): Human Rights Indicators for migrants and their families, Knomad working paper 5, [consulted on: April 13 of 2017]. [Available on: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/Indicators/WP5_en.pdf]
- Nancuante, Ulises; Romero, Andrés; Sotomayor, Roberto (2012): *Régimen jurídico de la salud* (Santiago, Legal Publishing Chile).
- Parra Vera, Óscar (2003): *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, (Bogotá). [Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/27803.pdf>]

DOCUMENTOS

- Biblioteca del Congreso Nacional (2012): “Salud e Inmigración. Derecho comparado”, de 18 de octubre de 2012.
- Cámara de Diputados, Boletín N° 8970-06, ingreso 4 junio 2013, [fecha consulta: 27 de noviembre 2018]. [Disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9377&prmBoletin=8970-06]
- Cámara de Diputados, Comisión de Gobierno Interior, Nacionalidad, Ciudadanía y Regionalización, Sesión N° 22, 11 de julio de 2018, [fecha consulta: 27 noviembre 2018]. [Disponible en: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=54976&prmTIPO=ACTACOMISION>]
- Instructivo presidencial que imparte instrucciones sobre la “Política Nacional Migratoria”, N°09 de 2 de septiembre de 2008, [fecha de consulta: 30 de septiembre 2018]. [Disponible en: <http://transparenciaactiva.presidencia.cl/Otros/%20Antecedentes/16.-%20Inst.%20N°%209.pdf>]

- Naciones Unidas (1998): Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N°9 “La aplicación interna del Pacto”, 3 de diciembre de 1998, E/C.12/1998/24.

JURISPRUDENCIA

- Rol N°1710 (2010): Tribunal Constitucional de 6 de agosto de 2010 (Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 38 Ter de la Ley de Isapres).

NORMAS JURÍDICAS

- Decreto con Fuerza de Ley N°69, que crea el Departamento de Inmigración y establece normas sobre la materia. Diario Oficial 8 mayo de 1953.
- Decreto con Fuerza de ley N°1 Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 2.763, de 1979, y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469. Diario Oficial 24 abril 2006.
- Decreto Supremo N° 67 Ministerio de Salud, sobre modificación al Decreto N° 110 de 2004, que fija circunstancias y mecanismos para acreditar a las personas como carentes de recursos o indigentes. Diario Oficial 10 marzo 2016.