



**ESTANDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS ECONOMICOS
SOCIALES Y CULTURALES EN RELACIÓN A MIGRANTES EN SITUACIÓN
IRREGULAR**

Derecho a la salud y seguridad social

CONSUELO NAVARRO PÉREZ

**Tesis para optar al grado de Magister Derecho Internacional de los Derechos
Humanos.**

Profesor guía: Felipe González Morales

**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES**

Santiago, Chile

2020

TABLA DE CONTENIDO/INDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	5
I. PROBLEMA JURÍDICO Y SU RELEVANCIA.....	5
II. PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN Y OBJETIVO.....	5
III. METODOLOGÍA	6
2. CONTEXTO MIGRATORIO ACTUAL.....	6
I. CONCEPTOS BÁSICOS SOBRE MIGRACIÓN.....	6
II. FLUJOS MIGRATORIOS EN LA ACTUALIDAD	7
III. CONTEXTO GENERAL DE LOS MIGRANTES EN LOS PAÍSES RECEPTORES	8
IV. ENFOQUE DE SEGURIDAD Y ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS EN LA MIGRACIÓN .	9
3. ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE MIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR EN RELACIÓN A LOS DERECHOS ECONOMICOS SOCIALES Y CULTURALES.	11
I) INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE MIGRACIÓN: IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN Y MIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR.....	11
<i>Declaración Universal de Derechos Humanos y Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre</i>	<i>11</i>
<i>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares</i>	<i>12</i>
<i>Convención Americana sobre Derechos Humanos y Convenio Europeo de Derechos Humanos.....</i>	<i>13</i>
II) IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN MATERIA DE MIGRACIÓN Y MIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR	14
III) DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: MIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR.	15
a) <i>Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y Comité DESC.</i>	<i>16</i>
b) <i>Obligaciones inmediatas y mínimas en materia de Derechos económicos, sociales y culturales.</i>	<i>18</i>
4. ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE MIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR EN RELACIÓN AL DERECHO A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL	18
4.1) DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL.....	18

i)	<i>Concepto y alcance derecho a la seguridad social</i>	19
ii)	<i>Acceso a la seguridad social de los migrantes en situación irregular</i>	20
iii)	<i>Marco jurídico y análisis estándares instrumentos internacionales en relación a la seguridad Social y migrantes en situación irregular.</i>	21
□	Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y Observación General N° 19 Comité DESC	21
□	Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.	22
iv)	<i>Sistema Interamericano de Protección de Derechos humanos: Convención Americana sobre Derechos Humanos, CIDH y Jurisprudencia relevante de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos</i>	23
a)	Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú Sentencia de 28 de febrero de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas) y Caso Acevedo Buendía y Otros (“Cesantes Y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú, Sentencia de 1 de Julio De 2009, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones Y Costas)..	24
b)	Caso Muelle Flores Vs. Perú, Sentencia de 06 de Marzo de 2019, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas).....	25
c)	Informe No. 50/16, Caso 12.834 Trabajadores Indocumentados Estados Unidos de América.....	26
v)	<i>Sistema Europeo de Derechos Humanos: Jurisprudencia relevante</i>	26
a)	Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gaygusuz v. Austria, demanda N° 17371/90, sentencia de 16 de septiembre de 1996.	27
b)	Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Koua Poirrez v. France, demanda N° 40892/98, sentencia de 30 de septiembre de 2003.	28
c)	Análisis comparado estándares SIDH y sentencias relevantes del SEDH	28
4.2)	DERECHO A LA SALUD	28
i)	<i>Concepto y alcance del derecho a salud</i>	28
ii)	<i>Acceso a la salud de los migrantes en situación irregular</i>	29
iii)	<i>Marco normativo del derecho a la salud de los migrantes en situación irregular</i>	30
□	Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y Observación General N° 14 Comité DESC	30
□	Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares	31
iv)	<i>Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Convención Americana sobre Derechos Humanos, CIDH y Jurisprudencia de la Corte IDH</i>	32

a) Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.	33
b) Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349.	33
c) Caso Cuscul Pivaral Y Otros Vs. Guatemala, Sentencia De 23 De Agosto De 2018, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones Y Costas). Serie C No 359.	34
d) Informe No. 63/08, Caso 12.534, Andrea Mortlock, Estados Unidos, 25 de julio de 2008.	35
V) Sistema Europeo de Derechos Humanos: Jurisprudencia relevante	35
a) European Committee on Social Rights, International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. France. Reclamation N° 14/2003.	36
b) TEDH, Muskhadzhiyeva and Others v. Belgium, Application No. 41442/07	37

5. ANÁLISIS REGULACIONES NACIONALES Y MIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR: ESPAÑA Y ARGENTINA 38

5.2) ESPAÑA	39
i) Contexto migratorio en España: Situación migrantes irregulares	39
ii) Normativa y Jurisprudencia relevante	39
a) SALUD:	39
a.1) Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril de 2012.	39
a.2) STC 139/2016, de 21 de julio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra	41
a.3) Comunidades autónomas y el acceso a la salud de los migrantes en situación irregular.	42
a.4) Real Decreto-ley 7/2018.	43
b) SEGURIDAD SOCIAL:	43
b.1) L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la L.O. 4/2000, de 11 de enero.	43
b.2) Exclusión protección por desempleo, artículo 36, L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la L.O. 4/2000, de 11 de enero.	45
5.2) ARGENTINA	47
i) Contexto migratorio en Argentina: Situación migrantes irregulares	47
ii) Normativa relevante y Jurisprudencia relevante	48
a) SALUD:	48
a.1) Ley de migraciones de Argentina N° 25.871 de 2004, artículo 8.	48

a.2) Acceso al derecho a la Salud y consecuencias del DNU 70/2017	49
b) SEGURIDAD SOCIAL:	51
b.1) Ley de migraciones de Argentina N° 25.871 de 2004, artículo 6.	51
b.2) Decreto N° 1602/2009: Asignación Universal por Hijo.....	52
5.3 COMPARACIÓN ACCESO A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL DE LOS MIGRANTES IRREGULARES EN ESPAÑA Y ARGENTINA	54
6. CONCLUSIÓN	55
7. BIBLIOGRAFÍA.....	57

1. INTRODUCCIÓN

i. Problema jurídico y su relevancia

En los últimos años la intensidad de la migración ha ido en constante aumento¹. Actualmente “*estamos en presencia de una movilidad humana que ha alcanzado un nivel sin precedentes*”² lo que ha afectado a la mayoría de los países en todas las regiones.

Esto se ha traducido en cambios en las políticas migratorias, las cuales se ven marcadas por enfoques de seguridad y criminalización de la migración irregular.

En este sentido, si bien los Estados cuentan con facultades para la elaboración de sus políticas migratorias, esta tendencia podría significar una vulneración a los derechos humanos de los y las migrantes resultando de vital importancia delimitar los estándares y parámetros mínimos para el actuar de los Estados en esta materia.

ii. Pregunta de investigación y objetivo.

En virtud de lo señalado anteriormente, es que el objetivo general de esta investigación es analizar en concreto los estándares de derechos humanos para la elaboración de las políticas migratorias por parte de los Estados, en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales, específicamente del derecho a la salud y seguridad social en relación a los migrantes en situación irregular considerando el contexto migratorio actual.

Objetivos específicos

-Establecer el contexto migratorio actual y sus implicancias para la elaboración de políticas migratorias por parte de los Estados.

-Analizar los estándares en materia de derechos económicos sociales y culturales y su vinculación con la condición de migrante irregular, para luego analizar específicamente los estándares aplicables al derecho a la salud y seguridad social a los y las migrantes en situación irregular a la luz del derecho internacional.

¹ OIM (2018), World Migration Report.

² Declaración de Nueva York sobre Refugiados y Migrantes, 2016. Párr.3

-Revisar algunas prácticas comparadas en España y Argentina con el fin de ejemplificar las realidades de los migrantes en situación irregular en materia de seguridad social y salud.

iii. Metodología

Para realizar esta investigación, se analizarán en primer lugar, instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que establecen los estándares en relación a los migrantes en situación irregular y los derechos a la salud y seguridad social.

En segundo lugar, se analizará de manera específica la jurisprudencia relevante del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y aquella que pueda resultar pertinente del Sistema Universal y del Sistema Europeo de Derechos humanos.

Finalmente, se analizarán algunas normativas y sentencias resultado de las políticas migratorias actuales de dos países, específicamente España y Argentina, solo con un fin ilustrativo, sin pretender determinar si estas políticas cumplen o no los estándares internacionales.

2. CONTEXTO MIGRATORIO ACTUAL

En este apartado, se analizará el contexto migratorio global actual que ha llevado al problema jurídico planteado que es el endurecimiento de las políticas migratorias en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto a migrantes en situación irregular.

i. Conceptos básicos sobre migración

La migración se refiere al movimiento de personas que dejan sus países de origen o donde residen para establecerse de manera temporal o permanente en otro país distinto realizando traspaso de frontera.³

A este respecto, es necesario realizar ciertas precisiones en cuanto a los términos utilizados. Se suele indicar de manera general, que las migraciones son de dos tipos y que hacen referencia a los motivos de la migración, por un lado voluntarias y por otro lado migraciones forzadas, que se refiere a personas que de manera

³ OIM, Derecho Internacional sobre Migración, Glosario sobre Migración, Pág. 40, Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/11/Anexo4.pdf>

involuntaria se ven obligadas a abandonar su lugar de residencia⁴ debido a conflictos internos, violaciones de derechos humanos, falta de trabajos, reunificación familiar, entre otras causas.⁵

Lo anterior, en la mayoría de los casos nos permite distinguir entre migrantes y solicitantes de asilo o refugiados debido a que cuentan con normas especiales y particulares dependiendo del caso.

Las personas migrantes y refugiadas al llegar a los países receptores o de destino, suelen encontrarse en diferentes situaciones administrativas. Podemos distinguir entre la migración regular, es decir, aquella que se realiza a través de los canales regulares y legales; y la migración irregular, que se refiere a aquellas personas que se desplazan al margen de la normativa interna de los Estados, es decir, la persona migrante no cuenta con la autorización necesaria para ingresar, residir o trabajar en determinado país.⁶

En este trabajo, no nos enfocaremos en las causas de las migraciones, ni específicamente de la situación de los refugiados⁷, sino en los derechos humanos de los migrantes una vez en el país de destino y si bien haremos referencia a la migración regular para entender el derecho internacional de los migrantes, nos enfocaremos específicamente en la migración irregular, sus características y los estándares aplicables.

ii. Flujos migratorios en la actualidad

La migración no es un fenómeno nuevo y es un fenómeno global y complejo, se ha indicado que “*estamos en presencia de una movilidad humana que ha alcanzado un nivel sin precedentes*”⁸. La Organización Internacional para la Migración, en adelante la OIM, señaló que se calcula que en 2015 habían 244 millones de migrantes internacionales en todo el mundo, lo que representa un incremento del año 2000. Así mismo, Naciones Unidas, indica que en 2017 el número de migrantes alcanzó los 258 millones y se estima que los migrantes en situación irregular

⁴ Helena Olea Rodríguez Derechos Humanos y Migraciones. Un nuevo lente para un viejo fenómeno. Pág. 198, Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R21399.pdf> (fecha de consulta: 28/04/2019)

⁵ Unión Interparlamentaria, OIT y ACNUDH (2015), *Mejoramiento De La Gobernanza Basada En Los Derechos Humanos De La Migración Internacional*, Manual para Parlamentarios N° 24. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MigrationHR_and_Governance_HR_PUB_15_3_SP.pdf, pág. 20. (fecha de consulta: 13/12/18)

⁶ OIM, Derecho Internacional sobre Migración, Glosario sobre Migración, Pág. 40, Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/11/Anexo4.pdf> (fecha de consulta: 07/05/19)

⁷ Los solicitantes de refugio muchas veces se ven impedidos de regularizar su situación migratoria debido a retardo o fallas en el debido proceso para la obtención del estatus de refugiados.

⁸ Declaración de Nueva York sobre Refugiados y Migrantes, 2016. Párr.3

representan entre el 15% y el 20% del total de migrantes internacionales⁹. Lo anterior, refleja que en los últimos años la intensidad de la migración ha ido en aumento, afectando a la mayoría de los países, en todas las regiones y a las sociedades del mundo.¹⁰

Como se indicó, existen diversas razones para la migración, estas pueden ser voluntarias o forzadas y en ambos casos son consecuencia de diferentes factores, como pueden ser los económicos, políticos o sociales, y/o debido a conflictos internos, violaciones de derechos humanos, falta de trabajos, reunificación familiar, entre otras causas.¹¹ Este proceso a su vez se ha diversificado, estamos ante flujos migratorios mixtos, aumentó el número de mujeres, niños, niñas y adolescentes¹², y se refiere además a refugiados, solicitantes de asilo, y sobre todo a movimientos de migración irregular. Esto representa un desafío para los Estados y requiere una respuesta flexible de parte de éstos,¹³ y en consecuencia, estándares claros en materia de derechos humanos.

iii. Contexto general de los migrantes en los países receptores

La migración sin precedentes ha tenido impactos reales tanto en los países receptores como en los países de tránsito y origen de las personas migrantes.

En relación a los países receptores, se presentan retos sociales, económicos y políticos de gran importancia¹⁴ que pueden ser abordados de distinta manera y esto dependerá de la existencia o ausencia de políticas públicas adecuadas para enfrentar este fenómeno.¹⁵

En este contexto, es fundamental tener presente que los migrantes en general se encuentran en una situación de vulnerabilidad y carecen de impacto o poder

⁹ Naciones Unidas, página web, Migración. Disponible en: <http://www.un.org/es/sections/issues-depth/migration/index.html>, (fecha de consulta: 13/12/18); ONU (2014), *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de los Migrantes en Situación Irregular*, Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-14-1_sp.pdf, pág. 3

¹⁰ OIM (2018), World Migration Report.

¹¹ Unión Interparlamentaria, OIT y ACNUDH (2015), *Mejoramiento De La Gobernanza Basada En Los Derechos Humanos De La Migración Internacional*, Manual para Parlamentarios N° 24. pág. 20.

¹² ONU (2014), *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de los Migrantes en Situación Irregular*, Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-14-1_sp.pdf, pág. 3, (fecha de consulta: 27/04/19)

¹³ OIM, Migración Irregular y Flujos Migratorios Mixtos: Enfoque de la OIM, 19 de octubre de 2009, párr. 3 y 23. Disponible en: https://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/policy_and_research/policy_documents/MC-INF-297-Flujos-Migratorios-Mixtos_ES.pdf (fecha de consulta: 07/05/19)

¹⁴ Olea Helena, Derechos Humanos y Migraciones, Un nuevo lente para un viejo fenómeno, Anuario DDHH, Universidad de Chile, págs. 197 a 210; pág. 202. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R21399.pdf> (Fecha de consulta: 05/05/19)

¹⁵ ONU, Op. Cit. 12. pág. 10

político¹⁶; siendo su participación limitada, lo que finalmente va a repercutir en sus condiciones de desprotección.

A su vez en una especial condición de vulnerabilidad se encuentran los migrantes en situación irregular,¹⁷ quienes se ven desproporcionadamente expuestos a violaciones en sus derechos humanos, teniendo mayores probabilidades de ser objeto de discriminación, exclusión y abuso y muchas veces sin derecho a acceder a educación, servicios de salud o vivienda digna.¹⁸

iv. Enfoque de seguridad y enfoque de derechos humanos en la migración

Ante este escenario de grandes flujos migratorios complejos, los Estados receptores han modificado sus políticas públicas, endureciéndolas, y muchas de estas tienen enfoques de seguridad aumentando las medidas que tienden a la securitización de fronteras, la criminalización de la migración irregular a través de las detenciones migratorias y deportaciones sumarias.¹⁹ Si bien actualmente muchos Estados ya no tipifican la situación irregular penalmente, se mantienen las detenciones administrativas en estados receptores e incluso han ido en aumento otras sanciones administrativas.²⁰

Esta nueva postura de los estados atiende en gran medida al discurso popular sobre la migración irregular donde se considera al migrante irregular como un “enemigo” que afecta la seguridad del Estado. Se trata de un discurso social muchas veces de los propios Estados y es un discurso anti-inmigratorio de los sectores más conservadores de los países, ejemplo de esto son las posiciones en Francia con Marine Le Pen, en Alemania con Frauke Petry, en Austria con Norbert Hofer, en Estados Unidos con Donald Trump o en Argentina con Mauricio Macri.

¹⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva OC 18/03 de 17 de Septiembre De 2003, Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr. 112; Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/166 sobre “Protección de los migrantes” de 24 de febrero de 2000.

¹⁷ ONU, Consejo Económico y Social, Grupos específicos e individuos: Trabajadores migrantes. Derechos humanos de los migrantes, Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la Resolución 1999/44 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2000/82, 6 de enero de 2000, párr. 28

¹⁸ ONU, Op. Cit. 12. pág. 11

¹⁹ CIDH, Movilidad Humana, Estándares Internacionales, Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15, 31 diciembre 2015, párr. 14; ONU, Informe Relator, Felipe González, Derechos humanos de los migrantes, Distr. general 26 de julio de 2018, párr. 72.

²⁰ GONZALEZ, FELIPE (2018), *La situación de las Migraciones y el Pacto global de Naciones Unidas*, pág. 270. *Anuario Derecho Público UDP*, pág. 269-285.

Dicha postura ha significado que muchos Estados adopten políticas públicas que tienden a excluir del goce de derechos a los migrantes en situación irregular, basándose principalmente en el principio de soberanía de los Estados, argumentando que tienen la prerrogativa de elaborar sus políticas migratorias.²¹

Al respecto, si bien existe un marco de obligaciones en materia de derechos humanos y migración, se ha indicado que no existe un “*sistema global para regular el movimiento de personas*”²². En este sentido el instrumento más importante en la materia, la Convención Internacional sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, ha sido ratificada solo por 54 Estados²³ y la falta de un sistema de coordinación que tenga como base primordial los derechos humanos tiene implicancias negativas para los derechos de los migrantes en las fronteras y en los países.²⁴

Resulta fundamental el enfoque que adoptan los Estados a la hora de elaborar las políticas migratorias, es decir, si se basan en enfoques de seguridad utilizando criterios economicistas o si adoptan un enfoque sólido de derechos humanos.²⁵ Ante esta situación, la gobernanza toma un rol central ya que en muchos foros intergubernamentales el fenómeno aún se define mediante la noción de soberanía y seguridad nacional.²⁶

En una declaración conjunta del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau; el Presidente del Comité de las Naciones Unidas de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares, Abdelhamid El Jamri; y el Relator de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre los Derechos de los Migrantes, Felipe González, indicaron que los Estados están tratando de regular la migración a un nivel unilateral o bilateral llevando a una falta de coherencia en la gobernanza mundial, apartándose de procesos y foros formales que cuenten con un enfoque sólido de derechos humanos.²⁷

²¹ ONU, Op. Cit.12. pág. 21.

²² Ibídem, pág. 21.

²³ ONU página web, estado ratificaciones instrumentos. Disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&clang=en (fecha de consulta: 27/04/2019)

²⁴ ONU, pagina web, Migración y derechos humanos. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Migrants/Pages/MigrationAndHumanRightsIndex.aspx>, (fecha de consulta: 13/12/18)

²⁵ ONU, Op. Cit. 19.

²⁶ ONU, Op. Cit. 19.

²⁷ Declaración conjunta del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau; el Presidente del Comité de las Naciones Unidas de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares, Abdelhamid El Jamri; y el Relator de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre los Derechos de los Migrantes, Felipe González, para celebrar el Día Internacional del Migrante proclamado por las Naciones Unidas. “Los migrantes son seres humanos con derechos humanos”, 18 de diciembre de 2013.

Lo anterior, aunado a la complejidad de la situación actual ha generado la necesidad de adoptar medidas concretas para abordar la migración. Reflejo de esto es que el 10 de diciembre de 2018, se adoptó en Marrakech el primer Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, el cual fue aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 19 de diciembre de 2018 y tiene como finalidad gestionar los flujos migratorios. Este Pacto entre otros objetivos establece compromisos concretos como “*reconocer el derecho de los migrantes irregulares a recibir salud y educación en sus países de destino*”.²⁸

No obstante, debemos tener presente que si bien el Pacto es una oportunidad para regular el fenómeno de la migración desde un enfoque multilateral, no es un instrumento de derechos humanos propiamente vinculante y aunque contiene normas obligatorias de derechos humanos pre existentes que si son vinculantes, persiste la necesidad de que los Estados adopten enfoques de derechos humanos en sus normativas internas. Si bien, los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad para elaborar las políticas migratorias, estas deben respetar los derechos humanos de los y las migrantes,²⁹ no siendo solamente una exigencia ética sino también una obligación internacional.

3. ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE MIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR EN RELACIÓN A LOS DERECHOS ECONOMICOS SOCIALES Y CULTURALES.

En este capítulo se analizarán los instrumentos en materia de derechos humanos y migración con el fin de determinar los estándares concretos aplicables en el caso de los migrantes en situación migratoria irregular, específicamente sus derechos económicos, sociales y culturales y las facultades de los Estados en el marco de la soberanía.

i) Instrumentos Internacionales en materia de migración: Igualdad y no discriminación y migrantes en situación irregular

Declaración Universal de Derechos Humanos y Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre

²⁸ Noticias ONU, Un pacto mundial por los derechos de los migrantes, 13 de julio de 2018. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2018/07/1437842> (fecha de consulta: 13/12/18)

²⁹ Corte IDH, Caso Vélez Loo vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2012. Párr. 97

La Declaración Universal de Derechos Humanos fue adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), en 1948, y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia en 1948. Ambos son instrumentos fundamentales en el sistema de protección de derechos humanos a nivel internacional.

Estos instrumentos no consagran de manera específica la situación de las personas migrantes, no obstante, son instrumentos que establecen los principios base y que son transversales a todos los instrumentos temáticos en materia de derechos humanos.

Consagran principalmente que todos los hombres o todos los seres humanos “nacieron libres e iguales en dignidad y derechos”.³⁰ Este será el punto de partida para analizar la situación de las personas migrantes, toda vez que como seres humanos, serán titulares de los derechos humanos en condiciones de igualdad y no discriminación.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares

Entre los instrumentos universales de Derechos Humanos más importantes que podemos señalar como relevantes para este análisis, se encuentra por un lado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece una cláusula general de igualdad y no discriminación aunque no hace referencia explícita a la situación de las personas migrantes y por otro el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales que a diferencia del PIDCP, hace referencia explícita a los migrantes indicando en su artículo 2.3 que los Estados “podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos”. Ambos instrumentos se adoptaron en 1966 y entraron en vigor en 1976.

Por su parte, la Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares, fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/158 de 18 de diciembre de 1990, y es el instrumento universal más importante en materia de migración, ya que es el único en esta materia.

³⁰ Artículo 1 Declaración Universal de Derechos Humanos; preámbulo Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Este instrumento, se refiere a los trabajadores migratorios y establece obligaciones específicas de los Estados en esta materia, considerando su especial situación de vulnerabilidad y su falta de consideración específica en el derecho internacional de los derechos humanos, con el fin de establecer una serie de criterios para su bienestar y tratamiento.

Uno de los pilares fundamentales que establece este instrumento y que se origina del principio de igualdad y no discriminación, es que las personas consideradas como trabajadores migrantes, siguen siendo titulares de derechos y deben poder disfrutar sus derechos fundamentales, independiente de su estatuto jurídico y de su situación migratoria administrativa en el estado en que no son nacionales, promoviendo así un trato justo para impedir la explotación de los migrantes en situación irregular.³¹

Convención Americana sobre Derechos Humanos y Convenio Europeo de Derechos Humanos

En el ámbito regional, en el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, no existe un instrumento específico que aborde la temática de los Derechos de los migrantes.

No obstante, la Convención Americana sobre Derechos Humanos adoptada en San José de Costa Rica en 1969, es un instrumento primordial en la protección de los derechos humanos en el sistema regional ya que su interpretación abarca sin lugar a dudas la protección de los derechos de las personas migrantes. Lo anterior, toda vez que consagra como pilar fundamental la igualdad y no discriminación en razón de las categorías prohibidas señaladas en el artículo 1.1., una de las cuales es en efecto el origen nacional, y en esta línea, la jurisprudencia se ha encargado de enmarcar dentro de esta protección la situación migratoria de las personas.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos- en adelante Corte IDH-, ha establecido que las obligaciones generales de respetar y garantizar consagradas en el artículo 1.1. de la CADH, implican deberes especiales en relación a las particulares necesidades de protección de una persona. En este sentido, ha indicado que los migrantes indocumentados o en situación irregular “*han sido identificados como un grupo en situación de vulnerabilidad*”³², y que por tanto la “*situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, como ya se mencionó, dicho principio tiene carácter fundamental, y*

³¹ CANO M^a ÁNGELES, (2010) Protección internacional de los Derechos Humanos de los trabajadores migratorios Migrant Workers Human Rights International Protection, Universidad Rey Juan Carlos (Madrid). Pág. 147 a 150 .Disponible en: <https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/persona-y-derecho/article/viewFile/5094/4407> (fecha de consulta: 20/10/2019)

³² Corte IDH, Velez Loo vs Panamá, Párr. 98

todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio".³³

Además de este instrumento, en el SIDH es cardinal también para el análisis de la situación de los DESC de las personas migrantes, tener en consideración el Protocolo Adicional a la CADH en materia de DESC, o Protocolo San Salvador adoptado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en San Salvador en 1988, el cual, si bien al igual que la CADH no hace referencia específica a los derechos de los migrantes, si consagra el principio de igualdad y no discriminación en su artículo tercero.

En el Sistema Europeo de Derechos Humanos existe el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, el cual ha sido modificado y complementado por los distintos protocolos adicionales. Este instrumento, no consagra de manera expresa la situación de las personas migrantes, no obstante, en su artículo 14 consagra el principio de igualdad y no discriminación plenamente aplicable en el caso de los migrantes en general y migrantes en situación irregular en particular.

En el mismo sentido esta protección se realiza en el sistema europeo de protección de los derechos humanos a través de la Carta Social Europea de 1961 y su Protocolo de 1988.

ii) Igualdad y no Discriminación en materia de migración y migrantes en situación irregular

De estos instrumentos, como se indicó previamente, se desprenden estándares fundamentales que son plenamente aplicables en materia de migración y específicamente en materia de migrantes en situación irregular.

Como se señaló, uno de los principios rectores en materia de derechos humanos es la igualdad y no discriminación. Este principio ha sido catalogado por la Corte IDH como una norma que tiene carácter de *Jus Cogens*³⁴, esto implica que los Estados están obligados a respetar y garantizar los derechos humanos sin discriminación alguna.³⁵

No obstante, lo que está prohibido es toda discriminación incluyendo aquellas basadas en alguna de las categorías protegidas de discriminación, como son el sexo, la raza, idioma, nacionalidad, entre otros, pero eso no implica que no se puedan realizar distinciones. En este sentido, se ha señalado que "*no toda distinción*

³³ Corte IDH, Op. Cit. 15. Párr. 118.

³⁴ Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 1271. Párr. 184

³⁵ Corte IDH, Op. Cit. 15, párr. 85-101

*de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana*³⁶, es decir, no todo trato distinto es discriminatorio, sino solo aquel que carece de justificación razonable y objetiva.³⁷

Una de estas diferencias, es precisamente aquella en relación a nacionales y extranjeros y migrantes regulares e irregulares. Lo anterior significa que el estado puede *“otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos”*.³⁸ Es decir, la situación regular o irregular de una persona no puede ser condición para no respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación.³⁹

Estas distinciones, se relacionan con un principio básico, y es que los Estados tienen soberanía. Esto se traduce en lo señalado por la Corte IDH y es que *“los Estados tienen la facultad de elaborar y ejecutar sus propias políticas de inmigración, incluyendo el control del ingreso, residencia y expulsión de extranjeros”*.⁴⁰ Es decir, los Estados tienen un ámbito de discrecionalidad al determinar políticas migratorias las cuales se refieren a los actos o medidas en relación a la entrada, salida y permanencia de personas en el territorio,⁴¹ siempre y cuando estén sean compatibles con el respeto los derechos humanos de las personas migrantes.

Actualmente, la mayor discriminación en contra de los y las migrantes, ya no se relaciona con la nacionalidad, sino con su condición administrativa, es decir, con su condición de irregularidad,⁴² razón por la cual resulta indispensable establecer los estándares aplicables ante dicha situación administrativa y en este sentido, el límite a las facultades de los Estados.

iii) Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Migrantes en situación irregular.

Los Derechos Económicos Sociales y Culturales, según lo que ha señalado la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, se refieren a *“Los derechos humanos relacionados con el lugar de trabajo, la seguridad social, la vida en familia,*

³⁶ Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No.4. párr. 56

³⁷ Corte IDH, Op. Cit. 15, Párr. 89

³⁸ Corte IDH, Op. Cit. 15, Párr. 119

³⁹ Corte IDH, Op. Cit. 15, Párr. 118

⁴⁰ Corte IDH, Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 416.

⁴¹ Corte IDH, Op. Cit. 15, Párr. 163

⁴² GÓMEZ FERNÁNDEZ, ITZIAR (2014), Las Migraciones Como Objeto de Interés De Las Políticas Públicas: Un Enfoque De Derechos Humanos, Manual. Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, v. 3, pp. 235-273, Universidad Carlos III de Madrid. pág. 266.

*la participación en la vida cultural y el acceso a la vivienda, la alimentación, el agua, la atención de la salud y la educación”.*⁴³

Como punto de partida es fundamental tener presente que en relación a estos derechos aplica plenamente el principio de igualdad y no discriminación señalado precedentemente en relación a las personas en situación irregular.

No obstante, las personas migrantes en situación irregular generalmente se enfrentan con barreras en los países de destino o receptores a la hora de ejercer estos derechos, lo anterior, ya que estos derechos históricamente han sido considerados derechos de segunda categoría frente a los derechos civiles y políticos y se han vinculado necesariamente a la existencia de recursos económicos por parte de los Estados.

Sin embargo, su respeto y garantía plena resulta necesaria para el disfrute general de los derechos humanos,⁴⁴ y se han establecido estándares para su aplicación como desarrollaremos más adelante.

a) Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y Comité DESC.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-en adelante PIDESC- consagra de manera específica los denominados DESC.

En virtud de este instrumento, los Estados que son parte tienen la obligación de respetar, proteger y cumplir los derechos económicos, sociales y culturales de las personas bajo su jurisdicción sin discriminación.⁴⁵

Este instrumento, se refiere expresamente a la situación migratoria de las personas, y establece diferencias autorizadas, y los límites al principio del acceso universal de los derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, señalando en su artículo 2.3 que: *“3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos”*.

Sin embargo, esta última restricción se debe interpretar de manera restrictiva,⁴⁶ es decir, solo ampara a los países en desarrollo y solo respecto a los derechos

⁴³ ACNUDH, Folleto informativo N° 33: Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales, pág. 3

⁴⁴ ONU, Op. Cit. 11. Pág. 38.

⁴⁵ Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y culturales, 1976, Artículo 2.

⁴⁶ Principios de Limburgo relativos a la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Masstricht (1986), párr. 43.

económicos, por tanto los Estados no pueden hacer distinciones en relación a nacionales y no nacionales en lo referente a los derechos sociales y culturales.⁴⁷ En el mismo sentido, el PIDESC, establece en su artículo 4, que los Estados podrán limitar los derechos del Pacto a través de la ley en la medida que sea compatible con la naturaleza de los derechos y para promover el bienestar general en una sociedad democrática.

El Comité DESC limita las circunstancias en que se permiten legítimamente diferencias de trato entre nacionales y extranjeros, e indica que las distinciones y las políticas migratorias respecto de los migrantes y sus derechos económicos sociales y culturales, deben guardar una relación de proporcionalidad con el objetivo que el Estado pretende alcanzar,⁴⁸ en el mismo sentido el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial señaló que los Estados deben justificar cómo el trato diferente, basando en la condición migratoria es compatible con el principio de igualdad y no discriminación.⁴⁹

A este respecto, los recursos económicos tomarán crucial importancia en materia de DESC, ya que estos están, en cierta medida, sujetos a los recursos económicos de los Estados. Los Estados deben adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que **dispongan**, para lograr progresivamente la plena efectividad de estos derechos.

Lo anterior es importante, ya que una de las grandes dificultades de los Estados y sobre todo ante las crecientes migraciones mundiales, es la distribución de los recursos económicos que son escasos, por lo que se realizan distinciones entre nacionales y extranjeros primando muchas veces criterios de utilidad en desventaja de los derechos de los migrantes en situación irregular, confundiendo las facultades de regular políticas migratorias y la soberanía de los Estados.

Es decir, los Estados argumentando su soberanía establecen políticas migratorias que impactan en los derechos económicos sociales y culturales de los migrantes en situación irregular, basándose en criterios economicistas.

No obstante lo anterior, la falta de recursos no será una justificación objetiva y razonable para no terminar con la discriminación, y el Estado debe demostrar que se ha esforzado al máximo para utilizar los recursos disponibles.⁵⁰

⁴⁷ ONU, Op. Cit. 11, pág. 36

⁴⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 20 (2009), La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párr. 13

⁴⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial declaró en su Recomendación General N° 30 (2004), sobre la discriminación contra los no ciudadanos, párr. 4

⁵⁰ Comité DESC, Op. Cit. 47, párr. 19

b) Obligaciones inmediatas y mínimas en materia de Derechos económicos, sociales y culturales.

El Comité DESC, a través de sus observaciones generales ha dado contenido a estos derechos, y ha establecido que los Estados tienen obligaciones inmediatas y mínimas que deben ser cumplidas.

En su Observación General Nº 3, el Comité señaló que los Estados partes tienen dos obligaciones inmediatas. En primer lugar garantizar estos derechos sin discriminación y en segundo lugar, adoptar medidas para la plena realización de estos derechos.⁵¹

Asimismo, deben asegurar la satisfacción de al menos los niveles esenciales de los derechos, e incluso cuando los recursos sean limitados se deben proteger a las personas más vulnerables de la sociedad⁵² y deben evitar la adopción de medidas regresivas⁵³ ya que estas constituirán una violación al Pacto.

Lo anterior significa que en virtud del derecho internacional, los migrantes, inclusive los migrantes en situación administrativa irregular, tienen derechos al disfrute de los DESC, y los Estados tendrán la obligación de cumplir con sus obligaciones inmediatas, cumplir con los mínimos esenciales y no adoptar medidas regresivas; y en el caso que se establezcan distinciones para el goce de estos derechos están deben ser objetivas y razonables y tener especial consideración con la situación de especial vulnerabilidad de las personas migrantes en situación irregular.

4. ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE MIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR EN RELACIÓN AL DERECHO A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

En este capítulo se pretende especificar los estándares en materia de derechos económicos sociales y culturales, refiriéndose específicamente a la seguridad social y derecho a la salud, con el fin de determinar el alcance de las limitaciones y facultades de los Estados en este ámbito.

4.1) DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

⁵¹Comité DESC, OG Nº 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), 1990, párr. 1 y 2.

⁵² Ibídem, párr. 10.

⁵³ ONU, Op. Cit. 11, Pág. 39.

i) Concepto y alcance derecho a la seguridad social

En la actualidad, existe un consenso internacional respecto a que el derecho a la seguridad social es un derecho humano inalienable.⁵⁴ Ha sido desarrollado de manera clara y extensa en los Convenios de la OIT, toda vez que tiene una relación estrecha con la legislación laboral. En este sentido ha sido considerado como un derecho humano básico en la Declaración de Filadelfia de la OIT de 1944.

Este derecho también se encuentra consagrado en el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 9 del PIDESC, y a nivel regional se consagra en el artículo XVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes de Hombres, de manera indirecta en el artículo 26 de la CADH, en el artículo 9 de Protocolo de San Salvador y en el artículo 12 de la Carta Social Europea.

La seguridad social implica en términos generales, *“un sistema basado en cotizaciones que garantiza la protección de la salud, las pensiones y el desempleo así como las prestaciones sociales financiadas mediante impuestos”*,⁵⁵ que incluirá el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, sin discriminación.⁵⁶

Este derecho tiene como objetivo impedir que las personas vivan en situaciones desesperadas y poder otorgarles oportunidades. En este marco, dicho derecho implica para el Estado la obligación de ofrecer asistencia social, y a través de esta, garantizar la protección, especialmente de los miembros más vulnerables de la sociedad, en caso de desempleo, maternidad, accidente, enfermedad, invalidez, vejez u otras circunstancias de la vida.⁵⁷

No obstante, lo anterior no significa el derecho a dádivas sino que los Estado deben adoptar medidas para eliminar las barreras que impidan la plena participación de todos y todas en la vida social y económica.⁵⁸ Es decir, deben progresivamente garantizar este derecho y evitar las medidas regresivas ya que éste es fundamental para la inclusión y cohesión social, debiendo siempre otorgarse sobre la base de la no discriminación.⁵⁹

⁵⁴ “Seguridad Social para Todos”, Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social (ciess), consultado el 19 de octubre de 2016, <https://goo.gl/M6QPvV>

⁵⁵ OIT, Hechos Concretos Sobre La Seguridad Social, Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_067592.pdf

⁵⁶ Comité DESC, Observaciones General N° 19 El derecho a la seguridad social (artículo 9) 39° período de sesiones (2007),

⁵⁷ ONU, Op. Cit.11, pág. 12; ACNUDH, Folleto informativo N° 33: Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales, pág. 27; Red-Desc “El Derecho a la Seguridad Social”, Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, fecha de revisión el 19 de octubre de 2016, <https://www.escri-net.org/es/derechos/seguridad-social>.

⁵⁸ ONU, Op. Cit.11, pág. 12; ACNUDH, Folleto informativo N° 33: Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales, pág. 27.

⁵⁹ Red-Desc. Op. Cit. 56.

ii) Acceso a la seguridad social de los migrantes en situación irregular

Las personas migrantes en situación irregular suelen estar excluidas de la protección del derecho a la seguridad social, ya que en los países receptores existen obstáculos jurídicos y prácticos para su disfrute. En este sentido, muchos Estados no proveen ningún tipo de afiliación para los migrantes ni siquiera con carácter voluntario.⁶⁰

Especial dificultad experimentan las personas migrantes en situación irregular para acceder a los programas de asistencia social no contributivos de carácter universal o para necesidades específicas, e inclusive algunos Estados niegan por completo la asistencia en casos de migrantes irregulares, y otros Estados solo entregan formas mínimas de ayuda.⁶¹

En cuanto a las razones que impiden a los migrantes acceder a este derecho se encuentran, en primer lugar, que muchos de los migrantes no cumplen las condiciones requeridas por la normativa interna para poder acceder a este derecho, como es en una situación migratoria regular, como certificados de residencia o permeancia o afiliación al sistema; en segundo lugar, no es fácil transferir estos derechos; y en tercer lugar, los trabajadores migratorios muchas veces se encuentran en condiciones laborales que no cubren la seguridad social, encontrándose en condiciones precarias y discriminatorias y con contratos que no permiten el acceso a este derecho.⁶²

El Comité sobre los Trabajadores Migratorios en su Observación General N° 1, ha mostrado preocupación respecto a esta situación, ha indicado que “*Los trabajadores domésticos, sobre todo los migratorios, están excluidos por lo general de los derechos reconocidos por la legislación nacional relativa a la seguridad social*”.⁶³

En definitiva, las personas migrantes en situación irregular muchas veces se ven impedidos al acceso de este derecho por la sola consideración de su situación administrativa, lo que podría significar en definitiva un acto discriminatorio de los Estados.

⁶⁰ ONU (2014), Op. Cit 11. pág. 115

⁶¹ *Ibidem*. pág. 117

⁶² *Ibidem*. Pág. 115; Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Jorge Bustamante: Misión al Japón” (A/HRC/17/33/Add.3), párr. 70

⁶³ Comité Trabajadores Migratorios y sus Familiares, OG N° 1 sobre los trabajadores domésticos migratorios, párr. 24

iii) Marco jurídico y análisis estándares instrumentos internacionales en relación a la seguridad Social y migrantes en situación irregular.

Como se señaló anteriormente, las personas migrantes se enfrentan a una serie de barreras para acceder a este derecho, por lo que es fundamental determinar cuándo y en qué medida es obligación de los Estados proporcionarlo, considerando la situación de vulnerabilidad en que se puede encontrar un migrante en situación irregular o el coste que podría significar.

- **Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y Observación General N° 19 Comité DESC**

El PIDESC, consagra el derecho a la seguridad social en su artículo 9. Al respecto de este derecho, el Comité DESC en su observación general N° 19 indica que este incluye “...*el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo*”.⁶⁴

Asimismo, consagra de manera expresa que los Estados deben garantizar que este derecho se ejerza sin discriminación y en condiciones de igualdad, prestando especial atención a aquellos que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho como lo son los no nacionales.⁶⁵

En relación a los migrantes, señaló expresamente que “*cuando los no nacionales, entre ellos los trabajadores migratorios, han cotizado a un plan de seguridad social, deben poder beneficiarse de esa cotización o recuperarla si abandonan el país. Los derechos de los trabajadores migratorios tampoco deben verse afectados por un cambio de lugar de trabajo*” además deben tener acceso a “*planes no contributivos de apoyo a los ingresos, apoyo a la familia y atención de la salud a un costo asequible*”.⁶⁶

No obstante, este Comité no estableció diferencia ni mención específica a aquellos trabajadores que se encuentran en situación irregular, por tanto debemos entender que tienen igual aplicación en base al principio de igualdad y no discriminación, a

⁶⁴ Comité DESC, Observación general N° 19, El derecho a la seguridad social (artículo 9), párr. 2

⁶⁵ *Ibidem*, Párr. 29 y 31

⁶⁶ *Ibidem*, párr. 36 y 37

menos que el Estado al establecer la distinción demuestre porqué esta no sería discriminatoria.

- **Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.**

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, consagra el derecho a la seguridad social en su artículo 27.

Al referirse a este derecho, la Convención no lo condiciona a la situación migratoria de los trabajadores e indica que todos los trabajadores deben recibir el mismo trato que los nacionales, siempre que cumplan los requisitos previstos en la legislación de cada estado, indicando que los trabajadores migratorios no pueden ser excluidos arbitrariamente de esta prestación y, en el caso de una distinción basada en la situación migratoria, esta debe estar *“prescrita por la ley, perseguir un fin legítimo en virtud de la Convención y ser necesaria en las circunstancias específicas de cada caso y proporcional al fin legítimo que se persiga”*.⁶⁷

Además señala que sobre la base de la igualdad con los nacionales en situación similar, se debe considerar la posibilidad de reembolsar las contribuciones aportadas y que los Estados deberán argumentar razones objetivas en caso que no sea posible el reembolso de las cotizaciones, y que esta decisión no debe ser discriminatoria o basarse en la situación migratoria del trabajador.⁶⁸

En este mismo sentido, en 2010 la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, señaló que la situación como inmigrantes, documentados o indocumentados, *“no debería ser tenida en cuenta por lo que se refiere a los sistemas de protección social dirigidos a aliviar la extrema pobreza o la vulnerabilidad”*.⁶⁹

Además de lo anterior, y de manera específica, en 2011 el Comité de sobre los Trabajadores Migratorios, recomendó a Argentina⁷⁰ que examinara la posibilidad de hacer extensiva la asignación universal por hijo a los hijos de los trabajadores migratorios en situación irregular, y hacer extensivas las prestaciones sociales no

⁶⁷ Comité Trabajadores Migratorios y sus Familiares, OG N° 2, sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares, párr. 8, 18 y 67

⁶⁸ *Ibidem*, párr. 69

⁶⁹ ONU, Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, E/2010/89, 2010, Párr. 46.

⁷⁰ Comité sobre los Trabajadores Migratorios y sus familiares, Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 74 de la Convención, Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Argentina, CMW/C/ARG/CO/1, 2011, párr. 30.

contributivas a los trabajadores migratorios y sus familiares en situación irregular en caso de vulnerabilidad social extrema.

**iv) Sistema Interamericano de Protección de Derechos humanos:
Convención Americana sobre Derechos Humanos, CIDH y
Jurisprudencia relevante de la Corte Interamericana sobre
Derechos Humanos**

La CADH en su artículo 26 consagra los Derechos Económicos Sociales y Culturales y si bien no hace referencia explícita al derecho a la seguridad social, si se remite a la Carta de la OEA, instrumento que consagra dicho derecho y el cual en su artículo 45(h) hace un llamamiento explícito al “desarrollo de una política eficiente de seguridad social”.

Por su parte, el Protocolo de San Salvador, consagra el derecho al seguridad social en su artículo 9 e indica que toda persona tiene derecho a la seguridad social, añadiendo que cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, este derecho cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y cuando se trate de mujeres, licencia por maternidad.

Ninguno de estos dos instrumentos, establece diferencia o mención de manera precisa a los migrantes en situación irregular, por lo que al igual que en el caso del PIDESC, debemos entender que la situación migratoria administrativa no puede ser una razón para discriminar y por tanto si el Estado establece diferencias, deben ser objetivas y razonables.

La Corte IDH en 2003, en la Opinión Consultiva N° 18/03 tuvo la oportunidad de referirse al derecho a la seguridad social y señaló que en el caso de los trabajadores migrantes hay ciertos derechos de importancia fundamental y que frecuentemente son violados como la seguridad social y que su salvaguardia debe ser primordial, independiente de su estatus migratorio basándose en el principio de la dignidad humana.⁷¹

En cuanto a la jurisprudencia, la Corte IDH no ha tenido la oportunidad de analizar este derecho en relación a los migrantes en situación irregular, sino que sólo se ha referido a este derecho de manera general y recién en 2019, lo declaró vulnerado directamente a través del artículo 26 de la CADH.

Una situación diferente observamos ante la CIDH, la cual en 2016 emitió informe de fondo contra Estados Unidos haciendo referencia expresa a la vulneración del derecho a la seguridad social en relación a trabajadores indocumentados.

⁷¹ Corte IDH, Op. Cit. 15. Párr. 157.

a) Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú Sentencia de 28 de febrero de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas) y Caso Acevedo Buendía y Otros (“Cesantes Y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú, Sentencia de 1 de Julio De 2009, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones Y Costas)

Analizaremos estos casos de manera conjunta debido a la similitud de estos. El caso Cinco Pensionistas, se refiere a las modificaciones en el régimen de pensiones en la legislación Peruana y el caso Acevedo Buendía, se refiere al incumplimiento por parte del Estado de dos sentencias emitidas por el Tribunal que ordenaba nivelar las pensiones y restituir los montos adeudados por dichos conceptos.

En ambos casos, la corte no hace un mayor análisis desde el punto de vista del derecho a la seguridad social y no declara vulnerado el artículo 26 de la CADH.

En el primer caso, la Corte IDH indica que los DESC tienen una dimensión tanto individual como colectiva, y que el desarrollo progresivo debe ser medido en función de la creciente cobertura de los DESC en general, y a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población y no en relación a un grupo limitado de pensionistas que pueden no ser representativos de la situación general.

Lo anterior, implicó que la corte desestimara la alegación en cuanto a la progresividad de los DESC y en particular en cuanto a la existencia de medidas regresivas en relación al derecho a la seguridad social.

Por su parte, en el segundo caso, la Corte IDH aborda lo relativo a la progresividad de los derechos económicos sociales y culturales y el deber de los Estados de adoptar providencias y brindar los medios y elementos para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, haciendo especial hincapié en la prohibición de regresividad.⁷²

Si bien ambos casos son relevantes desde el punto de vista que la Corte IDH se refiere de manera expresa a los Derechos Económicos Sociales y Culturales y desarrolla cierto contenido al respecto, no aporta mayores estándares en relación al derecho a la seguridad social y en ninguno de los dos casos declara vulnerado el artículo 26, señalando que ningunos de los dos casos se refieren a la progresividad en relación a las pensiones.

⁷² Caso Acevedo Buendía Y Otros (“Cesantes Y Jubilados De La Contraloría”) Vs. Perú, Sentencia De 1 De Julio De 2009, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones Y Costas), Párr. 92 a 103

**b) Caso Muelle Flores Vs. Perú, Sentencia de 06 de Marzo de 2019,
(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas)**

Este caso es de los últimos fallados por el Tribunal, y en lo pertinente, se refiere a la falta de materialización del derecho a la seguridad social en perjuicio del señor Muelle, quien era una persona en situación de especial protección; y es fundamental en materia de seguridad social ya que es el primer caso donde desarrolla los estándares pertinentes a este derecho de manera extensa.

La Corte analiza este derecho en los párrafos 170 y siguientes e indica en primer término que este es un derecho autónomo derivado del artículo 26 de la CADH y justiciable ante dicho Tribunal.

En segundo término, el Tribunal a través del Corpus Juris dota de contenido este derecho, utilizando los estándares señalados en las páginas previas de este documento, reconociendo expresamente dimensiones de exigibilidad inmediata, como la no discriminación y progresiva y la obligación de no regresividad.

Finalmente, la Corte señala que el presente caso no se refiere a las obligaciones de progresividad derivadas del artículo 26 de la CADH, sino a la falta de concretización del derecho a la pensión y declara vulnerado el artículo 26.

Este caso, si bien no hace referencia alguna a la migración, marca un precedente en materia de Seguridad Social en el SIDH, y si bien anteriormente se habían declarado vulnerado de manera directa los DESC en materia de Salud y Trabajo,⁷³ no sobre seguridad social, por tanto, con esto la Corte incorpora los estándares de Seguridad Social y no discriminación como propios en su jurisprudencia abriendo la puerta a alegar este derecho quizás en otro ámbito como es la migración irregular, ya que los estándares establecidos serían plenamente aplicables en lo que corresponda, considerando la situación de especial vulnerabilidad de las personas migrantes en situación administrativa irregular.

⁷³ CORTE IDH. Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C No. 344.; Corte IDH. Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340 y Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349.

c) Informe No. 50/16, Caso 12.834 Trabajadores Indocumentados Estados Unidos de América.

El caso se refiere a Leopoldo Zumaya y Francisco Berumen Lizalde quienes sufrieron lesiones mientras trabajaban sin contar con una autorización de trabajo en Estados Unidos. Las lesiones de ambos fueron físicas y de largo plazo y la empresa les negó la compensación debido a su situación migratoria. La CIDH, falló declarando la responsabilidad internacional de Estados Unidos por la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación, el Derecho de reconocimiento de la personalidad jurídica, de los derechos civiles y derecho de justicia y el derecho a la seguridad social.

La CIDH, señala en primer término que cuando existe una relación laboral las protecciones conferidas por ley a los trabajadores aplican a todos los trabajadores sin discriminación, sean documentados o indocumentados, e indica que el derecho de todos los trabajadores a recibir prestaciones como las que están comprendidas en los sistemas de indemnización por accidentes de trabajo, son Derechos Económicos Sociales y Culturales y son necesarios para para el cumplimiento de las normas de seguridad social, consagradas en la Carta de la OEA y en la Declaración Americana.⁷⁴

La CIDH señala que su argumentación es similar a lo indicado por la Corte IDH en la opinión consultiva 18/03, la cual indicó que la seguridad social es un derecho que poseen todos los trabajadores, independiente de su situación migratoria.⁷⁵

Este caso reviste especial importancia a la hora de hablar de seguridad social y trabajadores en situación irregular, ya que la CIDH señala de manera expresa que en el ámbito laboral en relación el derecho a la seguridad social, no debe haber discriminación en base a la situación migratoria irregular, correspondiéndoles el goce de este derecho a los y las trabajadoras en igualdad de condiciones.

v) Sistema Europeo de Derechos Humanos: Jurisprudencia relevante

En el Sistema Europeo de Derechos Humanos, la Carta Social Europea es el instrumento que consagra los DESC. En este sentido los artículos 12 y 14 establecen los derechos a la seguridad social y a la asistencia social y médica. Si

⁷⁴ CIDH, Informe No. 50/16, Caso 12.834, OEA/Ser.L/V/II.159 Doc. 59 30 noviembre 2016, Trabajadores indocumentados, párr. 76 y 115.

⁷⁵ CIDH, Informe No. 50/16, Caso 12.834, OEA/Ser.L/V/II.159 Doc. 59 30 noviembre 2016, Trabajadores indocumentados, párr. 118.

bien estos derechos no se consagran de manera explícita en el Convenio Europeo si se encuentran en su ámbito de aplicación.⁷⁶

Respecto a este derecho, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en 2006 determinó dos principios fundamentales en materia de migración irregular. En primer lugar señaló que no se debe negar a los migrantes en situación irregular la protección social cuando estamos ante grupos vulnerables y sea necesario para evitar la pobreza y preservar la dignidad humana; y en segundo lugar, que en el caso que los migrantes irregulares hayan cotizado deben poder beneficiarse de esas cotizaciones o ser reembolsados.⁷⁷

Si bien, este asunto no se encuentra del todo resuelto y los Estados argumentan la existencia de un cierto margen de apreciación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su jurisprudencia ha reflejado la preocupación relativa a la protección social, y lo ha resuelto a través del reconocimiento de su carácter patrimonial en aplicación del artículo 1 del protocolo N°1 en relación a una interpretación del artículo 14 de Convenio.

No obstante, al igual que en el caso ante la Corte IDH, no se ha dictado una sentencia en relación a migrantes en situación irregular y prestaciones sociales, el Tribunal solo se ha referido a las diferencias discriminatorias entre nacionales y no nacionales en relación a prestaciones de protección social de carácter contributivo y no contributivo.

a) Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gaygusuz v. Austria, demanda N° 17371/90, sentencia de 16 de septiembre de 1996.

Este caso se refiere a un ciudadano nacido en Turquía que trabajó en Austria varios años y a quien se le niega la solicitud de adelanto de su jubilación en carácter de asistencia de emergencia ya que no poseía la nacionalidad.⁷⁸

En este caso, el TEDH estableció que las diferencias de trato en función de la nacionalidad son en principio inaceptables siendo carga del Estado justificar las diferencias. En este sentido, indicó que habría que aducir razones de mucho peso para que el Tribunal pudiera juzgar compatible con el Convenio una diferencia de trato basada exclusivamente en motivos de nacionalidad.

⁷⁶ GÓMEZ HEREDERO Ana, La seguridad social como derecho humano: La protección ofrecida por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, Departamento de Políticas Sociales, Dirección General de la Cohesión Social Consejo de Europa, 2008, Pág. 6 y 7, Disponible en: <https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/COE-2008-DG2-SPA-HRFILES-23.PDF>

⁷⁷ Resolución 1509 (2006) sobre los derechos humanos de los migrantes en situación irregular, párr. 13.3 y 4. Disponible en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17456>

⁷⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Gaygusuz v. Austria, demanda N° 17371/90, sentencia de 16 de septiembre de 1996, párrs. 42, 50 y 52

Finalmente, determina que las razones ofrecidas por el Estado eran poco convincentes y por tanto el trato era discriminatorio.

b) Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Koua Poirrez v. France, demanda N° 40892/98, sentencia de 30 de septiembre de 2003.

Este caso se refiere a una persona con discapacidad con residencia francesa a la que se le denegó la pensión por no contar con la nacionalidad francesa.

En este caso, el TEDH, reiteró la doctrina previa, ampliándola a las prestaciones no contributivas. El Tribunal falló que la disparidad en el trato por razón de nacionalidad en relación con una prestación por discapacidad no estaba justificada y era, por lo tanto, discriminatoria.⁷⁹

c) Análisis comparado estándares SIDH y sentencias relevantes del SEDH

Al analizar la jurisprudencia señalada precedentemente, podemos advertir que en ambos sistemas regionales de protección de derechos humanos faltan pronunciamientos específicos referentes a migrantes en situación irregular y el derecho a la seguridad social. No obstante, es claro el camino que está adoptando la Corte IDH, la CIDH y el TEDH, ya que podemos ver que en todos los casos se establece como principal base el derecho a la igualdad y no discriminación, siendo explícitos al señalar que la sola situación administrativa no puede ser una razón para discriminar y por tanto si el Estado establece diferencias estas deben ser objetivas y razonables y es su responsabilidad argumentar la implementación de la medida.

4.2) DERECHO A LA SALUD

i) Concepto y alcance del derecho a salud

El denominado derecho a la salud se consagró por primera vez en la Constitución de la OMS en 1946 y se reiteró en la Declaración de Alma-Ata de 1978 y en la Declaración Mundial de la Salud de 1998.

⁷⁹ TEDH, Caso Koua Poirrez v. France, demanda N° 40892/98, sentencia de 30 de septiembre de 2003.

Además se encuentra consagrado en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 12 del PIDESC, y a nivel regional, se consagra en el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de manera indirecta en el artículo 26 de la CADH, en el artículo 10 de Protocolo de San Salvador y en el artículo 11 de la Carta Social Europea.

Este derecho según lo señalado en la observación General N° 19 del Comité DESC, es una de las nueve ramas de la seguridad social siendo un componente esencial de este derecho⁸⁰. No obstante, tiene un trato autónomo e independiente en el derecho internacional de los derechos humanos.

Este derecho no implica el derecho a gozar de buena salud, ni a estar sano sino que significa que los Estados han de establecer políticas y planes de acción para que todos y todas tengan acceso a la atención de salud en el plazo más breve posible.⁸¹

Al igual que respecto al derecho a la seguridad social, se aplica plenamente el principio de igualdad y no discriminación, lo que implicará que deberán facilitarse servicios, bienes e instalaciones de salud a todos sin discriminación, y también significa reconocer las diferencias y satisfacer las necesidades específicas de los grupos que afrontan situaciones especiales.⁸²

ii) Acceso a la salud de los migrantes en situación irregular

El disfrute del derecho a la salud muchas veces se encuentra limitado por el solo hecho de ser migrantes, además de encontrarse con otras barreras como el idioma, las barreras culturales o la situación administrativa en el país de destino.⁸³

En particular, los migrantes en situación irregular muchas veces se ven impedidos de disfrutar este derecho debido a la falta de legislación adecuada y el temor de los mismos migrantes a ser denunciados, detenidos o expulsados.

En la mayoría de los casos, si bien reciben tratamiento de urgencia, el resto de la atención a la salud exige documentación que acredite residencia legal, empleo, seguro, registros administrativos, entre otros.⁸⁴

⁸⁰ Comité DESC, Op. Cit. 55. parr.12 y 13.

⁸¹ OMS, Serie de publicaciones sobre salud y derechos humanos, N° 1, julio de 2002, Veinticinco Preguntas y Respuestas Salud y Derechos Humanos, Mary Robinson, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Disponible en: <https://www.who.int/hhr/activities/Q&AfinalversionSpanish.pdf>

⁸² ONU, Folleto Informativo N° 31, el Derecho a la Salud

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ ONU, Op. Cit. 11, pág.48.

Por otro lado, existen otros obstáculos como el costo, muchas veces se exige el pago anticipado de los servicios basado en situación migratoria o nacionalidad, u otros como la información del personal de salud respecto a los derechos de los migrantes o incluso el idioma en el servicio de salud y la falta de intérpretes.

En algunos países, los servicios sociales y profesionales tienen la obligación de denunciar a los migrantes en situación irregular ante las autoridades de inmigración, lo que genera que las personas migrantes en situación irregular no asistan a los servicios de salud.⁸⁵ En este mismo contexto mujeres y niñas experimentan muchas veces problemas relacionados con el embarazo y la salud ginecológica, lo que puede aumentar sus problemas de salud y otras complicaciones.⁸⁶

Además, existe una brecha entre la aplicación de los derechos humanos y el disfrute en la práctica de estos. Si bien como desarrollaremos más adelante los Estados deben proporcionar una atención primaria esencial de salud independiente de su situación migratoria, los Estados han demostrado poca voluntad para cumplir esta normativa, variando notablemente en cada Estado, condicionando la mayoría de estos el acceso a la condición regular migratoria.⁸⁷

Por lo anterior, es necesario determinar los estándares aplicables, y en qué medida los Estados pueden hacer dichas distinciones, considerando que los migrantes pueden estar más expuestos a una mala salud⁸⁸, lo que tendrá un impacto en la vida de los y las migrantes y también implicancias en la salud de la población general.

iii) Marco normativo del derecho a la salud de los migrantes en situación irregular

- **Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y Observación General N° 14 Comité DESC**

El artículo 12 del PIDESC, contiene una definición completa de lo que significa el derecho a la salud, señalando que este derecho *“se refiere al derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”*.

Además, el comité se ha encargado de darle contenido a este derecho en su observación general N° 14 e indica que el derecho a la salud implica que los Estados

⁸⁵ Ibídem Párr. 33 a 37

⁸⁶ ONU, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, A/HRC/14/30, 16 de abril de 2010, párr. 31

⁸⁷ Ibídem, Párr. 26 y 27.

⁸⁸ Ibídem, párr. 23.

tiene la obligación de velar por el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos, así como a la educación en materia de salud; programas de reconocimientos periódicos; tratamiento apropiado de enfermedades entre otros y la obligación de prevenir, tratar y controlar las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y especialmente, se indica que los Estados tienen la obligación de crear “*condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad*”.⁸⁹

Además, establece las 4 condiciones mínimas para su realización, a saber, la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad y las obligaciones inmediatas como la no discriminación.⁹⁰

Al respecto de las personas migrantes, esta misma observación general señala que los Estados deben velar por que todas las personas incluidos los migrantes tengan acceso a los servicios de salud independientemente de su situación legal y documentación.⁹¹

- **Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares**

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares no reconoce de manera amplia el derecho a la salud, sino que de manera específica señala que los trabajadores migratorios tienen derecho a la atención médica de urgencia, la que debe ser otorgada en las mismas condiciones que a los nacionales, no pudiendo negarla por motivos de irregularidad.

Al respecto, el Comité sobre los Trabajadores Migratorios señala que este artículo leído en conjunto con otros instrumentos internacionales de derechos humanos puede imponer obligaciones más amplias para los Estados toda vez que el artículo 12 del PIDESC establece el derecho a la salud sin discriminación alguna, abarcando la atención primaria de salud y otros servicios, además indica recordando lo señalado por el Comité de los derechos de niño que todos los niños, niñas y adolescentes migrantes, tienen derecho a recibir la misma atención de la salud que los nacionales, así mismo que las mujeres migrantes deben tener acceso a una atención de la salud prenatal y posnatal adecuada, a servicios seguros de salud reproductiva y a la atención obstétrica de urgencia.⁹²

Por su parte, el Comité indico que si bien la atención medica no debe ser necesariamente gratuita, en base al principio de igualdad debe aplicarse las mismas

⁸⁹ Comité DESC, Observación General N° 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo12).

⁹⁰ Comité DESC, Ibídem, Párr. 30.

⁹¹ Comité DESC, Ibídem, Párr. 34

⁹² Comité Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Op. Cit. 66. párr. 72

reglas que a los nacionales, debiendo evitar las prácticas de cobro excesivo a los migrantes en situación irregular, debiendo asegurar en todo momento la atención de urgencias aún sin los recursos económicos suficientes para pagar.⁹³

Como se indicó precedentemente otra de las barreras con que se encuentran los migrantes en situación irregular, es el miedo acceder a los servicios por riesgo a ser deportados. Con el objetivo de eliminar estos obstáculos, el comité indico que los Estados no deben utilizar la salud como instrumento de control de la inmigración y no se debe exigir ni a las instituciones de salud pública ni a los proveedores de servicios de salud que entreguen a las autoridades de inmigración o compartan con ellas información sobre la situación migratoria de un paciente.⁹⁴

Estas son las denominadas barreras cortafuego, que consisten en la separación entre el control migratorio y otros servicios públicos para que autoridades migratorias no puedan acceder a información sobre el estatus migratorio de una persona que acude a un servicio público, esto para eliminar el miedo a ser denunciados ante autoridades migratorias y su consecuente deportación.⁹⁵

Estas barreras cortafuego han sido consideradas como parte de las obligaciones de los Estados para asegurar el acceso a servicios a los migrantes, y se ha recomendado la inclusión de garantías para la protección de información entre estados y órganos de un mismo estado.⁹⁶

iv) Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Convención Americana sobre Derechos Humanos, CIDH y Jurisprudencia de la Corte IDH

La CADH en su artículo 26 consagra los Derechos Económicos Sociales y Culturales, y si bien no hace referencia explícita al derecho a la salud, lo consagra de manera indirecta a través de la remisión a la Carta de la OEA.

Por su parte, el Protocolo san Salvador consagra este derecho en su artículo 10 e indica que toda persona tiene derecho a la salud y lo reconoce como un bien público, indicando medidas que deben adoptar los Estados para poder garantizarlo.

Este derecho, no establece diferencia o mención de manera precisa a los migrantes en situación irregular, por lo que, en principio, al igual como lo indicamos respecto al derecho a la seguridad social aplican los principios generales de derechos

⁹³ *Ibíd.*, párr. 73

⁹⁴ *Ibíd.*, párr. 74

⁹⁵ ONU, Informe Relator, Felipe González, Derechos humanos de los migrantes, Distr. general 26 de julio de 2018Párr. 33 a 37

⁹⁶ *Ibíd.*

humanos como la igualdad y no discriminación, por lo que debemos entender que la situación migratoria administrativa no puede ser una razón para discriminar y por tanto si el Estado establece diferencias, deben ser objetivas y razonables.

La Corte IDH en su jurisprudencia ha tenido mayores oportunidades para analizar el derecho a la salud e inclusive ha tenido la posibilidad de referirse en materia de migrantes en situación irregular y declarar directamente vulnerado el derecho a la salud contenido en el artículo 26 de la CADH. Así mismo, la CIDH ha tenido la oportunidad de analizar el derecho a la salud en relación a la migración irregular a través de la prohibición de la tortura.

a) Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.

Este caso, se refiere al uso excesivo de la fuerza por agentes militares dominicanos en contra de un grupo de haitianos, y como consecuencia de ésta perdieron la vida siete personas y varias más resultaron heridas.

Al respecto del derecho a la salud, la Corte IDH hace suyo y reitera el estándar internacional en la materia, señalando que la atención médica en casos de emergencia debe ser brindada en todo momento para los migrantes en situación irregular, debiendo los Estados proporcionar atención integral y garantizar bienes y servicios de salud accesibles a todos, en especial a los sectores más vulnerables y marginados, sin discriminación por alguna de las categorías prohibidas del artículo 1.1. de la CADH.⁹⁷

b) Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349.

Este caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado chileno por no garantizar al señor Vinicio Antonio Poblete Vilches su derecho a la salud sin discriminación mediante servicios necesarios básicos y urgentes en atención a su situación especial de vulnerabilidad como persona adulta mayor.

Este caso no hace referencia a la situación de migrantes en situación administrativa irregular, no obstante, respecto al derecho a la salud, es fundamental en el mismo sentido que el caso Muelle Flores Vs. Perú de 2019, ya que si bien de manera previa

⁹⁷ Corte IDH, Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251. Párr. 108.

la Corte IDH se había referido al derecho a la salud, es la primera vez que lo declara vulnerado directamente a través del artículo 26 de la CADH.

En este caso, la Corte IDH hace suyos los estándares internacionales en materia de salud utilizando el corpus juris en materia de derechos humanos, y específicamente se refiere a la situación de la atención de urgencia señalando el contenido mínimo de este derecho y recalando la plena aplicación del principio de igualdad y no discriminación, indicando “*que como condición transversal de la accesibilidad a los servicios de salud, el Estado está obligado a garantizar un trato igualitario a todas las personas*”.⁹⁸ Además, la Corte IDH por primera vez se refiere al derecho a la salud de las personas mayores aludiendo a su especial situación de vulnerabilidad.

Entonces, si bien este caso no hace referencia a migrantes irregulares, si resulta de utilidad toda vez que en primer lugar sienta el precedente de la justiciabilidad de este derecho ante la Corte IDH, y en segundo lugar, porque lo analiza en relación a un grupo particular y tomando en consideración especial la situación de vulnerabilidad, elemento clave cuando estamos antes personas con situación migratoria irregular.

c) Caso Cuscul Pivaral Y Otros Vs. Guatemala, Sentencia De 23 De Agosto De 2018, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones Y Costas). Serie C No 359.

Este tercer caso, se refiere al acceso al derecho a la salud de personas que viven o vivieron con VIH y sus familias.

La Corte IDH, al igual que en el caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile, incorpora los estándares del corpus juris internacional de derechos humanos en materia de salud, refiriéndose de manera particular al principio de igualdad y no discriminación aplicable. Señalando que “*la obligación de los Estados en el respeto y garantía del derecho a la salud adquiere una dimensión especial en materia de protección a personas en situación de vulnerabilidad*”⁹⁹

Por tanto, al igual a lo indicado en relación al caso Poblete Vilches, los estándares aplicados por la corte y la incorporación de los estándares internacionales en cuanto a las obligaciones que derivan de este derecho, permiten su aplicación en circunstancias análogas como es el caso de migrantes en situación irregular.

⁹⁸ Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, Párr. 122 y 123

⁹⁹ Corte IDH, Caso Cuscul Pivaral Y Otros Vs. Guatemala, Sentencia De 23 De Agosto De 2018, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones Y Costas) Serie C No 359, Párr. 131

d) Informe No. 63/08, Caso 12.534, Andrea Mortlock, Estados Unidos, 25 de julio de 2008.

El caso se refiere a la Sra. Andrea Mortlock ciudadana de Jamaica quien se encontraba bajo amenaza de deportación por parte de Estados Unidos a su país de origen, por lo que le serían negados medicamentos para su tratamiento de VIH/SIDA, lo que podría generar su muerte.

En este caso, la CIDH deja establecido que no se trata de infracciones al derecho a la salud toda vez que no se le ha negado el acceso al cuidado médico en los Estados Unidos a la víctima, sino que se debe establecer si en este caso concreto, la expulsión debido a la situación irregular constituye una pena cruel.

La CIDH, concluyo que en el caso de la Sra. Mortlock la deportación puede considerarse un castigo severo y que enviar conscientemente a la víctima a Jamaica donde se sabe que el actual sistema de atención medica es insuficiente, implicaría en la practica un sufrimiento prolongado y una muerte prematura.¹⁰⁰

Si bien, como se indicó precedentemente la CIDH determinó que en este caso no se vulneraba el derecho a la salud, si implicó de una manera indirecta la protección de éste ya que lo privilegió ante la situación migratoria irregular de la víctima argumentando consideraciones humanitarias. Esto marca un precedente al establecer la condición migratoria como un factor no determinante en el análisis del derecho a la salud de la víctima.

V) Sistema Europeo de Derechos Humanos: Jurisprudencia relevante

En el Sistema Europeo de Derechos Humanos, la Carta Social Europea es el instrumento que consagra los Derechos Económicos Sociales y Culturales, específicamente el derecho a la salud se establece en el artículo 11 de dicho instrumento, por su parte el Convenio Europeo no hace referencia explícita a este derecho, no obstante, hace una somera referencia a este en el artículo 8.2 sobre el Derecho al respeto a la vida privada y familiar.¹⁰¹

¹⁰⁰ CIDH, Informe No. 63/08, Caso 12.534, Admisibilidad y Fondo, Andrea Mortlock, Estados Unidos, 25 de Julio de 2008, Párr. 85, 86, 91, 94 Y 95.

¹⁰¹ GALLEGO HERNÁNDEZ, ANA, El Derecho a la Salud en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Universidad Pablo de Olavide (España), 2018. Pág. 641 y 642.

Respecto a este derecho, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en 2006 determinó un principio básico en materia de migración irregular, y es que no se debe negar a los migrantes en situación irregular atención a la salud de emergencia y que los Estados deben tomar en consideración las especiales necesidades de los grupos vulnerados como los niños, personas con discapacidad, mujeres embarazadas y adultos mayores.¹⁰²

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos si bien no tiene jurisprudencia específica en cuanto a la atención a la salud de los migrantes en situación irregular, si se ha referido a este derecho de forma indirecta en materia de niños, niñas y adolescentes a través de la prohibición de tratos crueles inhumanos y degradantes contenido en el artículo 3 del Convenio Europeo.

a) European Committee on Social Rights, International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. France. Reclamation Nº 14/2003.

El caso se refiere a una supuesta violación por parte del Estado de Francia del derecho a la asistencia médica al eliminar la excepción que favorecía a los inmigrantes que se encontraban en situación irregular y con muy bajos ingresos para eximirse a pagar por tratamientos médicos y hospitalarios, además se alega que una reforma en 2012 restringió el acceso a los servicios médicos por parte de hijos de inmigrantes en situación irregular.

El Comité declaró que toda *“legislación o práctica que niegue el derecho a la asistencia médica de ciudadanos extranjeros, dentro del territorio de un Estado Parte, aunque aquellos se encuentren allí ilegalmente es contraria a la Carta”*, que si bien no todos los derechos de la Carta pueden extenderse a los inmigrantes en situación irregular, la carta se debe interpretar teniendo en cuenta su objetivo y siendo coherente con la dignidad humana; no obstante, indico que en el presente caso no se privó de este derecho a los migrantes ya que los migrantes en situación irregular podían efectivamente acceder a algunas formas de asistencia medica después de tres meses de residencia y que los demás ciudadanos extranjeros podían obtener en cualquier momento tratamiento para emergencias y enfermedades mortales.

Por tanto, el Comité no declaró vulnerado el artículo 13, pero si declaró vulnerado el derecho a la protección de los niños, niñas y adolescentes, toda vez que si bien el acceso a la salud de los niños, niñas y adolescentes fue similar a la de los adultos, la protección que alcanza este derecho en su caso más amplia.

¹⁰² Resolución 1509 (2006) sobre los derechos humanos de los migrantes en situación irregular, párr. 13.2. Disponible en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17456>

El caso es de primordial importancia, toda vez que si bien no declara vulnerado el derecho a la salud, si señala que el derecho debe estar garantizado independiente de la situación migratoria. Además en relación a los niños, niñas y adolescentes y migrantes es claro al reconocer la particular situación de vulnerabilidad de estos.¹⁰³

b) TEDH, Muskhadzhiyeva and Others v. Belgium, Application No. 41442/07

El caso se refiere a la Sra. Aina Muskhadzhiyeva y sus cuatro hijos, ciudadanos Rusos quienes huyeron de Chechenia, y llegaron a Bélgica donde buscaron asilo. Previamente habían estado un tiempo en Polonia por lo que dicho país acordó hacerse cargo de ellos en virtud del convenio de Dublín II, por tanto las autoridades Belgas les denegaron el permiso para permanecer en Bélgica, les ordenaron abandonar el país y fueron detenidos en un centro de tránsito a la espera de su expulsión.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, declaró responsable al Estado de Bélgica por la vulneraron a la prohibición de tortura, tratos crueles inhumanos y degradantes en relación a los niños, basándose en la extrema vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes, lo que debe ser una consideración primordial debiendo ésta tener prioridad por sobre la condición de extranjero en situación de irregularidad. Si bien en el presente caso, los cuatro niños no fueron separados de su madre, esto no es suficiente para eximir de responsabilidad al Estado, quienes estuvieron detenidos durante más de un mes en un centro cerrado que no estaba diseñado para alojar niños, niñas y adolescentes.¹⁰⁴

El presente caso, si bien no se refiere específicamente al derecho de los migrantes en situación irregular sino a materia de asilo, de una manera indirecta establece estándares en la materia. El Tribunal es claro al indicar que la situación de irregularidad no puede ser determinante ante la condición de extrema de vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes, debiendo tener especial atención a sus necesidades para resguardar la salud de estos en todo momento.

vi) Análisis comparado estándares sentencias del SIDH y sentencias relevantes del SEDH.

Como podemos observar en las sentencias señaladas, tanto del SIDH y del SEDH, existe consenso sobre la protección incondicional del derecho a la salud

¹⁰³ International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. France, Complaint No. 14/2003, European Committee on Social Rights, parr. 29 y 36.

¹⁰⁴ Muskhadzhiyeva and Others v. Belgium, Application No. 41442/07, 19-01-2010

independiente de la situación administrativa del migrante cuando se relaciona con el derecho a la vida, así lo podemos ver en el caso de Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana respecto de la atención de urgencia o cuando se relaciona con casos de tratos, crueles, inhumanos y degradantes como en el caso de Andrea Mortlock vs Estados Unidos o Muskhadzhiyeva and Others v. Belgium.

Pero además, ambos sistemas al realizar el análisis de los casos nos entregan otras herramientas que nos permiten la elaboración de estándares más protectores de la personas migrantes en situación irregular, y es que en las sentencias se deja de manifiesto que aplica el principio base de igualdad y no discriminación aunado a la situación de especial vulnerabilidad de las personas, ya sean adultos mayores o niños, niñas u adolescentes.

Esto resulta de gran importancia, ya que en primer lugar, las personas migrantes en situación irregular son precisamente un grupo que se encuentra en una situación de extrema vulnerabilidad debiendo ser sujetos de especial protección en materia de salud, y en segundo lugar porque en muchas ocasiones la condición de migrante irregular converge y se interrelaciona con otras situaciones de vulnerabilidad como ser mujer o niño, niña o adolescente.

Por tanto, la interpretación de las sentencias analizadas nos permiten elaborar estándares más protectores en casos de personas migrantes en situación irregular y su acceso al derecho a la salud, sin que la situación administrativa sea determinante y no limitándolo solamente al derecho a la vida.

5. ANÁLISIS REGULACIONES NACIONALES y MIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR: ESPAÑA Y ARGENTINA

En este capítulo, se analizarán políticas migratorias comparadas de España y Argentina, no obstante, no se pretende establecer una práctica generalizada a través de este análisis sino realizar una revisión de ciertas normativas y sus implicancias, con el fin de ejemplificar la realidad para los migrantes en situación irregular en materia de derecho a la salud y seguridad social en consideración al contexto migratorio actual.

Se analizan estos países ya que ambos son considerados países receptores de migrantes donde se han implementado diferentes normativas en respuesta a los flujos migrantes, además nos permiten revisar realidades que se enmarcan en contextos culturales diferentes, con sistemas de protección de derechos humanos diferentes.

5.2) ESPAÑA

i) Contexto migratorio en España: Situación migrantes irregulares

España, al igual que otros países europeos se ha visto afectado por la alta migración y la intensificación de los flujos migratorios. Esto aunado a la crisis económica mundial y a las medidas de austeridad, ha modificado el panorama en la elaboración de políticas migratorias limitando los derechos económicos, sociales y culturales que antes estaban disponibles.¹⁰⁵ Lo anterior ha tenido un impacto desproporcionado en los migrantes en.¹⁰⁶

A este respecto, si bien España cuenta con una trayectoria en la inclusión de niñas, niños y adolescentes en programas educativos, aún queda camino en relación a la inclusión de los migrantes en situación irregular en el acceso a los servicios de vivienda y salud.¹⁰⁷

En marzo de 2018, 36 organizaciones presentaron un informe conjunto al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para el Examen del 6º Informe Periódico de España, en el cual explicitan la situación que ocurre en España en relación a los migrantes, indicando que desde 2012 las políticas de austeridad han causado una importante regresión respecto de los DESC.¹⁰⁸

ii) Normativa y Jurisprudencia relevante

a) SALUD:

a.1) Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril de 2012

Un reflejo de lo anterior es 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”, este Decreto afectó el

¹⁰⁵ ONU, Op. Cit. 12, pág. 41

¹⁰⁶ Informe De País De Picum, Los Migrantes Irregulares y La Estrategia Europa 2020: Haciendo De La Inclusión Social Una Realidad Para Todos Los Migrantes En España, 2016, Pág. 2. Disponible en: https://picum.org/wp-content/uploads/2017/11/UndocumentedMigrantsandEurope2020StrategyinSpain_ES.pdf

¹⁰⁷ *Ibíd.*

¹⁰⁸ Informe Conjunto al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Examen del 6º Informe Periódico de España, 63a sesión del CESCR, marzo 2018. Párr. 25.

derecho a la salud de las personas migrantes en situación irregular, fracturando su carácter universal y gratuito.¹⁰⁹

El principal argumento del Estado es que se encuentra en una situación de “grave dificultad económica” y es necesario racionalizar el gasto público¹¹⁰ y detener el “turismo social”.¹¹¹

Este decreto solo permitía el acceso en situaciones excepcionales como son la urgencia, el embarazo y a los menores de edad,¹¹² no obstante, no significa que garantizara siempre este derecho ya que en la práctica muchos centros de salud negaban esta atención o les exigían firmar un compromiso de pago.¹¹³

Lo anterior, tuvo como consecuencia, que los migrantes en situación irregular no pudieran acceder a los sistemas de salud, y entre 2014 y 2015 más de 1.500 migrantes en situación irregular habían sufrido restricciones para acceder a los servicios de salud. Asimismo, se les negaron métodos anticonceptivos y aborto a mujeres por el hecho de tener una situación migratoria irregular.¹¹⁴

Esta negación a los servicios de salud tiene como consecuencia mayor uso de servicios de emergencia, lo que genera saturación e incremento en los costos a largo plazo, ya que la atención preventiva es más rentable que la atención de

¹⁰⁹ ESTRADA TANCK, DOROTHY (2017), *Protección de las Personas Migrantes Indocumentadas en España con Arreglo al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos*, Cuadernos de Derecho Transnacional. Vol. 9, N° 2, pp. 255-277, Párr. 76 file:///C:/Users/cnavarrop/Downloads/Proteccion_de_las_personas_migrantes_indocumentada.pdf; (fecha de consulta: 13/12/18); GONZÁLEZ, SHEILA GARCÍA, (2017) *El impacto del RDL 16/2012 en la población migrante irregular. Exclusión sanitaria y producción masiva de vulnerabilidad en España*. Exclusión sanitaria y producción masiva de vulnerabilidad en España”, en Rodríguez Delgado, Janet: Vulnerabilidad, justicia y salud global, ILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas, n° 26, 179-187. pág.179. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6278556> (fecha de consulta: 13/12/18)

¹¹⁰ 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”, Boletín Oficial del Estado (BOE) n° 98, de 24 de abril de 2012. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2012/04/24/pdfs/BOE-A-2012-5403.pdf>. (fecha de consulta: 13/12/18)

¹¹¹ GONZÁLEZ, SHEILA GARCÍA, Op. Cit. 44. Pág. 180

¹¹² ESTRADA TANCK, DOROTHY (2017), *Protección de las Personas Migrantes Indocumentadas en España con Arreglo al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos*, Cuadernos de Derecho Transnacional. Vol. 9, N° 2, pp. 255-277, Párr. 76 file:///C:/Users/cnavarrop/Downloads/Proteccion_de_las_personas_migrantes_indocumentada.pdf; (fecha de consulta: 13/12/18); GONZÁLEZ, SHEILA GARCÍA, (2017) *El impacto del RDL 16/2012 en la población migrante irregular. Exclusión sanitaria y producción masiva de vulnerabilidad en España*. Exclusión sanitaria y producción masiva de vulnerabilidad en España”, en Rodríguez Delgado, Janet: Vulnerabilidad, justicia y salud global, ILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas, n° 26, 179-187. pág.179. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6278556> (fecha de consulta: 13/12/18)

¹¹³ Informe De País De Picum, Op. Cit. 106. pág.2

¹¹⁴ *Ibidem*.

urgencia, y pone en riesgo la salud de los pacientes y de toda la sociedad en su conjunto en términos de salud pública.¹¹⁵

Al respecto, en 2013 la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, envió una carta al gobierno español advirtiendo que los cambios realizados en virtud del decreto, y que reducen el acceso al sistema de salud pública no son compatibles con las obligaciones de derechos humanos¹¹⁶, cuestión que reiteró en 2014 en un comunicado de prensa.¹¹⁷

a.2) STC 139/2016, de 21 de julio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra

Las consecuencias del Real decreto Ley 16/2012, se vieron agravadas con el fallo del Tribunal Constitucional Español de 2016, que valida el Real Decreto-ley 16/2012¹¹⁸, señalando que *“dentro del margen del legislador de establecer sus prioridades, la norma examinada no responde a una opción arbitraria, sino a la preservación de bienes o intereses constitucionalmente protegidos ...observándose, en la distinción entre extranjeros con autorización de residencia y los que carecen de ella, la debida proporcionalidad y dando cumplimiento a las obligaciones internacionales en la materia”*.

Además indica que no se vulneran tratados internacionales, ya que según lo dispuesto en el artículo 2.1, 4 y 12.1 del PIDESC, los derechos pueden ser sometidos a limitaciones legales, y que en ningún caso las prestaciones deben ser siempre gratuitas para los beneficiarios. Así mismo sustenta su argumento en la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea y la Carta Social Europea.

Posterior a esta sentencia, son varios los fallos del TC Español que se refieren a dicho decreto real los cuales también validaron la reforma realizar por el Decreto 16/2012.¹¹⁹

¹¹⁵ *Ibíd.*

¹¹⁶ Anna MORERO BELTRÁN, Ana BALLESTEROS PENA, Las consecuencias de la aplicación del Real Decreto-Ley de Regulación Sanitaria RD 16/2012 sobre la salud de las mujeres inmigradas, GRC Copolis, Benestar, Comunitat i Control social Universitat de Barcelona, 2015. Investigaciones Feministas 2014, vol. 5 317-341, pág. 318.

¹¹⁷ UN rights expert calls on Spain for “a meaningful commitment to protecting the human rights of all, 29 de abril de 2014, Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14545&LangID=>

¹¹⁸ STC 139/2016, de 21 de julio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra.

¹¹⁹ GÓMEZ ZAMORA, LEOPOLDO J. (2018), Comentario al Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de Julio, Sobre el Acceso Universal al Sistema Nacional De Salud.” Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha,

a.3) Comunidades autónomas y el acceso a la salud de los migrantes en situación irregular

En España el Sistema Nacional de Salud es gestionado por los servicios de salud de la administración general del Estado y también por las comunidades autónomas, quienes trabajan de manera coordinada para cubrir las necesidades. Esto ha implicado que a su vez existan diferentes criterios de aplicación del decreto señalado, especialmente de las comunidades autónomas.

Un ejemplo de esto es que en 2012 el tribunal constitucional relativo al País Vasco ratifica el acceso a la asistencia sanitaria universal, señalando que este debe prevalecer a la consideración de un ahorro económico, ya que la protección a la salud es un derecho social consagrado en la Constitución española.¹²⁰

En este mismo sentido, la mayoría de los gobiernos autónomos pusieron en marcha modelos para ampliar los criterios de acceso al sistema de salud y así incluir a los grupos que habían sido excluidos por el decreto.

Por tanto, el panorama es diverso, existen comunidades que aplican el decreto en su totalidad como Madrid, y existen comunidades contrarias al gobierno central que rechazan la aplicación del RDL 16/12, adoptando medidas para entregar tarjeta sanitaria a las personas inmigrantes en situación irregular como Andalucía, Aragón, Asturias, Canarias, Cantabria, Cataluña, Extremadura, Galicia y Comunidad Valenciana.¹²¹

Lo anterior, genera confusión para los usuarios y para los administradores de los servicios de salud, así como disparidades y desigualdad al acceso a la salud dentro del mismo territorio. No obstante, el actuar de las Comunidades Autónomas refleja la aplicación de un enfoque de derechos humanos en que primaron los derechos humanos de los y las migrantes por sobre consideraciones económicas, otorgando así una protección superior a otorgada por el gobierno central.

ISSN-e 2386-8104, N°. 15, 2018, págs. 281-330, pág. 290. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6567956> (fecha de consulta: 13/12/18)

¹²⁰ Ibídem. Pág. 11.

¹²¹ Anna MORERO BELTRÁN, Ana BALLESTEROS PENA, Las consecuencias de la aplicación del Real Decreto-Ley de Regulación Sanitaria RD 16/2012 sobre la salud de las mujeres inmigradas, GRC Copolis, Benestar, Comunitat i Control social Universitat de Barcelona, 2015. Investigaciones Feministas 2014, vol. 5 317-341, Pág. 321 y 322

a.4) Real Decreto-ley 7/2018

Posteriormente con un cambio de gobierno se emitió el Real Decreto-ley 7/2018¹²², de 27 de julio sobre “El acceso universal al Sistema Nacional de Salud” el cual revirtió la situación anterior generada por el Decreto-ley 16/2012, argumentando la necesidad de la reforma ya que el decreto anterior supuso de facto una vulneración al derecho a la salud utilizando criterios economicistas, siendo los argumentos coyunturales y de limitado alcance temporal, los cuales no han demostrado una mejora en la eficacia de sistema sanitario.

Lo relevante de este proceso, es que se puede observar la falta de un criterio uniforme y claro respecto a aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, estando sujetas las políticas migratorias a los gobiernos de turnos y a enfoques economicistas. Todo esto en un contexto global de migración que requiere mayor atención y protección a las personas en mayor situación de vulnerabilidad.

Resulta relevante reconocer el actuar de las comunidades autónomas, las cuales como se indicó precedentemente, pese al Real Decreto Ley de 2012 mantuvieron una postura con enfoque de derechos humanos.

b) SEGURIDAD SOCIAL:

b.1) L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la L.O. 4/2000, de 11 de enero.

En España el derecho a la seguridad social se encuentra reconocido en la Ley Orgánica 4/2000 reformada por la L.O. 2/2009 del 11 de diciembre de 2009¹²³. Esta última reforma significó un avance y tiene vital importancia y alcance para el derecho migratorio¹²⁴, no obstante, como observaremos no ha sido suficiente y presenta aspectos negativos y contradictorios.

Las razones que impulsaron la reforma en 2009, se refieren a la necesidad de incorporar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, incorporar las directivas

¹²² Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud. ”, Boletín Oficial del Estado (BOE) n° 183, de 30 de julio de 2018. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2018/07/30/pdfs/BOE-A-2018-10752.pdf> (fecha de consulta: 13/12/18)

¹²³ Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE» núm. 299, de 12 de diciembre de 2009, páginas 104986 a 105031. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2009/12/11/2>

¹²⁴ RAQUEL VELA DÍAZ, La Situación Administrativa Del Trabajador/A Extranjero y el Derecho a la Prestación Por Desempleo: Visión Desde una Perspectiva de Género, VI Encuentro Internacional de Investigadores en derecho de Inmigración y Asilo, Valencia, 2012. Pág.2. Disponible en: http://idh.uv.es/migralaw/PDF/Raquel_Vela_Diaz.pdf

europas sobre migración y la necesidad de adaptar la ley a la realidad migratoria.¹²⁵

Específicamente los derechos de los extranjeros en materia de Seguridad Social, se encuentran consagrados en primer lugar en su artículo 10.1, el cual indica que: *“Los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a **acceder al sistema de la Seguridad Social**, de conformidad con la legislación vigente.”*

En segundo lugar en el artículo 14 sobre Derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales, el cual señala que *“1. Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y **servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles**. 2. Los extranjeros residentes tienen derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a las generales y básicas como a las específicas, en las mismas condiciones que los españoles. En cualquier caso, los extranjeros con discapacidad, menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en España, tendrán derecho a recibir el tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico. 3. **Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas.**”*

Esta modificación en primer término en su artículo 14, no es clara en cuanto a los migrantes en situación irregular y sólo hace referencia a residentes. No obstante, en el tercer párrafo señala que independiente de la situación administrativa, los migrantes tendrán acceso a servicios y prestaciones básicas. Es decir, los migrantes en situación irregular tendrán derecho a la cobertura en las situaciones de necesidad social básicas. Entonces, la normativa no contempla un reconocimiento del sistema de seguridad social al migrante en situación irregular, pero no exige la residencia legal de los migrantes para acceder a los servicios y prestaciones sociales básicas.

Ligado a lo anterior, fundamental importancia tiene el artículo 36.5 de la señalada ley, el cual establece que: *“5. **La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación...**”*

¹²⁵ MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; “El modelo de protección legal del trabajador extranjero tras la reforma realizada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre”. Aranzadi Social, n. 19/2010. Pamplona. 2010. Pág. 225.

Por tanto, el contrato es plenamente válido y corresponden las prestaciones que derivan de este. Predomina así la protección de las personas migrantes por su condición laboral y no por su condición administrativa o nacionalidad. Es decir, si una persona trabaja en España debe cotizar, independiente de su situación administrativa, y si trabaja tiene derecho al cobro de seguridad social por accidentes de trabajo. Así también lo indica el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.¹²⁶

En esta línea, como se indicó precedentemente, inclusive antes del 2009 el Tribunal fallaba reconociendo la relación laboral,¹²⁷ indicando que la falta de autorización correspondiente para trabajar no invalidaba el contrato de trabajo y los derechos derivados de este. Estos pronunciamientos reconocen un estándar mínimo de derechos fundamentales para los migrantes irregulares en el ámbito laboral.¹²⁸

b.2) Exclusión protección por desempleo, artículo 36, L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la L.O. 4/2000, de 11 de enero.

Sin embargo, al analizar en su totalidad el artículo 36 encontramos ciertas limitaciones para los migrantes en situación irregular, y es que las prestaciones tienen que ser compatibles con la situación jurídica del extranjero, que el reconocimiento de las prestaciones no supone la modificación administrativa del extranjero y que se excluye expresamente la protección por desempleo.¹²⁹

Se presenta en la ley una situación en la que hay que distinguir, hay que diferenciar el origen de la contingencia específica, ya que, si esta deriva de un accidente del trabajo o enfermedad profesional, el migrante en situación irregular accede a los derechos de la relación laboral, pero cuando estos derivan de una contingencia común, no sería suficiente para el beneficio de las prestaciones sociales.¹³⁰

¹²⁶ CORDOBA BENAVIDES, CELIA, Los derechos fundamentales de los inmigrantes en España: derecho al sufragio activo y pasivo, 2014. Universidad de Almería. Pág. 23. http://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/3482/2687_PROYECTO.pdf?sequence=1&isAllowed=y; Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, BOE» núm. 154, de 29 de junio de 1994, páginas 20658 a 20708. art. 106.1. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/1994/06/20/1>, fecha de revisión: 17/09/19

¹²⁷ Sentencia Tribunal Constitucional Español RTC/2007/236 de 7 de noviembre y Sentencia Tribunal Constitucional Español RTC/2007/259 de 10 de diciembre.

¹²⁸ Tesis Doctoral Derechos Laborales y de Seguridad Social de los Inmigrantes Irregulares en España, Deposito de Investigación, Universidad de Sevilla. pág. 261. Disponible en <https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/36666/TESIS%20DOCTORAL%20DERECHOS%20LABORALES%20Y%20DE%20SEGURIDAD%20SOCIAL%20DE%20T.pdf?sequence=2&isAllowed=y> Fecha de revisión: 21/09/19

¹²⁹ *Ibidem*, pág. 259.

¹³⁰ *Ibidem*, pág. 258.

Antes de la reforma de 2009, el Tribunal Supremo en 2008 en una unificación de doctrina, confirmó el criterio interpretativo restrictivo que se utilizaba hasta la fecha, en virtud del cual las prestaciones sociales no son extensibles a los extranjeros que residen y trabajan en situación irregular a pesar de considerar el contrato plenamente válido, esto especialmente respecto de las prestaciones por desempleo,¹³¹ pero posterior a la reforma, esto incluso fue más restrictivo, ya que ahora en la normativa no solo exige la autorización sino que además desde 2009, exige autorización de residencia y trabajo.¹³²

Esta exclusión de la protección por desempleo implica una desprotección para el migrante en situación irregular, y no es consecuente con el punto 5 del artículo 36, toda vez que se basa en la situación administrativa del migrante a pesar que el migrante es efectivamente un auténtico trabajador. Es decir, si dicha situación no invalida el contrato de trabajo, porque se excluye de la protección en caso de desempleo, esto es obviar una realidad¹³³ estableciendo distinciones basadas solamente en la situación migratoria, sin prestar mayores argumentos de porqué esta distinción, sobre todo considerando la especial situación de vulnerabilidad del migrante.

Lo anterior, es contrario a los estándares internacionales analizados, ya que la situación de desempleo es una situación de especial vulnerabilidad que se agrega a la situación de irregularidad migratoria. Tal como se indicó precedentemente, el objetivo del derecho a la seguridad social es impedir que personas vivan en situaciones desesperadas y otorgar oportunidades a los miembros más vulnerables de la sociedad, por ejemplo, en caso de desempleo,¹³⁴ y su salvaguardia debe ser primordial, independiente de su estatus migratorio basándose en el principio de la dignidad humana.¹³⁵

¹³¹ RAQUEL VELA DÍAZ, La Situación Administrativa Del Trabajador/A Extranjero y el Derecho a la Prestación Por Desempleo: Visión Desde una Perspectiva de Género, VI Encuentro Internacional de Investigadores en derecho de Inmigración y Asilo, Valencia pág. 6. Disponible en: http://idh.uv.es/migralaw/PDF/Raquel_Vela_Diaz.pdf; Sentencia de 18 de marzo de 2008 (RJ 2008, 2065) y Sentencia de 12 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 5970).

¹³² FERNÁNDEZ, FRANCISCO, La Consolidación de la Autorización Para Trabajar del Extranjero Mediante el Alta en La Seguridad Social, Universidad de Miguel Hernández, Elche. España. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales N° 19, pp. 69-84, 2015, ISSN: 1575-0825, e-ISSN: 2172-3184, DOI: <http://dx.doi.org/10.20932/barataria.v0i19.26>, pág. 75.

¹³³ MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; “El modelo de protección legal del trabajador extranjero tras la reforma realizada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre”. Aranzadi Social, n. 19/2010. Pamplona. 2010. Pág. 226

¹³⁴ ONU, Op. Cit. 11, pág. 12; ACNUDH, Folleto informativo N° 33: Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales, pág. 27; Red-Desc. Op. Cit. 56.

¹³⁵ Corte IDH, Op. Cit. 15. Párr. 157.

5.2) ARGENTINA

i) Contexto migratorio en Argentina: Situación migrantes irregulares

Como señalamos, los flujos migratorios aumentan a nivel mundial siendo Argentina uno de los principales receptores de migrantes de la región. Esto aunado a los cambios políticos y la tendencia a gobiernos más conservadores ha generado cambios en las políticas migratorias afectando a los migrantes en situación irregular.

La ley de migraciones de Argentina N° 25.871¹³⁶ fue promulgada el 20 de enero de 2004 y reglamentada por decreto 616/2010 del 3 de mayo de 2010 (B.O. 6/5/2010), y constituía un ejemplo de avance en la región reconocido internacionalmente.¹³⁷ La ley de migraciones consagraba un enfoque de derechos humanos de los inmigrantes, eliminando la lógica de la seguridad nacional, privilegiando la regularización en lugar de la criminalización.¹³⁸ Además otorgaba a todos los trabajadores migratorios el acceso a los servicios de salud fuese cual fuese su situación legal.¹³⁹

En 2017 en respuesta al contexto regional y mundial de migraciones, las políticas migratorias en Argentina han dado un vuelco en relación a lo anterior. En este sentido, el presidente Mauricio Macri basándose en el “crecimiento del crimen organizado internacional”,¹⁴⁰ emitió el Decreto N° 70/2017, que modifica la Ley de Migraciones N° 25.871¹⁴¹, revirtiendo ciertos beneficios y estableciendo impedimentos para el ingreso y permanencia de migrantes en el país, adoptando un enfoque de seguridad nacional que “*reduce el fenómeno de la migración a un debate sobre seguridad nacional, que asocia al migrante al delincuente*”.¹⁴²

¹³⁶ Ley Nacional de Migraciones, Ley 25.871 de 2004, Argentina.

¹³⁷ AMINISTIA INTERNACIONAL, Informe Al Comité De Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Las Naciones Unidas lista de Cuestiones, 61° Grupo de Trabajo, 9-13 Octubre 2017, pág. 10. Disponible en: <https://www.amnesty.org/download/Documents/AMR1369952017SPANISH.PDF>, (fecha de consulta: 13/12/18)

¹³⁸ OIT, La Inmigración Laboral de Sudamericanos en Argentina, 2010. Pág. 59. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-buenos_aires/documents/publication/wcms_bai_pub_107.pdf Fecha de revisión: 20/09/2019.

¹³⁹ 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 74 de la Convención, Observaciones finales del, Distr. General 23 de septiembre de 2011, CMW/C/ARG/CO/1, párr. 27

¹⁴⁰ El País, “La nueva política migratoria argentina: control y exclusión” 24 de julio de 2017, Disponible en: https://elpais.com/elpais/2017/07/24/contrapuntos/1500861895_103072.html (fecha de consulta: 13/12/18)

¹⁴¹ AMINISTIA INTERNACIONAL, Argentina: Impacto a la Ley de Migraciones, Disponible en: <https://amnistia.org.ar/wp-content/uploads/delightful-downloads/2017/02/Migraciones-QyA-1.pdf>, (fecha de consulta: 13/12/18); Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/2017, que modifica que modifica la Ley de Migraciones N° 25.871

¹⁴² AMINISTIA INTERNACIONAL, Op. Cit. 50.

En 2018 la Sala V de la Cámara Contencioso Administrativo Federal¹⁴³ declaró la invalidez constitucional del decreto 70/2017, toda vez que consideró que este incumplió los requisitos genéricos para este tipo de normas y no se justificó la necesidad y urgencia, además se indicó que estas medidas vulneraban los derechos humanos de los migrantes.¹⁴⁴

Por su parte, en septiembre de 2019, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares señaló que el Estado argentino debe “*adoptar medidas inmediatas para derogar en la instancia pertinente el Decreto N° 70/2017 y en tanto este proceso concluye, suspender su aplicación*”.¹⁴⁵

Estos cambios demuestran tendencias cambiantes en contextos donde la migración es cada vez mayor, siendo necesaria la incorporación de los criterios internacionales de derechos humanos a nivel nacional para asegurar la consistencia en la normativa y el correcto control de convencionalidad de los Estados.

ii) Normativa relevante y Jurisprudencia relevante

a) SALUD:

a.1) Ley de migraciones de Argentina N° 25.871 de 2004, artículo 8.

El derecho a la salud de los migrantes en Argentina se encuentra resguardado en la ley de migraciones de Argentina N° 25.871 de 2004, la cual es su artículo 8° reconoce expresamente que: “*No podrá negársele o restringírsele en ningún caso, el acceso al derecho a la salud, la asistencia social o atención sanitaria a todos los extranjeros que lo requieran, cualquiera sea su situación migratoria. Las autoridades de los establecimientos sanitarios deberán brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria*”.

Esta ley es expresa al señalar que el derecho a la salud no dependerá de la situación migratoria de la persona, lo que significa efectivamente un avance en materia de

¹⁴³ Poder Judicial de la Nación, Cámara Contencioso Administrativo Federal- SALA V, 22 de marzo de 2018. Expte.3061/2017.

¹⁴⁴CELS, el DNU de migrantes fue declarado inconstitucional por el poder judicial, 23 de marzo de 2018, Disponible en: <https://www.cels.org.ar/web/2018/03/el-dnu-de-migrantes-fue-declarado-inconstitucional-por-el-poder-judicial/>

¹⁴⁵ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de la Argentina, CMW/C/ARG/CO/2, Distr. General 13 de septiembre de 2019. párr.11.

derechos humanos y encontrándose en consonancia con lo estipulado en los estándares internacionales.

a.2) Acceso al derecho a la Salud y consecuencias del DNU 70/2017

Con la modificación del decreto 70/2017 esta normativa no se vio afectada jurídicamente, manteniéndose normativamente en el país el derecho a la salud a todos los extranjeros independiente de su situación migratoria. Sin embargo, la tendencia política que impulsó dicho decreto y los efectos sociales del decreto 70/2017 si tienen efecto en el acceso al derecho a la salud.

La sociedad civil presentó al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el 64° Período de Sesiones de fecha 24 de septiembre-12 de octubre de 2018 un informe que da cuenta de dicha situación, en el que señala que en los últimos dos años, la igualdad de acceso a los DESC de las personas migrantes en Argentina, especialmente el derecho a la salud entre otros, ha sido tema de debate en los medios de comunicación, y distintos sectores políticos, poniendo en riesgo el principio de no regresividad, toda vez que se inserta una narrativa de rechazo en contra de los migrantes, los cuales abusarían de los servicios públicos argentinos y los responsabilizan frente a la sobre carga del sistema de salud argentino a través de discursos xenófobos.

En agosto de 2018, el gobierno nacional difundió una aplicación de celular¹⁴⁶ que permitía a los funcionarios públicos, incluso aquellos del área de la salud, realizar control de la permanencia regular de las personas migrantes, control que impacta el acceso a los servicios.¹⁴⁷

Esto es contrario a las barreras cortafuego que se indicaron precedentemente impidiendo en la práctica el acceso a los servicios de salud, ya que genera miedo en la población migrante a asistir a dichos servicios por el riesgo a ser deportados.

A este respecto, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, señaló que si bien tiene en cuenta el derecho al acceso al sistema de salud público gratuito en Argentina, existe preocupación sobre los problemas de acceso a los servicios de salud para los migrantes en situación irregular ya que algunos hospitales han denunciado a los

¹⁴⁶ CELS, ¿una aplicación contra los derechos de los migrantes? 23 de agosto de 2018. Noticia Disponible en: <https://www.cels.org.ar/web/2018/08/una-aplicacion-contra-los-derechos-de-los-migrantes/>

¹⁴⁷ Informe Sociedad Civil, Evaluación Sobre el Cumplimiento del Pacto Internacional De Derechos Económicos, Sociales y Culturales en Relación a los Derechos de las Personas Migrantes en el Marco de la Presentación del Cuarto Informe Periódico de la Argentina ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 64° Período de Sesiones. 24 de septiembre-12 de octubre de 2018. Pág.4. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CESCR/Shared%20Documents/ARG/INT_CESCR_CSS_ARG_32411_S.pdf

migrantes en situación irregular ante las autoridades migratorias y además se les habría denegado atención de salud adecuada.¹⁴⁸

Esto deja manifiesto otra complejidad a la hora de abordar los derechos de las personas migrantes que se encuentran en situación irregular, y es que si bien en Argentina existe una normativa elogiada a nivel internacional en materia de derechos humanos, esto no se ve reflejado en la práctica y en las políticas públicas nacionales.

En este sentido, el comité el Comité recomienda al Estado que adopte medidas concretas para el acceso a la atención de la salud de los trabajadores migratorios y sus familiares, y establezca mecanismos que impidan a los servicios de salud que la información personal sea utilizada en su contra para discriminar, denunciar o propiciar la persecución.¹⁴⁹

Otro reflejo de la misma narrativa de odio en contra de los migrantes en Argentina, es la ley 6.116 sancionada en la legislatura de Jujuy, la cual crea un Sistema Provincial de Seguro de Salud para Extranjeros¹⁵⁰ el cual propone el cobro de aranceles para las personas extranjeras distinguiendo entre residentes permanentes y transitorios para el acceso a la salud. Esta normativa y su previa discusión abrieron el debate a nivel nacional y en otras provincias como Salta y Neuquén. Por su parte en la provincia de Misiones, existe una normativa desde el año 2000 que ordena que los migrantes que no tengan residencia regular deban pagar por las prestaciones de salud, lo que no fue derogado con la ley de migraciones y que si bien se encontraba en desuso, recientes testimonios indican que la figura se volvió a implementar para negar acceso a la salud de personas migrantes.¹⁵¹

Lo anterior, demuestra una tendencia peligrosa que es parte de una política gubernamental en conjunto con el decreto 70/2017, donde el migrante en general y en particular aquel en situación irregular es un enemigo y con esto no se les reconocen sus derechos, contradiciendo no solo la ley de migración nacional, sino los tratados internacionales a los cuales Argentina adhiere.

De lo señalado precedentemente podemos ver como cierta normativa acorde en el papel con los estándares internacionales, puede no ser suficientes en la práctica y es necesaria una política de Estado que avale dicha normativa. En este sentido, el Estado es responsable de realizar una revisión cuidadosa de la sociedad y de un

¹⁴⁸Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Op. Cit. 145, Párr. 42.

¹⁴⁹ Ibídem, Párr. 43.

¹⁵⁰ CELS, derecho a la salud en Jujuy: grave retroceso para las personas migrantes, 13 de febrero de 2019. Disponible en: <https://www.cels.org.ar/web/2019/02/derecho-a-la-salud-en-jujuy-grave-retroceso-para-las-personas-migrantes/>

¹⁵¹ Informe Sociedad Civil, Op. Cit. 147. Pág. 8

diseño de políticas públicas conducentes a hacer efectivos los derechos humanos y en este caso el derecho a la salud.¹⁵²

b) SEGURIDAD SOCIAL:

b.1) Ley de migraciones de Argentina N° 25.871 de 2004, artículo 6.

En Argentina, el derecho a la Seguridad Social se encuentra consagrado en el artículo 6 de la ley de migraciones, el cual establece que: “*El Estado en todas sus jurisdicciones, asegurará el acceso igualitario a los inmigrantes y sus familias en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales, en particular lo referido a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social.*”

Este artículo no hace referencia a la situación administrativa regular o irregular de la persona migrante y no señala que este derecho será protegido independiente de la situación migratoria como si lo señalan otros artículos como el que consagra el derecho a salud, por tanto, podemos entender que efectivamente si existe una diferencia en el caso que estemos ante una situación migratoria irregular para el acceso al derecho a la seguridad social.

En este sentido, la residencia en situación migratoria irregular efectivamente impedirá el acceso a un conjunto de derechos sociales y laborales necesarios para la inclusión de los migrantes en la sociedad.¹⁵³

No obstante lo anterior, si podemos encontrar otras referencias a este derecho, en particular en relación a la situación laboral y a la situación migratoria. El artículo 53, señala que los extranjeros que residan irregularmente en el país no pueden trabajar y no se les puede proporcionar trabajo, no obstante, en el artículo 56, se establece que en caso que esto ocurra, el empleador no está exento del cumplimiento de las obligaciones emergentes de la legislación laboral, “*cualquiera sea su condición migratoria*”.¹⁵⁴

Lo anterior es efectivamente un avance en la materia y si bien la ley no es clara, y no permite la contratación de migrantes en situación irregular, si establece que estos

¹⁵² EDUARDO FERRER MAC-GREGOR - CARLOS MARÍA PELAYO MÖLLER, “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana” Estudios Constitucionales, Año 10, N° 2, 2012, pp. 141 - 192. ISSN 0718-0195 Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v10n2/art04.pdf>

¹⁵³ OIT, Op. Cit. 138. Pág. 37. Fecha de revisión: 20/09/2019.

¹⁵⁴ Lineamientos sobre la protección de los derechos de los migrantes en la República de Argentina, Información en seguimiento de la resolución A/RES/69/167. Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/GA70thSession/States/Argentina.pdf>

mantienen los derechos adquiridos por la relación laboral aun ante su situación migratoria irregular,¹⁵⁵ pero esto en ningún caso los iguala a aquellos migrantes en situación regular o a los nacionales, ni hace referencia a los demás aspectos de la seguridad social.

b.2) Decreto N° 1602/2009: Asignación Universal por Hijo.

Un ejemplo de lo anterior, que hace clara la distinción en base a la situación migratoria es el Decreto N° 1602/2009, el cual creó la Asignación Universal por Hijo para Protección Social para grupos familiares que se encuentren desocupados o se desempeñen en la economía informal, incorporándose como un sistema no contributivo al régimen de asignaciones familiares.¹⁵⁶

Esta normativa si bien en un principio se presenta como un avance para los grupos más vulnerables en Argentina presenta enclaves discriminatorios que no reflejan políticas de igualdad en materia de migración, ya que esta normativa es un ejemplo de como las personas migrantes y aún más las migrantes en situación irregular presentan dificultades en el acceso a pensiones no contributivas.¹⁵⁷

Por ejemplo, en un panorama general podemos ver que la pensión por vejez exige 40 años de residencia legal en el país; la pensión Universal para el Adulto Mayor, exige 20 años de residencia legal; las pensiones por ser madre de más de 7 hijos, exige más de 15 años de residencia legal.¹⁵⁸

Específicamente la Asignación Universal por Hijo según decreto 1602/2019 exige 3 años de residencia para los padres extranjeros.¹⁵⁹ Este requisito resulta de especial importancia para los niños, niñas y adolescentes, ya que dependerán de la situación migratoria de sus padres, es decir hay una transferencia de los efectos de la situación irregular, además a eso se suma las dificultades de prueba de residencia y las demoras para los trámites de regularización.¹⁶⁰

Al respecto de esta normativa, el Comité sobre los Trabajadores Migratorios y Familiares, si bien ha celebrado el establecimiento de esta asignación también

¹⁵⁵ LAURA ETEL PAPO, LILIANA NOEMÍ GONZÁLEZ, El trabajador migrante irregular frente a los tratados de derechos humanos. Derecho a la libertad sindical, Revista De Derecho Laboral Actualidad. 2008 (I) Rubinzal Culzoni. Id SAIJ: DACF080020 , Disponible en: http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf080020-papo-trabajador_migrante_irregular_frente.htm

¹⁵⁶ OIT, Decreto 1602/2009 (Bo Del 30/10/2009). Asignaciones Familiares, Régimen General y Disposiciones Especiales, Disponible en: <https://www.ilo.org/dyn/travail/docs/1804/DECRETO%201602.pdf>

¹⁵⁷ Informe Sociedad Civil, Op. Cit. 147. Pág.6.

¹⁵⁸ Ibídem. Pág.6.

¹⁵⁹ Ibídem. Pág.6.

¹⁶⁰ Comité sobre los Trabajadores Migratorios, Op. Cit. 69, párr. 29 y 30.

señaló que existe inquietud ya que para que la personas puedan acogerse a esta prestación, los padres y el niño deben haber residido legalmente en el Estado parte por al menos tres años salvo sea argentino, no obstante, el requisito de residencia sigue siendo exigible a los padres, quienes deben demostrar la legalidad de su residencia.¹⁶¹

Es por esto que el Comité recomendó a Argentina, que examinara la posibilidad de hacer extensiva la asignación universal por hijo a los hijos de los trabajadores migratorios en situación irregular, y hacer extensivas las prestaciones sociales no contributivas a los trabajadores migratorios y sus familiares en situación irregular en caso de vulnerabilidad social extrema,¹⁶² lo que incluso fue reiterado por el mismo comité en 2019¹⁶³.

Un caso emblemático en esta materia es el de S.C.N.S. de nacionalidad paraguaya con hijo argentino, quien ingreso hace 22 años al país pero solamente logró la residencia regular después de 20 años, por lo que no cumple con los 3 años de residencia exigidos.¹⁶⁴ Casos como este no son aislados, en todos los países existen trabajadores o trabajadoras migrantes que han permanecido en el país por largos periodos de tiempo en los que han trabajado, han creado lazos y han formado familia y tenido hijos tal como cualquier otra persona.

Normativa como la señalada solo genera claras diferenciaciones basada exclusivamente en la situación migratoria administrativa, y si bien los Estados están facultados para establecer ciertas diferencias, diferencias como esta no se justifican y generan perjuicios en la población más vulnerable, ya que se transfieren los efectos de la situación de los padres a sus hijos.

Surgen cuestionamientos en cuanto a los fundamentos que sustentan la exclusión de este grupo de la normativa, ya que la razón de ser del mismo decreto es proteger a la población que se encuentre en situación de vulnerabilidad, y son efectivamente los migrantes en situación irregular quienes ostentan dicha situación y sobre todo sus hijos. En este sentido, la Asignación Universal por Hijo continúa reproduciendo la desigualdad.¹⁶⁵

Es fundamental tener en cuenta que los Estados deben priorizar un enfoque de derechos humanos teniendo en cuenta los derechos de los NNA los cuales deben

¹⁶¹ *Ibidem*, párr. 30.

¹⁶² Comité sobre los Trabajadores Migratorios y de sus familiares Op. Cit. 69, párr. 30.

¹⁶³ Comité sobre los Trabajadores Migratorios y de sus familiares, Op. Cit. 145, párr. 49.

¹⁶⁴ Informe Sociedad Civil, Op. Cit. 147. Pág.6.

¹⁶⁵ CENA, REBECA B. Fronteras complejas: protección social e inmigración. Asignación universal por hijo para protección social e inmigración en Argentina, Revista Latinoamericana, Volumen 13, N° 38, 2014, p. 419-449. Pág. 433, Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/polis/v13n38/art19.pdf>. Fecha de revisión: 20/09/2019.

primar por sobre cualquier consideración de nacionalidad o estatus migratorio,¹⁶⁶ y que la seguridad social tiene como fin otorgar oportunidades a los miembros más vulnerables de la sociedad y su salvaguardia debe ser primordial.¹⁶⁷

5.3 COMPARACIÓN ACCESO A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL DE LOS MIGRANTES IRREGULARES EN ESPAÑA Y ARGENTINA.

Como podemos observar al analizar las normativas en materia de salud y seguridad social en España y Argentina, la situación no dista mucho entre un país y otro. En ambos encontramos normativas que, si bien avanzan a la protección de las personas migrantes en situación irregular y normativas que pretenden cumplir con estándares internacionales, también nos encontramos con normativas y tendencias políticas peligrosas que en lugar que fortalecer la normativa existente avanzan hacia la dirección opuesta.

En España el decreto Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril de 2012 y en Argentina el DUN 70/2017 son emblemáticos a la hora de hablar sobre migración irregular, ya que ambos son el reflejo de orientaciones políticas y decisiones políticas basadas en la seguridad nacional y la xenofobia. Nos encontramos ante políticas que sitúan al migrante como un enemigo que no tiene los mismos derechos que los nacionales. Son políticas que no cuentan con justificación o sustentos razonables y que en ambos casos ninguna cumple con los estándares internacionales y no solo son restrictivos, sino que también regresivos.

El decreto Real en España fue ampliamente criticado, la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la extrema pobreza y los derechos humanos se refirió a éste en dos oportunidades,¹⁶⁸ y finalmente fue derogado en 2018 ya que el RDL 16/2012, significó una vulneración al derecho a la salud basado en criterios economicistas, con argumentos coyunturales, de limitado alcance temporal y que no mejoraba el sistema sanitario. Por su parte en materia de seguridad social, España aún mantiene enclaves que no se justifican como la diferenciación en cuanto a la protección en caso de desempleo, a pesar que estamos ante un migrante que tiene la misma realidad laboral que un nacional o migrante regular y que además está en una especial situación de vulnerabilidad.

En el mismo sentido, en Argentina el Decreto 70/2017 en 2018 fue declarado inconstitucional ya que no expone razones válidas para sostener la necesidad

¹⁶⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de Agosto de 2014, Solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay de Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o En Necesidad De Protección Internacional. Párr. 68.

¹⁶⁷ ONU, Op. Cit.11, pág. 12; ACNUDH, Op. Cit. 56, pág. 27; Red-Desc, Op. Cit.56.

¹⁶⁸ Anna MORERO BELTRÁN, Ana BALLESTEROS PENA, Opt. Cit. 121, pág. 318; UN rights expert calls on Spain for “a meaningful commitment to protecting the human rights of all, 29 de abril de 2014.

inmediata de éste, no guarda proporcionalidad ni razonabilidad con los fines y es contrario a los derechos humanos de los migrantes.¹⁶⁹ El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares recomendó su derogación.¹⁷⁰

Respecto al derecho a la salud en Argentina, vemos como a pesar de una normativa que asegura el acceso gratuito a este en igualdad de condiciones, en la práctica no es así debido a las políticas estatales y al enfoque de seguridad. En materia de seguridad social, si bien existe una normativa que representa una mejora social, distingue en relación a los y las migrantes en situación irregular sin tener justificación y a pesar de la condición de extrema vulnerabilidad y en especial de los y las NNA.

Ambos casos, tanto en España como Argentina las medidas adoptadas más que beneficios implicaron e implican divisiones internas, críticas internacionales, inseguridad jurídica y el incumplimiento de obligaciones internacionales, y demuestran que los Estados en lugar de considerar las normativa y estándares internacionales como vinculantes los consideran como meras orientaciones.

Esta tendencia y esta ambigüedad en cuanto a la protección de los derechos a la salud y seguridad social de los migrantes en situación irregular, basándose en el análisis de Argentina y España, podríamos decir que no son aisladas y son tendencias crecientes en mucho países receptores de migrantes tanto en Europa como en América que erosionan los derechos de los migrantes que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad como es la migración irregular.

6. CONCLUSIÓN

La migración es inevitable, no es un fenómeno nuevo y es un fenómeno global y complejo que ha alcanzado niveles sin precedentes. Ante esto lo Estados receptores adoptan diferentes tipos de políticas migratorias: Una de ellas preponderante hoy en día es el enfoque de seguridad nacional, donde el discurso considera al migrante y al migrante irregular como un “enemigo”, se trata de un discurso anti-inmigratorio. Como pudimos observar, Argentina y España son ejemplos de países donde dicho discurso se implementó y se elaboraron normativas que ponen en riesgo el goce y ejercicio de los derechos humanos de las personas migrantes en situación irregular.

En este contexto, los Estados deben entender dos cosas, en primer lugar que ante la migración y los migrantes en situación irregular no solo estamos ante imperativos morales, sino ante normas vinculantes ratificadas e incorporadas a las legislaciones nacionales por los propios Estados, y en segundo lugar, que abordar la migración

¹⁶⁹ Poder Judicial de la Nación, Cámara Contencioso Administrativo Federal- SALA V, 22 de marzo de 2018. Expte.3061/2017.

¹⁷⁰ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Op. Cit. 145, párr.11.

desde un enfoque de seguridad nacional no es concordante con los derechos humanos, no tiene fundamentos reales ni beneficios para los Estados y se basa en tensiones aparentes.

Como se puede desprender de los estándares y la jurisprudencia analizada, los migrantes irregulares se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad y se ven expuestos desproporcionadamente a violaciones de sus derechos humanos. Ante esto los Estados tienen la obligación de adoptar medidas para asegurar que este grupo goce y pueda ejercer sus derechos humanos en igualdad de condiciones, siendo la situación administrativa no determinante, esto debido a que los migrantes en situación irregular tienen los mismos derechos humanos que los nacionales y si bien los Estados tienen la facultad de elaborar y ejecutar sus propias políticas migratorias y pueden establecer distinciones, estas deben ser objetivas, razonables, proporcionales y no pueden lesionar derechos.

Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social, no son una excepción y como derechos humanos también deben ser respetados y garantizados a los migrantes en igualdad de condiciones independiente de si su ingreso o estancia en el país es irregular. Es por esto que los Estados deben cumplir con sus obligaciones inmediatas, con los mínimos esenciales, no pueden adoptar medidas regresivas y en casos de establecer distinciones estas no pueden ser discriminatorias, teniendo en especial consideración la situación de especial vulnerabilidad que se encuentran los migrantes irregulares.

No obstante, como pudimos observar, generalmente se establecen diferencias cuando estamos ante migrantes en situación administrativa irregular. Tanto en España como Argentina en materia de salud y seguridad social existe normativa que restringe los derechos de las personas migrantes basada en su situación irregular.

En ambos casos las normativas han sido cuestionadas o son cuestionables, no poniendo en duda las facultades de los Estados de elaborar y ejecutar su políticas migratorias, sino específicamente que las normativas que restringieron o restringen los derechos a la salud y seguridad social, se basan exclusivamente en la situación administrativas sin demostrar su objetividad, su razonabilidad, ni su proporcionalidad y que no tienen en consideración la especial situación de vulnerabilidad de las personas migrantes en situación irregular.

Es por esto que es necesario que los Estados comprendan que sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos también aplican a las personas migrantes en situación irregular, y que esta condición es solo una condición administrativa que no los priva de los derechos humanos que ostentan por el solo hecho de ser humanos, que el acceso al derecho a la salud y a la seguridad social en igualdad de condiciones son necesarios para su dignidad y no bastan criterios economicistas o de seguridad nacional para limitarlos.

Además de lo anterior, como indicamos, los Estados deben entender que el enfoque de seguridad nacional se basa en tensiones aparentes y no presenta reales beneficios para los Estados, un ejemplo de esto es España o Argentina, en donde realmente los migrantes irregulares no son un factor que perjudica el sistema de salud y el excluirlo de la atención no aparejó beneficios económicos ni mejora en la atención o en salud pública, lo mismo en materia de seguridad social, los trabajadores migrantes irregulares son trabajadores reales que aportan a la economía del país. Es por esto que los Estados deben adaptarse a la realidad mundial, ya que adoptándose las medidas adecuadas la migración presenta innumerables beneficios.¹⁷¹

Lo anterior no significa que la migración no genere costes pero los procesos migratorios bien gestionados incrementan el beneficio al desarrollo económico y social de los países y mejoran la cohesión social,¹⁷² por tanto además de ser un deber jurídico la protección de los migrantes en situación irregular, los Estados pueden abordar la realidad como una oportunidad y elaborar marcos legislativos ordenados y con enfoque de derechos humanos que les permitan mejorar como país.

Las políticas de seguridad basadas en prejuicios que posicionen al migrante como un enemigo, que criminalicen la migración irregular y que no respeten el derecho a la igualdad y no discriminación de las personas migrantes en situación irregular, no son concordante con los estándares internacionales, por lo que independiente si los Estado deciden mirar o no la migración como una oportunidad, sus normativas internas deben respetar los derechos humanos, el derecho a la salud y a la seguridad social en igualdad de condiciones, implementando políticas migratorias con enfoques solidos de derechos humanos.

7. BIBLIOGRAFÍA

CORTE IDH

-Corte IDH, Opinión Consultiva OC 18/03 de 17 de Septiembre De 2003, Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.

- Corte IDH, Opinión Consultiva Oc-21/14 de 19 de Agosto de 2014, Solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay de Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o En Necesidad De Protección Internacional

¹⁷¹ ONU, pág. 27. Op. Cit. 5.

¹⁷² ONU, Pág. 45. Op. Cit. 5.

- Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No.4.
- Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 1271.
- Corte IDH, Caso Vélez Loo vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2012.
- Corte IDH, Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie Serie C No. 251.
- Corte IDH, Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014.
- Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C No. 344.
- Corte IDH. Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340
- Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349.
- Corte IDH, Caso Cuscul Pivaral Y Otros Vs. Guatemala, Sentencia De 23 de Agosto De 2018, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones Y Costas) Serie C No 359
- Caso Muelle Flores Vs. Perú, Sentencia de 06 de Marzo de 2019, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas). Serie C No 375.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- CIDH, Movilidad Humana, Estándares Internacionales, Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15, 31 diciembre 2015.
- CIDH, Informe No. 50/16, Caso 12.834, OEA/Ser.L/V/II.159 Doc. 59, 30 noviembre 2016, Trabajadores indocumentados.
- CIDH, Informe No. 63/08, Caso 12.534, Admisibilidad y Fondo, Andrea Mortlock, Estados Unidos, 25 de Julio de 2008.

SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: TRIBUNAL/ COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

- Caso Gaygusuz v. Austria, demanda N° 17371/90, sentencia de 16 de septiembre de 1996
- Caso Koua Poirrez v. France, demanda N° 40892/98, sentencia de 30 de septiembre de 2003.
- Caso Muskhadzhiyeva and Others v. Belgium, Application N° 41442/07, sentencia del 19 de enero de 2010

- International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. France, Complaint No. 14/2003, European Committee on Social Rights.

DOCTRINA

-AMINISTIA INTERNACIONAL, Informe Al Comité De Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Las Naciones Unidas lista de Cuestiones, 61º Grupo de Trabajo, 9-13 Octubre 2017.

-AMINISTIA INTERNACIONAL, Argentina: Impacto a la Ley de Migraciones.

-ESTRADA TANCK, DOROTHY (2017), *Protección de las Personas Migrantes Indocumentadas en España con Arreglo al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos*, Cuadernos de Derecho Transnacional. Vol. 9, Nº 2, pp. 255-277.

-GÓMEZ FERNÁNDEZ, ITZIAR (2014), Las Migraciones Como Objeto de Interés De Las Políticas Públicas: Un Enfoque De Derechos Humanos, Manual. Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, v. 3, pp. 235-273, Universidad Carlos III de Madrid.

-GONZÁLEZ, SHEILA GARCÍA, (2017) *El impacto del RDL 16/2012 en la población migrante irregular. Exclusión sanitaria y producción masiva de vulnerabilidad en España*. Exclusión sanitaria y producción masiva de vulnerabilidad en España”, en Rodríguez Delgado, Janet: Vulnerabilidad, justicia y salud global, ILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas, nº 26, 179-187.

-GONZALEZ, FELIPE (2018), *La situación de las Migraciones y el Pacto global de Naciones Unidas*, pág. 2.

-GÓMEZ ZAMORA, LEOPOLDO J. (2018), Comentario al Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de Julio, Sobre el Acceso Universal al Sistema Nacional De Salud.” Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, ISSN-e 2386-8104, Nº. 15, 2018, págs. 281-330.

Principios de Limburgo relativos a la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Masstricht (1986)

-OLEA HELENA, Derechos Humanos y Migraciones, Un nuevo lente para un viejo fenómeno, Anuario DDHH, Universidad de Chile, págs. 197 a 210.

-CANO M^a ÁNGELES, Protección internacional de los Derechos Humanos de los trabajadores migratorios Migrant Workers Human Rights International Protection, 2010-12-14, Universidad Rey Juan Carlos (Madrid).

- EDUARDO FERRER MAC-GREGOR - CARLOS MARÍA PELAYO MÖLLER Estudios Constitucionales, Año 10, Nº 2, 2012, pp. 141 - 192. ISSN 0718-0195 Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”

-LAURA ETEL PAPO, LILIANA NOEMÍ GONZÁLEZ, El trabajador migrante irregular frente a los tratados de derechos humanos. Derecho a la libertad sindical, REVISTA DE DERECHO LABORAL ACTUALIDAD. 2008 (I)

RUBINZAL CULZONI. Id SAIJ: DACF080020

- FERNÁNDEZ, FRANCISCO, La Consolidación de la Autorización Para Trabajar del Extranjero Mediante el Alta en La Seguridad Social, Universidad de Miguel Hernández, Elche. España. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales Nº 19, pp. 69-84, 2015, ISSN: 1575-0825, e-ISSN: 2172-3184.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; “El modelo de protección legal del trabajador extranjero tras la reforma realizada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre”. Aranzadi Social, n. 19/2010. Pamplona. 2010.
- RAQUEL VELA DÍAZ, La Situación Administrativa Del Trabajador/A Extranjero y el Derecho a la Prestación Por Desempleo: Visión Desde una Perspectiva de Género. VI Encuentro Internacional de Investigadores en derecho de Inmigración y Asilo, Valencia
- GÓMEZ ZAMORA, LEOPOLDO J. (2018), Comentario al Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de Julio, Sobre el Acceso Universal al Sistema Nacional De Salud.” Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, ISSN-e 2386-8104, Nº. 15, 2018,
- MORERO BELTRÁN, Anna BALLESTEROS PENA Ana, Las consecuencias de la aplicación del Real Decreto-Ley de Regulación Sanitaria RD 16/2012 sobre la salud de las mujeres inmigradas, GRC Copolis, Benestar, Comunitat i Control social Universitat de Barcelona, 2015. Investigaciones Feministas 2014, vol. 5 317-341.
- GALLEGO HERNÁNDEZ, ANA, El Derecho a la Salud en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Universidad Pablo de Olavide (España), 2018.
- GÓMEZ HEREDERO ANA, La seguridad social como derecho humano: La protección ofrecida por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, Departamento de Políticas Sociales Dirección General de la Cohesión Social Consejo de Europa, 2008, Pág. 6 y 7.
- CENA, REBECA B. Fronteras complejas: protección social e inmigración. Asignación universal por hijo para protección social e inmigración en Argentina, Revista Latinoamericana, Volumen 13, Nº 38, 2014, p. 419-449.
- Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social (ciess) “Seguridad Social para Todos”
- El Derecho a la Seguridad Social”, Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Red-desc)
- Informe De País De Picum, Los Migrantes Irregulares y La Estrategia Europa 2020: Haciendo De La Inclusión Social Una Realidad Para Todos Los Migrantes En España, 2016
- Informe Sociedad Civil, Evaluación Sobre el Cumplimiento del Pacto Internacional De Derechos Económicos, Sociales y Culturales en Relación a los Derechos de las Personas Migrantes en el Marco de la Presentación del Cuarto Informe Periódico de la Argentina ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 64º Período de Sesiones.
- Lineamientos sobre la protección de los derechos de los migrantes en la República de Argentina, Información en seguimiento de la resolución A/RES/69/167.
- Tesis Doctoral Derechos Laborales y de Seguridad Social de los Inmigrantes Irregulares en España, Depósito de Investigación, Universidad de Sevilla.

- CÓRDOBA BENAVIDES, CELIA, Los derechos fundamentales de los inmigrantes en España: derecho al sufragio activo y pasivo, 2014. Universidad de Almería.

NACIONES UNIDAS

- ONU, rights expert calls on Spain for “a meaningful commitment to protecting the human rights of all, 29 de abril de 2014.

-ONU, Informe Relator, Felipe González, Derechos humanos de los migrantes, Distr. General 26 de julio de 2018

-ONU, Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, E/2010/89, 2010.

-ONU, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Jorge Bustamante: Misión al Japón” (A/HRC/17/33/Add.3).

-ONU, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, A/HRC/14/30, 16 de abril de 2010.

-ONU, *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de los Migrantes en Situación Irregular*. Nueva York y Ginebra, 2014

-ONU, Consejo Económico y Social, Grupos específicos e individuos: Trabajadores migrantes. Derechos humanos de los migrantes, Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la Resolución 1999/44 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2000/82, 6 de enero de 2000.

-Declaración conjunta del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau; el Presidente del Comité de las Naciones Unidas de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares, Abdelhamid El Jamri; y el Relator de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre los Derechos de los Migrantes, Felipe González, para celebrar el Día Internacional del Migrante proclamado por las Naciones Unidas. “Los migrantes son seres humanos con derechos humanos”, 18 de diciembre de 2013.

- Organización Internacional para las Migraciones

-OIM (2018), WORLD MIGRATION REPORT

-OIM, Migración Irregular y Flujos Migratorios Mixtos: Enfoque de la OIM, 19 de octubre de 2009.

-OIM, Derecho Internacional sobre Migración, Glosario sobre Migración.

- Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos

-ACNUDH, Folleto informativo N° 33, Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales.

-Unión Interparlamentaria, OIT y ACNUDH (2015), *Mejoramiento De La Gobernanza Basada En Los Derechos Humanos De La Migración Internacional*, Manual para Parlamentarios N° 24.

- Organización Mundial de la Salud

-OMS, Serie de publicaciones sobre salud y derechos humanos, N° 1, julio de 2002, Veinticinco Preguntas y Respuestas Salud y Derechos Humanos, Mary Robinson, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

- **Organización Internacional del Trabajo**

-OIT, Hechos Concretos Sobre La Seguridad Social.

-OIT, Decreto 1602/2009 (Bo Del 30/10/2009). Asignaciones Familiares, Régimen General y Disposiciones Especiales.

- OIT, La Inmigración Laboral de Sudamericanos en Argentina, 2010.

Comités Órganos de Tratados

- **Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares**

-Comité Migratorios y sus Familiares, Observación general N° 1 sobre los trabajadores domésticos migratorios.

-Comité Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Observación general N° 2 (2013) sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares.

-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 74 de la Convención, Observaciones finales del, Distr. General 23 de septiembre de 2011, CMW/C/ARG/CO/1.

-Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de la Argentina, CMW/C/ARG/CO/2, Distr. General 13 de septiembre de 2019.

- **Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial**

-Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General N° 30 (2004), sobre la discriminación contra los no ciudadanos.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/166 sobre "Protección de los migrantes" de 24 de febrero de 2000.

- **Comité DESC**

-Comité DESC, Observación general N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), 1990

- Comité DESC, Observaciones General N° 19 El derecho a la seguridad social (artículo 9) 39º período de sesiones (2007),

Comité DESC, Observación General N° 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo12).

-Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 20 (2009), La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)

-Informe Conjunto al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Examen del 6º Informe Periódico de España, 63a sesión del CESCR, marzo 2018.

NORMATIVA/JURISPRUDENCIA INTERNA

-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”, Boletín Oficial del Estado (BOE) nº 98, de 24 de abril de 2012.

STC 139/2016, de 21 de julio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra.

-Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud. ”, Boletín Oficial del Estado (BOE) nº 183, de 30 de julio de 2018.

-Ley Nacional de Migraciones, Ley 25.871 de 2004, Argentina

-Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/2017, que modifica que modifica la Ley de Migraciones N° 25.871, Argentina.

- Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, BOE» núm. 154, de 29 de junio de 1994, páginas 20658 a 20708. art. 106.1.

-Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE» núm. 299, de 12 de diciembre de 2009.

-Argentina, Poder Judicial de la Nación, Cámara Contencioso Administrativo Federal- SALA V, 22 de marzo de 2018. Expte.3061/2017.

-España, STC 139/2016, de 21 de julio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra.

-Sentencia Tribunal Constitucional Español RTC/2007/236 de 7 de noviembre.

-Sentencia Tribunal Constitucional Español RTC/2007/259 de 10 de diciembre.

-España, Sentencia de 18 de marzo de 2008 (RJ 2008, 2065).

-España, Sentencia de 12 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 5970).

PAGINAS WEB

-Naciones Unidas, página web, Migración.

-ONU página web, estado ratificaciones instrumentos

-ONU, pagina web, Migración y derechos humanos.

-ONU, rights expert calls on Spain for “a meaningful commitment to protecting the human rights of all, 29 de abril de 2014,

NOTAS DE PRENSA

-Noticias ONU, Un pacto mundial por los derechos de los migrantes, 13 de julio de 2018.

-El País, “La nueva política migratoria argentina: control y exclusión” 24 de julio de 2017.

- CELS, el DNU de migrantes fue declarado inconstitucional por el poder judicial, 23 de marzo de 2018,
- CELS, ¿una aplicación contra los derechos de los migrantes? 23 de agosto de 2018. Noticia.
- CELS, derecho a la salud en jujuy: grave retroceso para las personas migrantes, 13 de febrero de 2019.